

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 854

(Ano X)

(19/05/2018)

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



15/05/2018 Luiz Flávio Gomes

» [Quando o uso das redes sociais na pré-campanha não viola a lei?](#)

ARTIGOS

18/05/2018 Telismar Aparecido da Silva Júnior

» [Execução provisória da pena: recursos demais para quem?](#)

18/05/2018 Hugo Jonathan de Siqueira Lacerda

» [Da inutilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade de terceiros, no âmbito da Execução Fiscal](#)

18/05/2018 Thiago Vinícius Pondian Caravelo

» [A justiça negocial no Direito Penal: Juizados Especiais Criminais e colaboração premiada](#)

18/05/2018 Amanda Quaresma Espinosa

» [Breve análise sobre a jurisdição, em comparação à arbitragem. Esta pode ser considerada uma forma de inafastabilidade do controle jurisdicional?](#)

18/05/2018 Nelma Gomes de Araujo Dantas

» [Eca e a Escola: um estado de vivência e cidadania](#)

18/05/2018 Rafael Pazos Dias

» [Equiparação salarial: Histórico, princípios e modificações trazidas pela Lei 13.467/2017](#)

17/05/2018 Bárbara Teixeira Borges

» [Combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil: análise sobre as fragilidades](#)

17/05/2018 Gustavo da Silva Penha

» [Sistema penitenciário brasileiro: escola de reincidentes](#)

17/05/2018 Leandro Wehdorn Ganem

» [Interrupção e suspensão no Contrato de Trabalho](#)

17/05/2018 Christian Eising Oenning

» [Da classificação do crédito condominial como extraconcursal no procedimento de recuperação judicial](#)

17/05/2018 Leonardo Damin Francisco

» [Análise das ferramentas de cooperação jurídica internacional em face da tipologia da lavagem de dinheiro](#)

16/05/2018 Barbara Patricia Barbosa dos Anjos

» [Adoção por casais homoafetivos](#)

16/05/2018 Camila Billig

» [O instituto do homeschooling e a \(im\)possibilidade de sua aplicação no Brasil: uma análise sobre a educação domiciliar e a repercussão no sistema jurídico brasileiro](#)

16/05/2018 Camila Nascimento Barcellos

» [Autoria no Direito Penal](#)

16/05/2018 Lucas Kertesz de Oliveira

» [A necessidade de revogação do estatuto do desarmamento](#)

16/05/2018 Rafael do Nascimento Silva

» [Sucessões na união estável](#)

16/05/2018 Leonardo de Sales Dias

» [Breves comentários sobre o crime de "estupro virtual"](#)

16/05/2018 Fernanda Durães do Nascimento Monteiro Barbosa

» [Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo aos filhos](#)

15/05/2018 Maercio Wilton Soares Filho

» [A aplicação da Lei 8.072/90 \(Lei dos crimes hediondos\) no crime de homicídio privilegiado-qualificado](#)

15/05/2018 José da Costa Oliveira Neto

» [Evolução histórica da utilização dos precedentes judiciais](#)

15/05/2018 Leandro Soares Viegas

» [\(Des\)conformidade da punição estatal aos direitos humanos. O que precisamos para evoluir?](#)

15/05/2018 Marco Antônio Alvim Santos

» [A educação e a família, no processo de recuperação e ressocialização do menor infrator](#)

15/05/2018 Eduardo Jorge Pereira Alves

» [Proteção ao Trade Dress](#)

14/05/2018 Hildeberto Pereira da Silva Júnior

» [REsp 1.709.029/MG: uniformização dos limites para incidência do princípio da insignificância no crime de descaminho](#)

14/05/2018 Francieli Dayana Binder

» [A possibilidade de regime diferente do fechado nos crimes de tráfico e equiparados da Lei nº 11.343/06 - Lei de Drogas](#)

14/05/2018 Thiago Xavier de Andrade

» [Aspectos históricos do regime de precatórios no direito brasileiro](#)

14/05/2018 Leonardo Fernandes Pinheiro

» [Criminologia - Maioridade penal sob aspectos jurídicos, psicológicos e sociais](#)

14/05/2018 Rhiane Zeferino Goulart

» [Lei n. 12.619/2012: reflexões sobre a sua efetividade](#)

14/05/2018 Leandro Wehdorn Ganem

» [Os efeitos da decretação da falência quanto ao depósito recursal trabalhista](#)

14/05/2018 Adevania Nogueira Moura

» [Justiça restaurativa como 3ª via na aplicação da pena](#)

14/05/2018 Sarah Gregorio Ercolin

» [A desconsideração da personalidade jurídica: uma ferramenta eficaz](#)

14/05/2018 Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues

» [Análise das Convenções 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho](#)

14/05/2018 André Luís Macedo Pereira da Costa

» [Interceptação telefônica e gravação clandestina no Processo do Trabalho](#)

MONOGRAFIAS

16/05/2018 Veronica Bettin Scaglioni

» [Filiação no ordenamento jurídico brasileiro](#)

QUANDO O USO DAS REDES SOCIAIS NA PRÉ-CAMPANHA NÃO VIOLA A LEI?

LUIZ FLÁVIO GOMES: é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

As regras, sobre o assunto, são razoavelmente claras.

Durante a campanha eleitoral, leia-se, a partir de 15/8/17, rege o art. 57-C da Lei 9.504/97 (com redação dada pela Lei 13.488/17), que diz o seguinte:

“É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes”.

Até 2017 esse impulsionamento durante a campanha eleitoral era vedado. Parecia que a internet não existia. Para a eleição deste ano o cenário é outro, completamente diferente.

A divulgação assim como o impulsionamento de conteúdos antes de 15/8/17 configura propaganda antecipada?

A matéria está regida pelo art. 36-A da Lei 9.504/97 (com redação dada pela Lei 13.165/15), que diz:

“Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: a

participação em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais” etc.

Durante a campanha pode haver propaganda eleitoral na internet assim como impulsionamento. Durante a pré-campanha, como inexistente vedação legal, a regra é a mesma. Só não pode haver propaganda “antecipada”.

E o que se entende por propaganda antecipada?

Ninguém pode se apresentar como candidato nem fazer pedido explícito de voto. O resto, dentro da lei, está permitido.

Se a propaganda está permitida, é evidente que seu impulsionamento também está autorizado. Impulsionar significa apenas divulgar com maior intensidade uma ideia, um projeto, uma crença, uma orientação, uma proposta. O impulsionamento de uma ideia ou de um conteúdo permitido não o transforma em proibido.

A lei não veda o impulsionamento nem diz que ele transforma em ilícita uma divulgação lícita. O relevante, portanto, é o conteúdo divulgado, não o impulsionamento (que funciona apenas como “longa manus” de uma propaganda).

Não se pode divulgar ou impulsionar aquilo que está proibido. O que está permitido tanto pode ser publicado como impulsionado. O que a lei veda é o anúncio de “candidaturas” ou “pedido explícito de voto”.

Tudo que se divulga nas redes constitui uma propaganda (algo de domínio público). A lei, entretanto, só proibiu, na pré-campanha, pedido explícito de voto e invocação da qualidade de “candidato”.

Mais: o impulsionamento de conteúdos nas redes é instrumento altamente democrático porque permite a todos os interessados, sobretudo às novas lideranças que nunca participaram a vida política, difundir suas ideias e projetos, sem custos exagerados.

A vedação do uso das redes sociais bem como dos impulsionamentos (seja na campanha, seja na pré-campanha) constitui sério obstáculo para o surgimento de novas lideranças no cenário político, o que diminui a qualidade do processo democrático.

Impedir a divulgação de ideias e qualidades pessoais na internet é uma forma de preservar o “status quo”, ou seja, de manter no poder quem dele já faz parte, dificultando a entrada de novos figurantes na vida pública.

Não é justo nem recomendável que se crie obstáculo ilegal ou extra-legal em relação à salutar e democrática concorrência, que já é desigual porque os que estão no poder distribuem entre eles de forma ilegítima maior tempo de televisão assim como amplo apoio financeiro.

Reitere-se: não há impedimento para a divulgação (e impulsionamento) de ideias nas redes sociais, seja na campanha ou na pré-campanha. Deveria a lei ter fixado, entretanto, um limite para os gastos de pré-campanha, tal como fizera em relação às campanhas.

Todos sabemos que não pode haver abuso de poder econômico. Mas esse conceito é muito vago e traz insegurança jurídica. Na lei devemos fixar, no futuro, limites claros e objetivos. Isso dará segurança jurídica para todos. O processo eleitoral tem que se mostrar seguro e equitativo.

Em virtude da popularização das redes sociais, que estão permitindo o acesso a amplas camadas sociais, a divulgação de ideias e propostas na internet se tornou uma ferramenta de defesa da cidadania, da democracia e da República.

No século XXI a agilidade da comunicação se tornou um referencial insubstituível. Quando permite uma salutar interatividade isso só traz benefícios para a humanidade. Constitui retrocesso impedir, inclusive na pré-campanha, a divulgação e o impulsionamento de ideias legítimas na internet. Isso é ilegal e antidemocrático.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: RECURSOS DEMAIS PARA QUEM?

TELISMAR APARECIDO DA SILVA JÚNIOR:

Pós-graduando em Direito e Processo Penal.
Professor de Direito Processual Penal da
UNIPAC/Uberlândia. Advogado.

O Supremo Tribunal Federal está na iminência de pautar para julgamento o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, cujo objeto é o preconizado no artigo 283 do Código de Processo Penal^[1], segundo o qual “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (destacou-se).

O aludido dispositivo teve redação dada pela Lei nº 12.403/11 e reproduz o disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, de modo que foi aprovado pelo Parlamento, após consolidação do entendimento (prevalente de 2009 a 2016)^[2] de que o trânsito em julgado da condenação era o marco inicial de cumprimento da pena.

No hodierno, como é consabido, não mais sobressai tal entendimento. Nesse sentido, diversos foram os argumentos utilizados para relativizar (ainda mais) a regra do estado de inocência. Naturalmente, a comunidade jurídica voltou a centrar-se na discussão sobre a (i)legitimidade da denominada execução provisória da pena.

O presente texto não tem como escopo analisar qualquer caso específico, tampouco refutar todos os argumentos utilizados pelo Pretório Excelso (o que seria impossível nesses limites), mas sim ilidir algumas opiniões^[3] que se omitem, diante daqueles que seriam os principais argumentos para se admitir a execução antecipada da reprimenda: A suposta impossibilidade de rediscutir fatos e provas nos Tribunais Superiores e o excesso de recursos disponíveis.

Inicialmente é preciso estabelecer ao leitor que a Constituição Federal insculpiu em seu artigo 5º, inciso LVII a garantia da presunção de

inocência ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em síntese, a teleologia do dispositivo não foi proibir a prisão de modo absoluto (afinal, tudo é relativo – diria Einstein -). Isso porque, havendo flagrante ou sendo a prisão imprescindível à garantia da ordem pública, econômica ou para assegurar a salutar tramitação do processo, sem prejuízo das demais exigências legais, é possível que a autoridade judiciária determine a prisão de alguém.

Em verdade, quis o constituinte delimitar que o marco para a formação de **culpa** é o trânsito em julgado da decisão condenatória, aqui entendido como o único sentido desse conceito jurídico: a passagem da sentença de mutável para imutável, ou simplesmente quando não cabe mais recurso.

Isso bem posto, percebe-se que não há falar numa divisão entre trânsito em julgado fático e jurídico, sob o argumento que alguns utilizam de que a ausência de efeito suspensivo dos Recursos Extraordinários (aos Tribunais Superiores), somada à vedação de (re)discutir os fatos nesses Tribunais seria permissivo à execução antecipada da pena.

Além de totalmente infundada - porquanto essa divisão não encontra supedâneo na lei ou na doutrina processual - é também um acinte à técnica jurídica. Explico: Ainda que admitíssemos a cisão do conceito de trânsito em julgado (em fático e jurídico), os Tribunais Superiores podem (e não raramente o fazem) absolver um réu penal em razão de matéria eminentemente jurídica.

Basta raciocinarmos um caso de furto em que se operou a prescrição e esta só foi reconhecida no STJ ou STF, ou mesmo hipótese em que se elidiu o crime em razão de aplicação de outro princípio comezinho no direito penal: o da insignificância. Ora, em ambas as hipóteses o indivíduo seria posto em liberdade, *incontinenti*, pelo reconhecimento de matéria jurídica.

Desse modo, salta aos olhos que eventual prisão anterior se traduziria em verdadeiro constrangimento ilegal, dada a impossibilidade de se cumprir pena por fato penal prescrito ou insignificante.

Alguém poderia argumentar que esses casos são excepcionais, o que não se concorda. De qualquer sorte, um dos principais atributos dos direitos fundamentais (e aqui está a presunção de inocência) é o seu papel contramajoritário, o que significa serem trunfos contra a maioria.

Nessa condição, não cabe ponderar direitos fundamentais com direitos de densidade larga, como a segurança pública, sob pena de sempre suprimir as garantias individuais.

Não é outro o entendimento da doutrina^[4]:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente à “supremacia” do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público e privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. (LOPES JR., 2011, p. 11).

Noutras palavras, não cabe utilizar subterfúgio da impunidade ou a segurança pública, para diminuir o âmbito de incidência dos direitos fundamentais, conquistados a duras penas.

Para além disso, vale sempre lembrar dos ensinamentos da obra *Direito e Razão*^[5], a respeito da opção democrática de se estatuir a garantia da presunção de inocência no texto constitucional:

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.... Toda vez que um

imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (FERRAJOLI, 2002, p. 439).

Dito de outro modo, ainda que fossem poucos os exemplos de absolvição nos Tribunais Superiores em razão de fundamentos jurídicos, **o fato de uma pessoa ter cumprido pena sem possibilidade de condenação já contraria os interesses de qualquer Estado que se pretenda democrático.**

Dizer que são poucos os casos de absolvição nos Tribunais Superiores, portanto, é argumento que não se sustenta e é, como diria o Professor Aury Lopes Jr., “grosseiro – senão interesseiro”. Já pensaram se o Judiciário relativiza o conceito de trânsito em julgado em desfavor da Administração Pública para deferir um benefício previdenciário? Evidente que a resposta só pode ser negativa, porque vige a seguinte lógica: para reduzir direitos individuais é lícito estender a interpretação jurídica como quiser, mas para ampliá-los, jamais...

Por derradeiro, o frágil argumento do excesso de recursos que enseja a morosidade da justiça, contradiz os relatórios do próprio Conselho Nacional de Justiça^[6], que apontam certa Autarquia Federal (com reexame necessário, prazo em dobro e diversas prerrogativas) como a maior litigante do Brasil. Recorrem, pois, mesmo quando o direito individual dos cidadãos é inequívoco.

É contra esse pensamento que se insurge o texto, fazendo coro àqueles que militam na cruzada em prol da presunção de inocência.

NOTAS:

[1] <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065> Acesso em 21 de abr de 2018

[2] HC 84078-7/MG

[3] Dentre outros – Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/inverdade-historica-22548724> - Acesso em 03 de abr de 2018

[4] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2011.

[5] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[6] 100 maiores litigantes” Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 21 de abr de 2018.

DA INUTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS, NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO FISCAL

HUGO JONATHAN DE SIQUEIRA LACERDA:

Servidor Público do TJPE, curso superior em Direito pela Faculdade ASCES.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo, além de explorar diversos conceitos, classificações e requisitos, analisar a possibilidade de aplicação ou não do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito tributário, mas especificamente no procedimento de execução fiscal, diferenciando-o da responsabilidade tributária por terceiro, demonstrando que não há necessidade de se formular um incidente processual para que os sócios administradores de determinada empresa tenham responsabilidade direta pelos seus atos.

Palavras-chaves: Desconsideração da personalidade jurídica. Responsabilidade de Terceiro. Incidente processual. Execução fiscal.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the possibility of applying or not the institute of the disregard of the legal personality in the scope of the tax law, but specifically in the tax execution procedure, differentiating it from the responsibility third party, demonstrating that there is no need to formulate a procedural incident so that the managing partners of a particular company have direct responsibility for their actions.

Keywords: Disregard of legal personality. Third Party Liability. Related searches Tax enforcement.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da pessoa Jurídica. 1.1 Teorias explicativas da Pessoa Jurídica. 1.2 Apresentação da pessoa jurídica. 2. Da desconsideração da personalidade jurídica . 2.1 Do incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica e seus requisitos. 3. Da responsabilidade tributária e seus requisitos. 3.1 Considerações preliminares. 3.2 Responsabilidade pessoal e responsabilidade subsidiária. 3.3 Responsabilidade por substituição e por transferência . 3.4 Responsabilidade por infrações. 3.5 Diferença entre a desconsideração da personalidade jurídica e a

responsabilidade de terceiros. 4. Da inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da execução fiscal. 5. Do afastamento da disregard doctrine na execução fiscal, sob a ótica do STF, STJ e dos diversos tribunais. 6. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil veio para trazer mudanças significativas na celeridade processual, estabelecendo expressa e implicitamente sintonia com a Constituição Federal, criando condições para que o Juiz possa proferir decisões de forma mais próxima à realidade fática subjacente à causa, simplificando, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal, organizando, desta forma, o sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Dentre as novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil, previsto nos seus artigos 133 – 137, está o denominado incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, que veio para resguardar o princípio do contraditório prévio aos sócios ou administradores sobre os quais recaiam a pretensão de responder em juízo, através do seu patrimônio pessoal, pelos débitos das empresas que integram ou integravam, ou seja, visou permitir maior dialeticidade na produção das decisões judiciais que determinam a aplicação do artigo 50 do Código Civil.

O incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, no âmbito do Direito Tributário, no que diz respeito as execuções fiscais, é objeto de grandes controvérsias, pois existe procedimento próprio e apartado, mas que se utiliza subsidiariamente do Código de Processo Civil.

No campo Doutrinário e jurisprudencial, há uma grande celeuma a respeito da aplicação de tal instituto nas execuções fiscais. Ademais, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), bem como o Fórum de Execuções Fiscais (FOREXEC), já pacificaram seu entendimento pela não aplicação do incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica na

responsabilidade tributária, regulada pelo artigo 135 do Código Tributário Nacional, como bem será explicado logo mais.

Antes de adentrarmos ao tema proposto, explicarei o conceito e os requisitos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, bem como da aplicação do instituto da responsabilidade de terceiro, previsto no artigo 135 do Código Tributário Nacional, dentre outros temas pertinentes para se chegar ao objetivo deste trabalho.

1 DA PESSOA JURÍDICA

A pessoa jurídica é o grupo humano, criado na forma da lei e dotado de personalidade jurídica própria, para a realização de fins comuns.

O ordenamento jurídico confere proteção legal ao agrupamento de indivíduos ou de bens reunidos para a realização de determinados fins comuns, sendo reconhecida pelo Estado como detentora de direitos e deveres, os quais passam a ser denominados como pessoa jurídica, não se confundindo com as pessoas que lhe deram origem. Segundo ensina Gustavo Tepedino, “[...] Pessoa jurídica, portanto, é o agrupamento de pessoas dotado pela lei de aptidão para a titularidade de direitos e obrigações na ordem civil, tendo, assim, personalidade jurídica própria, independente da de seus membros.”^[1]

A pessoa jurídica, depois de constituída, passa a possuir semelhanças com a pessoa física, no que diz respeito a proteção aos direitos da personalidade, em decorrência do artigo 52 do Código Civil. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

As pessoas jurídicas têm direitos da personalidade, como o direito ao nome, à marca, à honra objetiva, à imagem, ao segredo etc., por serem entes dotados de personalidade pelo ordenamento jurídico-positivo, e podem sofrer dano moral [...]. Tais direitos lhes são reconhecidos no mesmo instante da sua inscrição no registro competente, subsistindo enquanto

atuarem e terminando com o cancelamento da inscrição das pessoas jurídicas.^[2]

A personalidade é a aptidão genérica para se titularizar direitos e contrair obrigações na ordem jurídica, ou seja, é a qualidade para ser sujeito de direito.

No direito brasileiro, para o surgimento da personalidade da pessoa jurídica, faz-se necessário a conjugação de três pressupostos básicos: 1) Vontade humana criadora; 2) Observância das condições legais para sua instituição; 3) Objeto lícito.

Desta forma, a pessoa jurídica passa a ter proteção total do Estado, sendo suscetível de aquisição e exercício de direitos, ganhando assim personificação, a partir da inscrição dos atos constitutivos da instituição no competente registro, como diz o artigo 45 do Código Civil.

1.1 Teorias Explicativas da Pessoa Jurídica

As principais correntes que tentam explicar ou justificar a existência da pessoa jurídica são:

- A) **Corrente negativista (Brinz, Planiol, Duguit):** Negava ser a pessoa jurídica, sujeito de direito, não aceitava a tipologia. Ihering e Bolze defendiam tese no sentido de que a associação formada por um grupo de indivíduos não possuiria personalidade jurídica própria, pois os próprios associados seriam considerados em conjunto, trata-se da teoria da mera aparência (este gênero de pessoas seria mera aparência, excogitada para a facilidade das relações). Ihering ainda dizia que os verdadeiros sujeitos de direito seriam os indivíduos que formam a Pessoa Jurídica, ela seria apenas mera forma especial de manifestações exteriores da vontade dos seus membros.
- B) **Corrente afirmativista:** Aceitava a teoria da pessoa jurídica, ou seja, reconhecia a pessoa jurídica como sujeito de direito. Ela se subdivide em:
 - I) **Teoria da ficção (Savigny):** As pessoas jurídicas seriam pessoas por ficção legal, uma vez que somente os sujeitos dotados de vontade poderiam por si mesmos titularizar direitos subjetivos. A pessoa jurídica não teria uma função social, teria uma existência abstrata, ideal.

- II) **Teoria da realidade objetiva ou organacionista (Clóvis Beviláqua):** Para ela, a pessoa jurídica não seria fruto da técnica jurídica, mas sim um organismo social vivo. Para este pensamento a pessoa jurídica teria uma atuação social, sendo um organismo social vivo.
- III) **Teoria da realidade técnica (Ferrara):** Afirma que a pessoa jurídica teria existência real não obstante a sua personalidade ser conferida pelo direito. Posto a pessoa jurídica seja personificada pelo direito, tem a atuação social na condição de sujeito de direito. Sem olvidar que a personalidade jurídica é concedida pelo direito, ela tem função social. Essa teoria foi adotada pela legislação brasileira, mais especificamente no Código Civil, em seu artigo 45, o qual dispõe: "Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo."

1.2 Apresentação da pessoa jurídica

As pessoas jurídicas possuem personalidade jurídica, com isso a legislação brasileira atribuiu a essas pessoas a prerrogativa de serem titulares de direitos, pretensões, ações e de contraírem obrigações, tal como as pessoas físicas.

Ademais, como as pessoas jurídicas não têm existência física propriamente dita, criou-se a necessidade de esclarecimento sobre a natureza jurídica da atuação daqueles em razão da qual se imputava à pessoa jurídica os direitos e obrigações decorrentes dos negócios jurídicos celebrados.

De início, a doutrina falava que as pessoas jurídicas eram representadas, algo semelhante, mas não idêntico, à representação dos incapazes. Nessa linha de entendimento, sempre haverá duas pessoas, o representante e o representado. Desta forma, no momento da prática do ato, o representante faz as vezes do representado, ou seja, quem pratica o ato é o representante, em nome do representado.

Com o passar do tempo, entendeu-se que aqueles que atuavam e, em benefício desta atuação, os efeitos dos negócios jurídicos eram imputados à pessoa jurídica, ou seja, agiam como se dela fossem órgãos, de tal modo que a manifestação da vontade era da própria pessoa jurídica. Com isso, ao passar a agir assim, ela se faria presente, ou presentada, na relação jurídica. Assim, não haveria, pois, representação como se outorga a determinadas pessoas físicas incapazes, até porque a pessoa jurídica não é incapaz.

Para explicar bem esse entendimento da apresentação da pessoa jurídica, vale mencionar um texto da Notária do Rio Grande do Sul, o qual menciona que:

Todas as pessoas jurídicas possuem o chamado órgão diretivo - diretoria ou gerência, que pode ser exercido por uma só pessoa ou por um grupo de pessoas, conforme designado nos seus atos constitutivos, sendo que esse órgão é parte integrante do organismo social.

Embora corriqueiramente se insira a expressão "representada por seu sócio gerente..." em atos notariais, cumpre ressaltar que, na verdade, quando o órgão diretivo da pessoa jurídica pratica atos de administração ordinária, não está representando a empresa; é a própria vontade da empresa que está se manifestando; é ato de apresentação (...)[3]

Desta forma, esclarecendo-se melhor essa linha de entendimento, a apresentação tem-se um único indivíduo, o presentante, que torna a outra pessoa presente no ato. Assim, considera-se que esse ato fora praticado pela própria pessoa que deveria realizá-lo. Esse foi o entendimento adotado pela Código Civil Brasileiro.

2 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para a maioria da doutrina tal instituto teve sua origem nos Estados Unidos, em 1809, quando do julgamento do caso *Bank of United States v. Deveaux*, seguido pelo julgamento do caso *Salomon*

x *Salomon Co*, em 1897, na Inglaterra, com base na teoria do *disregard of legal entity*, estabelecida na tese do Professor Wormser, segundo a qual *"lifting the veil of the corporate entity, we discover the truth"*.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica parte da ideia de que a pessoa jurídica é detentora de direitos e deveres na ordem civil, independentemente das pessoas naturais que a integram. Sendo assim, os sócios e administradores só responderão, em regra, por débitos da pessoa jurídica dentro dos limites do capital social, livrando o patrimônio individual de qualquer dívida, a depender do tipo societário adotado.

A responsabilidade dos sócios, perante a pessoa jurídica, no que diz respeito as dívidas sociais, é dita como subsidiária, como bem explica o nobre doutrinador Flávio Tartuce:

A regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica serem executados.^[4]

Devido a possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, há uma maior tendência de tratarem as pessoas jurídicas de forma espúria, desviando-se dos seus princípios e fins, cometendo fraudes e lesando a sociedade ou terceiros, praticando o que se denominam abuso de personalidade jurídica. Tal abuso se caracteriza quando a finalidade da pessoa jurídica é desviada, ou quando há confusão patrimonial. Sobre o assunto, explica o doutrinador Elpídio Donizetti:

A pessoa jurídica é criada com uma determinada finalidade, a qual, obviamente, há de ser lícita: pode-se criar uma associação para fins educacionais, uma sociedade para fabricar papel, uma fundação para prestar assistência à saúde etc. Mas, e se, de repente, os associados resolvem se utilizar do patrimônio da associação de fins educacionais para promover viagens de férias periódicas? E se os sócios da

fábrica de papel resolvem usar o patrimônio da sociedade para importar carros de luxo? E se a fundação de assistência à saúde resolve contratar cirurgiões plásticos para realizar cirurgias nas esposas dos administradores?

Em todas essas hipóteses, ocorre desvio de finalidade da pessoa jurídica. Diz-se desvio, vez que a atividade realizada por meio da pessoa jurídica não é relacionada com a atividade-fim da associação, sociedade ou fundação, mas como benefício dos associados, sócios ou administradores. [5]

Dessa forma, fica evidente que essas duas situações, de desvio de finalidade e de confusão patrimonial, são repelidas pelo nosso ordenamento jurídico, pois são potencialmente lesivas, tanto para a própria pessoa jurídica, quanto para os seus credores.

Daí surge a adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou também conhecida por teoria da penetração na pessoa física ("disregard of the legal entity"). Tal teoria se encontra positivado no Código Civil em seu artigo 50: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica." [6]

Tal teoria tem como finalidade alcançar pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos. Em resumo, a proteção, no caso da pessoa jurídica, é retirada para atingir quem está atrás dela, o sócio ou administrador. Compartilhando desse entendimento, menciona Flávio Tartuce:

Tal instituto permite ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidades dos sócios, com intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos por eles cometidos, desde que causem prejuízos e danos a terceiros, principalmente a credores da empresa. Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. [7]

Essa teoria também é adotada em outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."^[8]

O artigo 4º da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) também cita a desconsideração da personalidade jurídica: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente."^[9]

O enunciado nº 51 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, diz que "a teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o terna".

Adentrando mais no tema, alguns doutrinadores afirmam que há duas teorias da desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam, "Teoria Maior" e "Teoria Menor", e quem bem explica essas teorias é o doutrinador Flávio Tartuce:

a) **Teoria maior** - a desconsideração, para ser deferida, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica + o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pelo art. 50 do CC/2002.

b) **Teoria menor** - a desconsideração da personalidade jurídica exige um único elemento, qual seja o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pela Lei 9.605/ 1 998 - para os danos ambientais - e, supostamente, pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.^[10]

É interessante mencionar o acórdão paradigmático do STJ, a respeito das teorias da desconsideração da personalidade jurídica, o qual diz:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a

incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos.

(STJ - REsp: 279273 SP 2000/0097184-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 04/12/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 29/03/2004 p. 230RDR vol. 29 p. 356)[11]

Por fim, resta claro que subsiste, ainda, o princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada nas hipóteses previstas em lei. Não se exclui a personalidade jurídica, mas apenas a desconsidera em algumas situações, adentrando-se no patrimônio do sócio ou administrador. Portanto, e para que não haja confusão, o que vai ocorrer com tal procedimento é a desconsideração, e não a *despersonalização* da empresa.

2.1 Do incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica e seus requisitos

Encontra-se previsto, como marco inovador do Novo Código de Processo Civil, entre os artigos 133 a 137, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o qual recebeu um título próprio no Capítulo IV do Título III, que trata da intervenção de terceiros no processo, tendo como finalidade afastar a má-fé, punindo os maus sócios e administradores das pessoas jurídicas.

A desconsideração tem natureza constitutiva, considerando-se que por meio dela tem-se a criação de uma nova situação jurídica.

Tal procedimento, de acordo com o artigo 133, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, desta forma, fica afastada a possibilidade de se iniciar tal procedimento de ofício pelo magistrado, apesar de, por opiniões de alguns doutrinadores, haver algumas exceções, como, por exemplo, explica Flávio Tartuce:

Pensamos que também é viável a desconsideração da personalidade jurídica de ofício pelo juiz nos casos de danos ambientais, diante da proteção constitucional do bem ambiental, como bem difuso, retirada do art. 225 do Texto Maior. A conclusão deve ser a mesma nas hipóteses envolvendo corrupção, por força da recente Lei 12.846/2013, de interesse coletivo inquestionável. Em suma, a decretação ex officio é viável nos casos de incidência da teoria menor.[\[12\]](#)

O incidente de desconsideração também é aplicável às hipóteses de *desconsideração inversa* da personalidade jurídica, conforme enuncia o § 2º do artigo 133 do Novo Código Civil. Vale a pena citar a explicação de Daniel Amorim a respeito de tal instituto:

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica inversa, o sócio figura como devedor e a sociedade empresarial como responsável patrimonial secundária, quando se constata que o sócio transferiu seu patrimônio pessoal para a sociedade empresarial com o objetivo de frustrar a satisfação dos direitos de seus credores.[\[13\]](#)

Segundo menciona o artigo 134 do Código de Processo Civil emergente, o procedimento da desconsideração é aplicável em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Outro viés interessante é o que está previsto no seu § 2º, o qual diz que “será dispensado a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, situação em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.” Nesse caso, o Enunciado 248 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) indica que “incumbe ao sócio ou à pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa”.

Importante mencionar também que concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, e não por sentença, conforme artigo 136 do Novo Código de Processo Civil, sendo recorrível por meio do agravo de instrumento, nos

termos do artigo 1.015, IV. Se a decisão for proferida pelo relator, caberá agravo interno, com tratamento específico no próprio Estatuto Processual vigente.

Nos termos do artigo 137 do Novo Código de Processo Civil, acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente, sendo que a fraude a execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar, conforme artigo 792, § 3º do Novo Código de Processo Civil

Por fim, vale ressaltar que nada impede o uso do incidente de desconsideração jurídica nos processos de competência dos juizados especiais, conforme previsto no artigo 1.058 do Novo Código de Processo Civil.

3 DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E SEUS REQUISITOS.

3.1 Considerações preliminares

De início, vale lembrar que o tributo deve ser cobrado da pessoa que pratica o fato gerador (fato econômico com relevo no mundo jurídico, servindo de índice de medida da capacidade contributiva do cidadão), ou seja, o tributo será cobrado do sujeito passivo direto (contribuinte). Como bem explica Eduardo Sabbag:

Normalmente a lei confere a obrigação de pagar o tributo à pessoa que tenha estado em relação econômica com a situação que constitua o fato gerador respectivo, ou seja, à pessoa que dela auferiu uma vantagem patrimonial, isto é, o contribuinte. [14]

Por outro lado, em determinados casos, o Estado pode ter necessidade de cobrar o tributo de uma terceira pessoa, que não o contribuinte, que será o sujeito passivo indireto (responsável tributário). Assim, o responsável assume uma relação jurídica tributária como devedor de um tributo, sem possuir relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador. A obrigação do pagamento do tributo lhe é cometida pelo legislador, visando facilitar a

fiscalização e arrecadação dos tributos. Para deixar bem claro essa conceituação, Ricardo Alexandre menciona que:

Será contribuinte quando tiver relação pessoal e direta com a situação que constituía o respectivo fato gerador; caso contrário, será denominado responsável. Em ambos os casos, a sujeição passiva depende de expressa previsão em lei.

Entretanto, pelo fato de não ter relação direta e pessoal com o fato gerador, não é correto afirmar que a lei pode colocar qualquer pessoa para assumir a responsabilidade pelo pagamento do tributo. O artigo 128 do CTN deixa visível que o legislador atribui a responsabilidade a quem tem um certo vínculo, mesmo que seja mínimo, ao fato gerador da obrigação, e que não configure uma relação pessoal e direta com o fato gerador. "Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação"[15]

Em síntese, o doutrinador Eduardo Sabbag esclarece:

Em primeiro lugar, o responsável é um terceiro, mas o legislador não tem liberdade para designar "qualquer terceiro" como responsável tributário, porque o mencionado dispositivo legal determina que o escolhido tenha uma vinculação mínima, de qualquer natureza, com o fato gerador da respectiva obrigação. Menos, é claro, aquela vinculação de natureza pessoal e direta, porque quem a tem é o contribuinte. Portanto, é de suma importância a aferição da intensidade do vínculo, que, existindo, deve se mostrar na dosagem precisamente correta.[16]

Observa-se também que é vedada a transferência implícita do encargo a outrem, pois a sujeição passiva, seja ela direta ou indireta, submete-se à reserva legal, isto é, à necessidade de lei formal, conforme artigo 97, III, do Código Tributário Nacional.

3.2 Reponsabilidade pessoal e responsabilidade subsidiária

Na responsabilidade pessoal, a lei atribui a exigibilidade tributária à terceira pessoa (responsável) vinculada ao fato gerador, excluindo assim, o contribuinte principal de qualquer responsabilidade. A definição da responsabilidade pessoal se encontra previsto no artigo 128, parte final, do CTN.

O artigo 131 do CTN, a propósito, prevê textualmente em seus incisos a responsabilização pessoal: "São pessoalmente responsáveis: I – o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; II – o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação; III – o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão." [17]

Outro exemplo de responsabilidade pessoal é encontrado no artigo 135 do CTN: "São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado." [18]

Em geral, o contribuinte aqui é vítima de atos abusivos, ilegais ou não autorizados, cometidos por pessoas que o representam, razão pela qual se procura responsabilizar pessoalmente tal representante.

Já a responsabilidade subsidiária ou supletiva, está prevista no artigo 128 do CTN, e acontece quando o responsável designado em lei responde pela parte ou pelo todo da obrigação tributária que o contribuinte deixar de cumprir, ou seja, o contribuinte é excluído parcialmente. Na responsabilidade subsidiária, primeiro será cobrado do contribuinte, caso este não disponha de recursos suficientes, cobra-se do responsável. Como bem explica Eduardo Sabbag:

Logo, o dito responsável solidário só é chamado a satisfazer a obrigação nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo

contribuinte. Portanto, há nítido benefício de ordem, isto é, o terceiro somente responderá com o seu patrimônio se o contribuinte não tiver bens suficientes para arcar com o débito.[\[19\]](#)

Este tipo de responsabilidade se dá, basicamente, nos casos previstos no artigo 134 do CTN: “Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre atos praticados por eles, ou perante eles, em razão de seu ofício; VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.”[\[20\]](#)

Assim entende o STJ:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. MICROEMPRESA. EXTINÇÃO REGULAR. INCLUSÃO DO SÓCIO-GERENTE NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. ART. 9º DA LC N. 123/2006. ARTIGOS 134, VII, E 135, III, DO CTN. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA 1. O art. 9º, § 4º, da LC n. 123/2006 não estabelece hipótese nova para o reconhecimento da responsabilidade tributária do sócio-gerente de micro e pequenas empresas, tratando tão somente da possibilidade de baixa do ato constitutivo da sociedade empresária e esclarecendo que a consumação desse fato não implica em extinção de eventuais obrigações tributárias nem da responsabilidade tributária. 2. Esse dispositivo remete às hipóteses de responsabilidade tributária previstas nos artigos 134, VII, e 135, III, do Código Tributário Nacional. 3. Enquanto a responsabilidade subsidiária de que trata o inciso VII do art. 134 do CTN está limitada ao patrimônio social que subsistir após a liquidação, a responsabilidade pessoal decorrente da

aplicação do art. 135, III, do CTN não encontra esse limite, podendo o sócio responder integralmente pelo débito com base em seu próprio patrimônio, independente do que lhe coube por ocasião da extinção da pessoa jurídica. 4. Na prática, em execução fiscal proposta em desfavor de micro ou pequena empresa regularmente extinta, é possível o imediato redirecionamento do feito contra o sócio, com base na responsabilidade prevista no art. 134, VII, do CTN, cabendo-lhe demonstrar a eventual insuficiência do patrimônio recebido por ocasião da liquidação para, em tese, poder se exonerar da responsabilidade pelos débitos exequendos. Feita essa demonstração, se o nome do sócio não estiver na CDA na condição de corresponsável, caberá ao fisco comprovar as situações que ensejam a aplicação do art. 135 do CTN, a fim de prosseguir executando os débitos que superarem o crédito recebido em face da liquidação da empresa. 5. Hipótese em que, considerada a situação fática descrita no acórdão a quo, a qual revela ter havido liquidação regular da pessoa jurídica, deve-se reconhecer a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal, com base no art. 134, VII, do CTN. 6. Recurso especial provido.[\[21\]](#)

Vale a ressalva, no sentido de que a responsabilidade "solidária", assim mencionado no artigo 134, do CTN, não é "solidária plena", mas, sim, subsidiária, uma vez que não se pode cobrar tanto de um como do outro devedor, havendo uma ordem de preferência a ser seguida.

3.3 Responsabilidade por substituição e por transferência

A escolha do responsável perante o marco temporal do fato gerador, momento em que surge o vínculo jurídico entre a pessoa designada por lei como responsável e o sujeito ativo do tributo, se divide em duas espécies: responsabilidade por substituição e responsabilidade por transferência.

A doutrina ainda afirma que a responsabilidade por “transferência” abrange os casos de reponsabilidade “por sucessão”, “por solidariedade” e “de terceiros”.

A responsabilidade por substituição é aquele onde a sujeição passiva do responsável surge contemporaneamente à ocorrência do fato gerador. Em nenhum momento, o dever de pagar o tributo recai sobre a figura do contribuinte, não havendo qualquer mudança subjetiva na obrigação. Nas palavras de Eduardo Sabbag:

Também intitulada responsabilidade originária ou de 1º grau, dá-se quando a terceira pessoa (substituto) vem e ocupa o lugar do contribuinte (substituído), desde a ocorrência do fato gerador. A essa pessoa, que a lei ordena que substitua o contribuinte, dá-se o nome de “responsável por substituição” ou “contribuinte substituto”, ou, ainda, “substituto tributário”. Aqui a obrigação de pagar, desde o início, é do responsável, ficando o contribuinte desonerado de quaisquer deveres.[22]

Assim, fica claro que, na responsabilidade por substituição, somente o substituto tributário é que fica encarregado, pela lei, de efetuar o pagamento do tributo ao fisco, excluindo por completo a participação do sujeito passivo verdadeiro e próprio.

Já na **responsabilidade por transferência**, no momento do surgimento da obrigação, determinada pessoa figura como sujeito passivo, contudo, num momento posterior, um evento definido em lei causa a modificação da pessoa que ocupa o polo passivo da obrigação, surgindo, assim, a figura do responsável, conforme defino em lei. Nas palavras do eminente jurista Eduardo Sabbarg:

Também intitulada responsabilidade derivada ou de 2º Grau, dá-se quando a terceira pessoa vem e ocupa o lugar do contribuinte após a ocorrência do fato gerador, em razão de um evento a partir do qual se desloca (se transfere) o ônus tributário para um terceiro escolhido por lei. Atribui-se a este terceiro o nome de “responsável tributário”, propriamente dito. Perceba que o “responsável tributário” (responsabilidade por transferência) responde por débito alheio, enquanto o

“substituto tributário” (responsabilidade por substituição) responde pelo próprio débito.^[23]

Portanto, fica evidente que a responsabilidade por transferência ocorre quando surge um fato novo e posterior ao surgimento da obrigação tributária contra uma pessoa certa e determinada, transferindo o ônus tributacional para o responsável tributário.

O CTN menciona três tipos de responsabilidade por transferência:

- 1- Por solidariedade tributária passiva (arts. 124 e 125);
- 2- Dos Sucessores ou por sucessão (arts. 130 a 133);
- 3- De terceiros (art. 134)

A **responsabilidade solidária** ocorre quando cada um dos devedores responde pelo todo perante a obrigação tributária correspondente. Essa responsabilidade pode ser classificada como “natural”, que é quando ocorre entre pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal, ou pode ser classificada como “legal”, que é quando ocorre sob determinação da lei, que designa expressamente as pessoas que deverão responder solidariamente pela obrigação tributária.

Vale mencionar também que, na responsabilidade solidária, não vai haver benefício de ordem, podendo o Estado escolher que um dos codevedores responda pelo cumprimento total da obrigação tributária, não observando qualquer ordem de vocação.

Na **responsabilidade por sucessão** a obrigação se transfere para outro devedor em virtude do desaparecimento do devedor original. Esse desaparecimento pode ser por morte do primeiro devedor, recaindo o ônus sobre os herdeiros, ou por venda do imóvel ou estabelecimento, incidindo o importe tributário sobre o comprador. Sendo assim, mais uma vez o doutrinador Eduardo Sabbag explica:

Nessa toada, dois tipos de transferência podem se dar:

I. Transferência causa mortis: a transmissão do ônus ocorre para os herdeiros, havendo a sua responsabilidade pessoal (sucessão causa mortis, art. 131, II e III, CTN);

II. Transferência inter vivos: a obrigação se transfere para o adquirente, em quatro hipóteses:

1ª hipótese: transmissão de imóveis (sucessão imobiliária; art. 130, CTN);

2ª hipótese: transmissão de bens móveis (sucessão inter vivos; art. 131, I, CTN);

3ª hipótese: transmissão de estabelecimento comercial, industrial ou profissional (sucessão comercial; art. 133, CTN);

4ª hipótese: transmissão decorrente de fusão, incorporação, transformação ou cisão (sucessão empresarial; art. 132, CTN).[\[24\]](#)

Em resumo, conforme se observa o artigo 129, do CTN, pode-se afirmar que o sucessor assume todos os débitos tributários do sucedido, relativos a fatos geradores ocorridos antes da data do ato ou fato que demarcou a sucessão, sendo irrelevante o andamento da constituição definitiva do crédito.

Já a **responsabilidade de terceiros** é tratada em dois diferentes dispositivos, quais sejam, o artigo 134, onde os terceiros responsáveis atuam de forma regular, sem violação à lei, ao contrato social ou aos estatutos; e o artigo 135, onde os terceiros responsáveis atuam de forma irregular. Em ambos os casos, os "terceiros" responsabilizados são pessoas que, em determinadas circunstâncias, falharam no cumprimento de um dever legal de gestão ou vigilância do patrimônio do contribuinte. A grande diferença entre os dois artigos é a submissão a regimes jurídicos diferentes. Neste sentido, é o entendimento do professor Eduardo Sabbag:

A responsabilidade de terceiros devedores ou, simplesmente, responsabilidade de terceiros, está disciplinada nos arts. 134 e 135 do CTN. Esta responsabilidade não se prende à transmissão patrimonial, como se pôde notar na responsabilidade dos sucessores, mas no dever de zelo, legal ou contratual, que certas pessoas devem ter com relação ao patrimônio de outrem, geralmente pessoas naturais incapazes

(menor, tutelado, curatelado) ou entes despidos de personalidade jurídica (espólio e massa falida).[\[25\]](#)

Na responsabilidade de terceiro com atuação regular, previsto no artigo 134 do CTN, em primeiro lugar, cobra-se do contribuinte, após, a responsabilidade passa para o responsável tributário. Desta forma, os terceiros devedores somente virão a responder pela obrigação tributária que lhes é exigível, “solidariamente” com o contribuinte, se atendidos as condições previstas no caput do artigo 134 do CTN, quais sejam: I- que seja impossível exigir o cumprimento da obrigação tributária principal do contribuinte (primeiramente, o fisco cobra deste); II- que o responsável indicado tenha colaborado para o não pagamento do tributo, mediante ato ou omissão a ele atribuíveis. Assim, a atuação do terceiro na administração do patrimônio do representado deverá ter relação direta com o nascimento da obrigação tributária não cumprida.

Já na **responsabilidade de terceiro com atuação irregular**, previsto no artigo 135 do CTN, trata-se de uma atuação em desconformidade com o direito, levando-o à condição de responsável pessoal pelo próprio tributo devido (e não apenas pela multa eventualmente cabível). Como bem explica Eduardo Sabbag:

Em geral, o contribuinte aqui é vítima de atos abusivos, ilegais ou não autorizados, cometidos por aqueles que o representam, razão pela qual se procura responsabilizar pessoalmente tais representantes, ficando o contribuinte, em princípio, afastado da relação obrigacional. De fato, no art. 135 do CTN, a responsabilidade se pessoaliza, ou seja, torna-se plena, rechaçando o benefício de ordem e fazendo com que o ônus não recaia sobre o contribuinte, mas, pessoalmente, sobre o responsável citado quando houver (I) excesso de poderes ou (II) infração da lei, contrato social ou estatutos.[\[26\]](#)

Vale uma ressalva aqui no que diz respeito a “pessoalmente responsáveis”, pois o STJ, ao julgar caso em que a aplicação das regras ora estudadas resultou na responsabilidade pessoal de diretores

por débitos de uma sociedade, expressamente afirmou que eles “respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei”. (EREsp 174.532-PR).

Assim, fica claro que além da cobrança pessoal do administrador que realizou o ato ilícito, a empresa também deverá ser responsabilizada, não existindo no CTN e nem na legislação esparsa, regra afirmando que a responsabilização do terceiro que agiu de forma irregular constitui causa de exclusão da responsabilidade tributária da pessoa jurídica.

É importante destacar que o descumprimento da obrigação tributária principal (não pagamento do tributo), sem dolo ou fraude, apenas representa mora da empresa, e não “infração legal” deflagradora da responsabilidade pessoal. É imprescindível para a responsabilização pessoal a atuação dolosa do gerente ou diretor, devendo ser rigorosamente provada. Atualmente, tal entendimento se encontra materializado na Súmula 430 do STJ, cujo teor é o seguinte: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Por outro lado, o STJ entende configurada hipótese de responsabilização do sócio-gerente quando comprovada a dissolução irregular da sociedade, uma vez que ao gerente competia adotar as providências legalmente exigíveis para que a dissolução fosse operacionalizada em conformidade com o direito. Esse entendimento foi sintetizado pelo STJ na sua Súmula 435, cujo teor diz o seguinte: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos componentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”. Compartilhando do entendimento, Eduardo Sabbag explica que:

Para o STJ, é obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os registros empresariais e comerciais, com o fito de demonstrar que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas no Código Civil de 2002 (arts. 1.033 a 1.038 e arts. 1.102 a 1.112) e na Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005). A

desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei. Frise-se que o embasamento dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é igualmente ofertado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e pelo art. 158, da Lei n. 6.404/78 (Lei das S.As.) no âmbito não tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.^[27]

Nestes casos de dissolução irregular da sociedade, o STJ entende que, o redirecionamento da execução fiscal deve alcançar o sócio-gerente que comandava a entidade ao tempo da dissolução irregular, sendo de todo desimportante a data do fato gerador da obrigação tributária, bem como as datas dos vencimentos dos débitos fiscais correspondentes.

3.4 Responsabilidade por infrações

O tema responsabilidade por infrações está previsto nos artigos 136 e 137 do Código Tributário Nacional, e significa a responsabilidade por multas aplicáveis em um liame jurídico – tributário.

As pessoas designadas como responsáveis por infrações são as pessoas que cometeram tais infrações, tendo com esta relação pessoal e direta. Assim, de acordo com o entendimento do Professor Ricardo Alexandre, “[...] a palavra responsável, nesses casos, deve ser entendida no seu sentido comum, qual seja aquela a quem é imputada determinada conduta, devendo assumir as respectivas consequências.”^[28]

A responsabilidade por infrações é classificada como responsabilidade por substituição, uma vez que, já no cometimento da infração o sujeito passivo da multa é o responsável.

Também é tida como de responsabilidade objetiva, pois a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente. Nos dizeres do eminente doutrinador Eduardo Sabbag:

“A responsabilidade por infrações no Direito Tributário, relativamente ao descumprimento de obrigações tributárias principais e acessórias, traduz -se, normalmente, em penas

pecuniárias (multas), sendo, em princípio, de consideração puramente objetiva (teoria da responsabilidade objetiva), uma vez que não seria necessário pesquisar a eventual presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa)".[29]

Contudo, é importante mencionar que, de acordo com o artigo 136 do Código Tributário Nacional, nada impede que o legislador decida por atribuir caráter subjetivo à responsabilidade por determinadas infrações, uma vez que o dispositivo é explícito quando diz "salvo disposição em contrário".

Ademais, no Direito Tributário, a regra é punir a pessoa jurídica pelos ilícitos que venha a cometer. Entretanto, há casos em que o ordenamento jurídico prevê a necessidade de que o ato punitivo recaia pessoalmente sobre o agente responsável, como é o caso do artigo 137 do Código Tributário Nacional. Nos dizeres do professor Ricardo Alexandre:

"O dispositivo enumera situações em que a própria pessoa jurídica sofre os danos causados pela condenável ação daquele que atua em seu nome, de forma que a punição deve ser imposta ao próprio agente, permanecendo a pessoa jurídica na condição de sujeito passivo do tributo, mas não da multa."[30]

Desta forma, concluímos que, quanto ao artigo 137 do Código Tributário Nacional, não é caso de responsabilidade "exclusiva" da pessoa jurídica, podendo o agente infrator ser pessoalmente responsabilizado; também não é caso de responsabilidade "solidária" da pessoa jurídica e da pessoa física; e, por fim, não é caso de responsabilidade "subsidiária" da pessoa física.

3.5 Diferença entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade de terceiros

A responsabilidade de terceiros apenas indica um garantidor ao pagamento, para no caso de não ser cumprida a obrigação pelo devedor principal, nas hipóteses previstas pelo legislador, não levando em conta a desconsideração da personalidade jurídica. Sendo esse instituto previsto no artigo 135 do Código Tributário

Nacional, imputa aos terceiros indicados pelo legislador a obrigação pelo pagamento dos débitos decorrentes “de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

Trata-se, então, de imputação legal de responsabilidade solidária de terceiros, em substituição ao devedor principal, de aplicação peremptória, pois não deixa margem ao julgador para escolher se impõe ou não a responsabilização desses terceiros. Na referida norma o legislador aderiu à denominada teoria ultra vires. Nas hipóteses descritas no artigo a doutrina da desconsideração é incabível.

Já a desconsideração da pessoa jurídica, desconsidera a existência da entidade social e trata esta como uma simples comunhão entre as pessoas responsáveis pela sua administração, para o fim de transferir a responsabilidade patrimonial, que a princípio seria limitada aos bens da sociedade, para os bens dos administradores ou sócios, como se dela fossem, em casos não tipificados pela legislação.

Como já dito acima, a desconsideração da pessoa jurídica como forma de atingir o patrimônio dos seus administradores ou sócios é instrumento subsidiário das normas de responsabilidade de terceiros e de manuseio exclusivo do juiz, que deve utilizá-lo apenas na solução do caso concreto, quando não houver outra solução legal indicativa de solidariedade no adimplemento da obrigação.

4 DA INAPLICABILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO FISCAL.

A execução fiscal está regulada pela Lei 6.830/80, sendo um procedimento especial para a cobrança do crédito da Fazenda Pública. Possui as mesmas bases estruturais delineado pelo Código de Processo Civil, pois é possível inserir a execução fiscal como subespécie de execução singular forçada por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial.

Desta forma, o crédito fazendário regularmente inscrito como dívida ativa é tido como objeto da Execução fiscal. A dívida ativa, de acordo com o artigo 2º da Lei 6.830/80, pode ser tributária ou não tributária. A dívida ativa tributária compreende, segundo o artigo 39, §2º da Lei 4.320/64, o crédito proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, por outro lado, a dívida ativa não tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

Ademais, como bem explicado nos tópicos anteriores, com o novo Código de Processo Civil, passou a ser mesurado o modo de aplicação da sanção de desconsideração da personalidade jurídica no processo.

Tratando-se de Execução fiscal de dívida tributária, é possível o “redirecionamento”, em virtude da responsabilidade patrimonial do sócio-gerente ou administrador, conforme artigos 134, VII, e 135, III do CTN.

Nesta celeuma, a controvérsia se esbarra no que diz respeito à aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Execução fiscal de dívidas tributárias.

Os doutrinadores e a jurisprudência são divergentes no assunto. Há quem defenda a aplicação do incidente na execução fiscal, baseando a sua aplicabilidade no artigo 134 do NCPC, o qual dispõe ser o mesmo aplicável à execução extrajudicial.

No entanto, há doutrinadores e tribunais que defendem o raciocínio de que a Execução Fiscal é regida por lei especial (Lei 6.830/80), que, em seu artigo 1º, prevê a aplicabilidade subsidiária do CPC, razão pela qual não encontra motivo para se utilizar do incidente em tais ações, seja em caso de redirecionamento fundado

no CTN ou na hipótese de desconsideração, com base no artigo 50 do CC.

O doutrinador renomado no ramo do Direito Público, Leonardo Carneiro Cunha, defende a aplicabilidade do incidente nas Execuções Fiscais, seja nos casos de desconsideração da personalidade jurídica nas conjecturas de responsabilidade do sócio em decorrência do regime jurídico a que se sujeita ou em virtude do exercício da administração em desacordo com as normas legais, estatutárias ou contratuais. Tal doutrinador explica que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma das hipóteses de intervenção de terceiro disciplinado no CPC, conforme artigos 133 a 137 do CPC, informando ainda que essa intervenção tem por finalidade assegurar o contraditório para o terceiro que possa vir a ser responsabilizado e a figurar como parte no processo. Nas palavras do mestre:

Não é razoável sustentar que, na execução fiscal, o terceiro possivelmente responsável não tem direito ao contraditório. A finalidade do incidente é exatamente esta: assegurar o contraditório ao terceiro que possa vir a ser responsabilizado e passar a sofrer constrição judicial futura.^[31]

Outro motivo alegado pelo doutrinador é o fato de o NCPC aplicar o incidente em todas as fases do processo de conhecimento, bem como na execução fundada em título executivo extrajudicial, conforme artigo 134 do CPC. Assim diz Leonardo, “[...] Daí ser cabível na execução fiscal, que é, evidentemente, uma execução fundada em título executivo extrajudicial.”^[32]

Assim, para o professor Leonardo da Cunha, fica evidente que mesmo nos casos das hipóteses previstas nos artigos 134, VII, e 135, III, do CTN, deve-se adotar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. E explica que:

Assim, estando o nome do sócio, administrador ou diretor na CDA, a execução fiscal pode ser, sem maiores exigências, contra ele proposta. Na hipótese de não estar seu nome na CDA, poderá haver o redirecionamento, desde que

instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, no qual não de ser comprovados os elementos da sua responsabilidade direta, ou os da desconsideração propriamente dita, a depender do caso posto a julgamento.^[33]

Em contrapartida, a posição que vem prevalecendo na jurisprudência e nos diversos enunciados doutrinários aprovados sobre o assunto, afirmam que não é necessário aplicar o incidente dos artigos 133 a 137 do CPC/15 ao executivo fiscal no caso de redirecionamento com fundamento na responsabilidade tributária. Desta forma, vale a pena ressaltar o entendimento aprovado pelo II Fórum Nacional de Execução Fiscal (FONEF), segundo o qual diz que *"o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 133 do CPC, não se aplica aos casos em que há pedido de inclusão de terceiros no polo passivo da execução fiscal de créditos tributários, com fundamento no artigo 135 do CTN, desde que configurada a dissolução irregular da executada, nos termos da súmula 435 do STJ."*

Outro importante entendimento a favor da inaplicabilidade do incidente na execução fiscal foi mencionado pelo Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (FOREXEC), o qual firmou que *"a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do Código Tributário Nacional não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/15"*.

Além disso, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), posicionou-se no mesmo sentido ao aprovar o Enunciado 53, o qual diz que *"o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 133 do CPC."*

Assim, fica evidente que, de acordo com os enunciados e demais doutrinadores, o posicionamento majoritário nos dias atuais é que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não é compatível com as execuções fiscais que são regidas por lei específica (lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal), isso em

homenagem ao princípio da especialidade, devendo ser aplicada a norma geral, no caso o Código de Processo Civil, apenas de forma subsidiária e quando não se verificar a ocorrência de conflito de normas.

Não obstante, a nova regra introduzida pelo artigo 133 do CPC/15 não revogaria o procedimento específico já existente na legislação tributária, uma vez que a lei posterior não pode revogar nem modificar a lei especial anterior com relação a regras previamente disciplinadas (artigo 2º, § 2º da LINDB).

5 DO AFASTAMENTO DA DISREGARD DOCTRINE NA EXECUÇÃO

FISCAL, SOB A ÓTICA DO STF, STJ E DOS DIVERSOS TRIBUNAIS.

Devido a importância que este tema traz para o processo tributário, e com a supervalorização da segurança jurídica, é de suma importância mostrar como os diversos tribunais vem lidando com este assunto.

No campo da jurisprudência, os Tribunais Regionais Federais se posicionam de forma harmônica pela inaplicabilidade do incidente no caso de redirecionamento em execução de dívida tributária, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência pátria vem se manifestando no sentido da inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos casos de redirecionamento da execução fiscal. A uma, pois o requerimento se baseia na responsabilização do sócio por ato próprio e não na utilização abusiva da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do Código Civil. A duas, pela incompatibilidade do incidente com o rito previsto na Lei de Execuções Fiscais. Precedentes. Na mesma linha, o Enunciado nº 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados dispõe que "O

redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015". 2. Agravo de instrumento conhecido e provido.(TRF-2 - AG: 00092648720164020000 RJ 0009264-87.2016.4.02.0000, Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA, Data de Julgamento: 02/12/2016, 7ª TURMA ESPECIALIZADA)[34]

Seguindo a mesma linha de raciocínio, eis o recente ementário do TRF 3ª Região:

SÓCIO ADMINISTRADOR. ARTIGO [135, III, CTN](#). SÚMULA 435/STJ. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ARTIGO [133, CPC/2015](#). INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO PROVIDO. 1. Nos termos do artigo [133, CPC/2015](#), a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público nos casos em que lhe couber atuar, vedada a atuação de ofício do Juízo. 2. O pedido de redirecionamento da execução fiscal, em razão da Súmula 435/STJ e artigo [135, III, CTN](#), não se sujeita ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, de que trata o artigo [133](#) e seguintes do [CPC/2015](#) e artigo [50](#) do [CC/2002](#). 3. A regra geral do [Código Civil](#), sujeita ao rito do [Novo Código de Processo Civil](#), disciplina a responsabilidade patrimonial de bens particulares de administradores e sócios da pessoa jurídica, diante de certas e determinadas relações de obrigações, diferentemente do que se verifica na aplicação do artigo [135, III, CTN](#), que gera a situação legal e processual de redirecionamento, assim, portanto, a própria sujeição passiva tributária, a teor do artigo [121, II, CTN](#), do responsável, de acordo com as causas de responsabilidade tributária do artigo [135, III, CTN](#). 4. Configurando norma especial, sujeita a procedimento próprio no âmbito da legislação tributária, não se sujeita o exame de eventual responsabilidade tributária do artigo [135, III, CTN](#), ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, de que tratamos artigos [133](#) e seguintes do [Código de Processo](#)

Civil de 2015.5. Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª R.; AI 0001110-19.2017.4.03.0000; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Muta; Julg. 17/05/2017; DEJF 29/05/2017).[\[35\]](#)

O STJ também compartilha da mesma ideia, ou seja, a Colenda Corte Superior de Justiça já emitiu o entendimento no sentido de que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica previsto pelo artigo 133 do CPC/2015 não se aplica na hipótese de redirecionamento do executivo fiscal tributário, devendo prevalecer a norma insculpida pela Súmula 435 do STJ, *ex vi*:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA PESSOA JURÍDICA. NÃO LOCALIZAÇÃO NO ENDEREÇO FORNECIDO À JUNTA COMERCIAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. 1. "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente" (Súmula 435 do STJ), entendimento este restrito à execução fiscal, não permitindo o imediato redirecionamento ao sócio da execução de sentença ajuizada contra a pessoa jurídica, no caso de desconsideração de sua personalidade, na hipótese de não ser localizada no endereço fornecido à junta comercial. 2. A dissolução irregular de sociedade empresária, presumida ou, de fato, ocorrida, por si só, não está incluída nos conceitos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial a que se refere o art. 50 do [CC/2002](#), de modo que, sem prova da intenção do sócio de cometer fraudes ou praticar abusos por meio da pessoa jurídica ou, ainda, sem a comprovação de que houvesse confusão entre os patrimônios social e pessoal do sócio, à luz da teoria maior da disregard doctrine, a dissolução irregular caracteriza, no máximo e tão somente, mero indício da possibilidade de eventual abuso da personalidade, o qual, porém, deverá ser devidamente demonstrado pelo credor para oportunizar o

exercício de sua pretensão executória contra o patrimônio pessoal do sócio. [...] 5. Recurso especial parcialmente provido, para cassar o acórdão recorrido e determinar ao magistrado de primeiro grau que dê regular tramitação à execução de sentença, procedendo à nova análise do pedido de redirecionamento, após a citação do sócio da pessoa jurídica executada. (REsp 1315166/SP, de minha Relatoria, julgado em 16/03/2017, DJe 26/04/2017)[36]

Ademais, os Tribunais também afirmam que a regra prevista pelos artigos 133 e 134, §3º, do CPC/15 estabelece a suspensão do processo executivo abrindo-se o contraditório, tal norma se choca com a regra contida no artigo 16 da Lei de Execução Fiscal, que só permite a suspensão do feito executivo apenas na oposição de embargos à execução e com a devida garantia do juízo, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL. (...) 6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal. 7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela

jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008. 8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011. 9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.(STJ - REsp: 1272827 PE 2011/0196231-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 22/05/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 31/05/2013).[37]

Por fim, é possível enxergar, equitativamente, julgados pela inaplicabilidade do incidente nas hipóteses de débitos não tributários, em razão de sua incongruência com a lei de execução

fiscal, não se tratando, contudo, de entendimento unânime na jurisprudência.

6 CONCLUSÃO

Através do presente trabalho observou-se que, com o surgimento do novo código processo civil, que veio marcado com grandes inovações processuais, tendo como uma de suas finalidades a celeridade para se chegar ao julgamento de mérito justo e razoável, foi criado, dentre tantos outros institutos, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Tal instituto veio com o intuito de valorizar e preservar o princípio do contraditório prévio aos sócios ou administradores sobre os quais recaiam a pretensão de responder em juízo, através do seu patrimônio pessoal, pelos débitos das empresas que integram ou integravam.

Ademais, vale ressaltar que este tema foi escolhido pelo fato de ainda ser algo novo no meio jurídico, não no que diz respeito à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em si, mas ao seu meio processual inovador, previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil. Há de se ressaltar que a utilização de tal instituto é de grande controvérsia pelos diversos tribunais do País, no que diz respeito a incidência no âmbito do direito tributário, e achar uma solução para o caso é de fundamental importância para se chegar ao julgamento do mérito de forma célere e justa, sem que fosse preciso afastar os diversos princípios que os norteiam.

Ao longo do trabalho foram abordados conceitos sobre a pessoa jurídica, sobre a desconsideração da personalidade jurídica e sobre a responsabilidade de terceiros, além das diversas teorias e classificações que abrangem tais institutos. Também foram mencionados os vários entendimentos jurisprudenciais dos tribunais sobre a polêmica da aplicação do incidente de desconsideração no âmbito do direito tributário, além de outras informações relevantes para se chegar a conclusão do presente trabalho.

Dessa forma, com as devidas explicações ao longo do trabalho, fica evidente que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no Novo Código de Processo Civil, não se aplica nos

casos de execução fiscal, pois a Jurisprudência dominante afirma que a Execução Fiscal é regida por lei especial, que em seu primeiro artigo prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, razão pela qual não encontra lugar o referido incidente em tais ações. Além da aplicação específica da lei de Execuções Fiscais, o requerimento de redirecionamento se sustenta na responsabilização do sócio por ato próprio, previsto em seus artigos 134 e 135, ambos do Código Tributário Nacional, e não na utilização abusiva da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil, ficando evidente que a responsabilidade decorre diretamente da lei, e não de determinação judicial.

Por fim, a solução que é adotada neste trabalho, o qual segue a orientação da maioria dos julgados, além de também seguir o que menciona os diversos enunciados dos fóruns processuais, é que a responsabilidade tributária de terceiros não desconsidera a pessoa jurídica devedora, apenas atribui aos terceiros apontados pelo legislador, e que no caso estão unidos à pessoa jurídica, a obrigação pelo pagamento dos débitos, não se embaraçando com a desconsideração da personalidade jurídica, sendo uma forma até mais célere para que a Fazenda Pública recupere os seus créditos, não ferindo princípios Constitucionais e processuais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário** / Ricardo Alexandre – 11. Ed. rev. atual. e ampl. – Salvador – Ed. juspodvim, 2017

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172** de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial da União. Brasília. 27 out. 1966, e retificado em 31 out. 1966. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm > Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União, Brasília, 12 set. 1990 – Edição extra e retificada em 10 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. **Lei de Crimes Ambientais**. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1998 e retificado em 17 fev. 1998. Disponível em: Acesso em: 03 jan. 2018

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo** / Leonardo Carneiro da Cunha. - 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito civil** / Elpidio Donizetti; Felipe Quintela. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas. 2017

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único** / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário** / Eduardo Sabbag. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

STJ - **REsp: 1272827 PE 2011/0196231-6**. Disponível em: . Acesso em: 02 jan. 2018.

STJ. **REsp 1315166/SP**. Disponível em: . Acesso em: 02 jan. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil Interpretado**, v. 1, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TRF 3ª R.; **AI 0001110-19.2017.4.03.0000**; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Muta Disponível em: . Acesso em: 02 jan. 2018.

TRF-2 - **AG: 00092648720164020000 RJ 0009264-87.2016.4.02.0000**, Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA, Data de Julgamento: 02/12/2016, 7ª TURMA ESPECIALIZADA. Disponível em: < <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416493832/agravo-de-instrumento-ag-92648720164020000-rj-0009264-8720164020000/inteiro-teor-416493834?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

NOTAS:

[1] TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil Interpretado**, v. 1, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 106.

[2] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

[3] DIÁRIO DAS LES. Comasseto dos Santos. Márcia Elisa. **Apresentação e representação da pessoa jurídica**. Disponível em: Acesso em 24 fev. 2018.

[4] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016a, p. 177

[5] DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito civil / Elpidio Donizetti**; Felipe Quintela. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas. 2017, p. 101

[6] BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

[7] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016b, p. 178

[8] BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, 12 set. 1990 – Edição extra e retificada em 10 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.

[9] BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de Fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais. Diário Oficial da União, Brasília, 13 fev. 1998 e retificado em 17 fev. 1998. Disponível em: Acesso em: 03 jan. 2018.

[10] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016c, p. 179

[11] STJ - **RECURSO ESPECIAL**: REsp 279273 SP 2000/0097184-7. Relator Ministro ARI PARGENDLER. DJ: 04/12/2003. JusBrasil, 2004. Disponível em: . Acesso em: 24 fev. 2018.

[12] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único / Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016d, p. 191

[13] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único** / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 566

[14] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017a, p. 990

[15] BRASIL. **Lei nº 5.172 de Outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União. Brasília. 27 out. 1966, e retificado em 31 out. 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm > Acesso em: 03 jan. 2018.

[16] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017b, p. 991

[17] BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de Outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966 e retificado em 31 out. 1966. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm> Acesso em: 03 jan. 2018.

[18] Idem.

[19] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017c, p. 994

[20] BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de Outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966 e retificado em 31 out. 1966. Disponível em: Acesso em: 03 jan. 2018.

[21] IBET. Disponível em: Acesso em 21 fev. 2018.

[22] SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017d, p. 997

[23] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017e, p. 999

[24] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017f, p. 1002

[25] Ibidem, p. 1040

[26] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017h, p. 1048

[27] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017i, p. 1051

[28] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário / Ricardo Alexandre** – 11. Ed. rev. atual. e ampl. – Salvador – Ed. juspodvim, 2017a, p. 416.

[29] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017j, p. 1063

[30] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário / Ricardo Alexandre** – 11. Ed. rev. atual. e ampl. – Salvador – Ed. juspodvim, 2017b, p. 416.

[31] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo / Leonardo Carneiro da Cunha. - 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017a. P. 421

[32] Ibidem. p. 421

[33] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo / Leonardo Carneiro da Cunha.** - 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017c. P. 427

[34] TRF-2 - AG: 00092648720164020000 RJ 0009264-87.2016.4.02.0000, Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA, Data de Julgamento: 02/12/2016, 7ª TURMA ESPECIALIZADA. Disponível em: < <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/416493832/agravo-de-instrumento-ag-92648720164020000-rj-0009264-8720164020000/inteiro-teor-416493834?ref=juris-tabs> > . Acesso em: 02 jan. 2018.

[35] TRF 3ª R.; AI 0001110-19.2017.4.03.0000; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Muta Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/462928502/andamento-do-processo-n-0001110-1920174030000-agravo-de-instrumento-26-05-2017-do-trf-3?ref=topic_feed > . Acesso em: 02 jan. 2018.

[36] REsp 1315166/SP. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532259646/recurso-especial-resp-1420011-pr-2013-0387613-0> > . Acesso em: 02 jan. 2018.

[37] STJ - REsp: 1272827 PE 2011/0196231-6, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23329943/recurso-especial-resp-1272827-pe-2011-0196231-6-stj> > . Acesso em: 02 jan. 2018.

A JUSTIÇA NEGOCIAL NO DIREITO PENAL: JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E COLABORAÇÃO PREMIADA

THIAGO VINÍCIUS PONDIAN CARAVELLO:

Bacharelado no curso de Direito pela Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: O referido trabalho de conclusão de curso busca apresentar as formas de justiça negocial criminal, bem como seus métodos de aplicação, conceitos, e sua base principiológica, além das divergências a respeito de sua aplicação, nacional e internacionalmente. O estudo discorrerá acerca dos Juizados Especiais e sua gênese dentro do sistema jurídico nacional, cível e, principalmente, criminal, bem como irá dispor sobre as formas de transação penal, concedendo enfoque à colaboração premiada e seus desdobramentos jurídicos no país. O trabalho analisará ainda as consequências jurídicas das formas de justiça negocial, sua possibilidade de ajudar ou prejudicar o objetivo do judiciário, qual seja o da celeridade processual, enquanto previne excessos e busca extinguir a impunidade, de forma a cumprir uma aplicação justa do direito, em consonância com as garantias fundamentais do processo e da pessoa em si. A partir de pesquisas bibliográficas pelo método indutivo este trabalho apresentará a problemática de aplicação da justiça negocial e suas ramificações em relação aos direitos e garantias fundamentais, contribuindo para o sistema acadêmico com informações recentes acerca de um tema cada vez mais pertinente e de visibilidade cada dia maior à população brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça negocial, juizados especiais, colaboração premiada.

ABSTRACT: The mentioned work of conclusion of course tries to present the forms of criminal business justice, as well as its methods of application, concepts, and its principological base, besides the divergences regarding its application, nationally and internationally. The study will focus on the Special Courts and its genesis within the national legal system, civil and mainly criminal, as well as will dispose on the forms of criminal transaction,

giving a focus on the awarding collaboration and its legal developments in the country. The paper will also analyze the legal consequences of the forms of negotiating justice, their ability to help or hinder the objective of the judiciary, such as speed of procedure, while preventing excesses and seeking to extinguish impunity, in order to comply with a fair application of the law, in line with the fundamental guarantees of the process and of the person itself. Based on bibliographic research using the inductive method, this paper will present the problem of the application of business justice and its ramifications in relation to fundamental rights and guarantees, contributing to the academic system with recent information about an increasingly pertinent theme and visibility every day the Brazilian population.

KEYWORDS: Negotiation justice, special courts, award winning collaboration.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL E OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. 3. LEI 9.099/95 E AS FORMAS DE JUSTIÇA NEGOCIAL. 4. O PAPEL DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA JUSTIÇA NEGOCIAL BRASILEIRA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso objetiva a exposição e análise do método negocial de aplicação da justiça criminal, iniciando por sua origem e suas ramificações no direito prático, transitando pelas instituições dos juizados especiais e métodos alternativos de cumprimento das sanções penais.

O direito criminal é um ramo jurídico que tem como prioridade o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e, dessa forma, possui a necessidade constante de valorizá-los na aplicação prática das normas penais. Assim, diante desta prioridade, bem como do excesso de processos que permeiam o judiciário, é que se faz necessário utilizar de métodos que simplifiquem a aplicação do direito, tornando-a efetiva e eficaz. Um destes é o modo de negociação da justiça criminal, o qual permite acordos e disposições acerca da penalização do indivíduo.

O instituto da negociação é aplicado por diversos países há algum tempo, como na Alemanha e nos Estados Unidos, sem impedimentos às negociações sobre e apenas a serem cumpridas. No Brasil, o caráter negocial da justiça criminal se iniciou com a criação dos juizados especiais, onde se fazem presentes métodos como a suspensão condicional e a transação penal, diferentemente da simples aplicação objetiva do direito positivado de outrora.

Portanto, para analisar e expor sobre a justiça criminal negocial e sua aplicação fática no ordenamento jurídico, através da exposição de benefícios e consequências, bem como da apresentação de suas ramificações, principalmente no que diz respeito à colaboração premiada e sua importância atual. O primeiro capítulo disporá acerca da gênese da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro e de suas ramificações, iniciando pelos juizados especiais, sua criação e aplicação prática na atualidade. No segundo capítulo, será apresentada a lei 9.099/95 como primeira forma de regulamentação efetiva da justiça negocial, visto que, anteriormente, havia somente a previsão pelo ordenamento jurídico, sem lei específica que possibilitasse o real exercício das práticas negociativas. O segundo capítulo dispõe ainda sobre essas diversas formas de aplicação da justiça negocial no processo criminal, quais sejam a transação penal, a suspensão condicional do processo e as penas alternativas, bem como a colaboração premiada.

Por fim, o terceiro capítulo tratará do instituto da colaboração premiada e sua importância na atualidade sócio-política do país, as modernizações trazidas em conjunto com sua aplicação e seus efeitos no âmbito da justiça criminal.

2. A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL E OS JUIZADOS ESPECIAIS

CRIMINAIS

No decorrer do desenvolvimento histórico do direito e da evolução temporal da justiça, sempre houve distanciamento entre povo e poder judiciário, e este, por sua vez, apresentava certo abastamento com relação aos outros poderes constitucionais. No entanto, diante das exponenciais

necessidades jurídicas da população, bem como da maior interação entre povo e direito por meio da globalização, fez-se necessário buscar maneiras de aproximar o cidadão do ordenamento jurídico, facilitar o acesso ao judiciário e cumprir efetivamente o que os princípios constitucionais, norteadores do direito contemporâneo, pregam para seu exercício justo na sociedade.

Diante disso, o direito brasileiro passou a adotar formas de desburocratização do acesso à justiça e do exercício do direito, adequando-se aos moldes de países que priorizam a solução consensual de conflitos e as diversas formas de negociação da sanção punitiva. Nações mais desenvolvidas, como os Estados Unidos, já utilizam da justiça negocial e tem efeitos positivos resultantes de sua aplicação. Portanto, o Brasil, seguindo o exemplo dos EUA e dos demais países, apresenta uma gradual implantação dessa forma de justiça, em atividades colaborativas entre os poderes Executivo, Legislativo e, principalmente, Judiciário.

Na aplicação do direito penal, principalmente, busca-se difundir a ideia de que a restrição de liberdade como sanção punitiva não é a única forma de garantir a convivência harmônica na sociedade, a ressocialização do indivíduo e a intenção educacional da pena. Dessa forma, os juristas contemporâneos apresentam o entendimento de que o direito e a lei em si, quando descumpridos, podem fornecer ao praticante do delito, quando merecidas, formas de diminuição ou conversão da pena mediante o cumprimento de determinados requisitos de colaboração com as investigações, potencial ofensivo baixo da infração, primariedade de condenação, entre outros, a serem elencados mais adiante.

Apesar de compreender que o Estado deve sanar toda e qualquer infração penal pelo uso da ação penal e seus desdobramentos, passou-se a entender que quando se trata de infrações de menor potencial ofensivo, a simples solução consensual se faz mais vantajosa. Deste modo, o Poder Judiciário pode atender com prioridade as infrações penais mais graves, as quais exigem maior esforço para se solucionar.

Posto isto, pode-se observar que a justiça brasileira buscava uma facilitação do processo, fazendo-o mais simples, rápido, eficiente, democrático e também mais próximo da sociedade, tornando o procedimento mais curto.

Sobre este tema, dispõe Ada pelegri:

O poder político (Legislativo e Executivo), dando uma reviravolta na sua clássica política criminal fundada na "crença" dissuasória da pena severa (déterrance), corajosa e auspiciosamente, está disposto a testar uma nova via reativa ao delito de pequena e média gravidade, pondo em prática um dos mais avançados programas de "despenalização" do mundo (que não se confunde com "descriminalização") (GRINOVER, 2005, p. 48).

Dessa forma, os juizados especiais aparecem como a primeira medida tomada pelo ordenamento jurídico nacional, a fim de cumprir os objetivos de desburocratização do poder judiciário, os quais se encontram previstos desde 1988 na Carta Magna brasileira em seu artigo 98, I, porém, sem regulamentação própria.

Assim, os juizados surgem como um modo de encurtamento da distância entre a justiça e os indivíduos, os quais, por diversas vezes, não conseguiam ser atendidos. Da mesma maneira, são apresentados à sociedade como formas de democratização dos processos cíveis e criminais, através de métodos mais céleres e simplificados de acesso ao judiciário e à resolução de conflitos de forma amigável. Desde que apresentados os requisitos, os conflitos mais simples passam a ser de competência dos juizados especiais.

Os juizados especiais criminais englobam as causas em que a pena a ser cumprida seja inferior a 2 anos, bem como casos que se enquadrem como contravenções penais e crimes mais simples, na busca da aplicação de sanções punitivas que não sejam restritivas de liberdade e que consigam reparar o dano sofrido pela vítima, como multas e penas restritivas de direitos. Ressalta-se que, na hipótese de necessidade de restrição de liberdade, esta pode ser determinada pelo Juiz.

O juizado criminal, ou "JECRIM", tem por finalidade a solução do processo criminal de forma célere, resultando na reparação do dano causado, quando possível, e na prevenção de excessos da justiça, bem como na apresentação de outras formas punitivas ao infrator da norma jurídica penal, de forma que objetiva a desburocratização do processo

criminal, o desabarrotamento do poder judiciário e, por consequência, uma menor população carcerária, observados os problemas de superlotação prisional no país.

A demora no julgamento de ações criminais causada pelo excesso de demandas no judiciário, além de prejudicar a reparação de inúmeros danos causados, faz com que, às vezes, a vítima de um crime nem ao menos procure a justiça criminal, deixando grande parte dos autores de crimes de menor potencial ofensivo impunes por falta de estrutura do poder judiciário, que não consegue analisar e julgar todos os casos em tempo hábil. Como disposto por Beccaria:

Às vezes, a gente se abstém de punir um delito pouco importante, quando o ofendido perdoa. É um ato de benevolência, mas um ato contrário ao bem público. Um particular pode bem não exigir a reparação do mal que se lhe fêz; mas o perdão que êle concede não pode destruir a necessidade do exemplo. O Direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos. Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção dêsse direito, mas não tem nenhum poder sobre a dos outros. (BECCARIA, 1959, p. 85).

Nestes termos, mesmo que haja abstenção do indivíduo prejudicado ante o descumprimento da norma jurídica, cível ou criminal, o Estado, detentor do poder de punir, não pode se abster diante destas situações. A inércia do Estado faz com que este deixe de exercer todo o caráter da norma jurídica como meio de manutenção da ordem e, portanto, o processo penal e seus procedimentos deixam de surtir efeito.

O processo penal tem por objetivo aplicar a norma penal, existente como forma punitiva, preventiva e ressocializadora. Neste sentido, a característica punitiva garante que a norma irá aplicar ao cidadão a consequência por sua atividade contrária ao ordenamento jurídico, funcionando de maneira preventiva para que os demais tenham o "exemplo" do que ocorre quando há este descumprimento do que é disposto. Enquanto a função ressocializadora do processo penal se dá por

meio do cumprimento da pena disposta pela norma, no objetivo de reinserir o indivíduo de conduta indevida na sociedade a qual ele pertencia.

Deste modo, os juizados especiais criminais passam a garantir este exercício correto das características da norma jurídica e de suas funções, pois em momento algum o crime deixa de ser punido, apenas são apresentadas outras formas de punição, alternativas àquelas que nem sempre eram efetivas ou que chegavam ao seu objetivo. Portanto, o crime, ainda que de menor potencial ofensivo, tem sua devida punição, ficando reiterada a prevenção de novas infrações à lei e o indivíduo ainda consegue se reinserir mais facilmente na sociedade.

A fim de regulamentar os juizados especiais e iniciar uma nova fase no ordenamento jurídico brasileiro, surge a Lei 9.099/95, dispondo e detalhando procedimentos e providências acerca dos juizados, embasada expressamente nos princípios constitucionais.

3. LEI 9.099/95 E AS FORMAS DE JUSTIÇA NEGOCIAL

As inovações trazidas ao processo penal brasileiro pela lei 9.099/95 modificaram o modo pelo qual se via o sistema de aplicação da lei penal, dispondo sobre métodos de negociação e democratização da justiça criminal. A referida lei dispôs sobre os Juizados Especiais Criminais e apresentou ainda dispositivos como a suspensão condicional do processo, a transação penal e a composição dos danos na esfera cível.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes,

Muitas vítimas, que jamais conseguiram qualquer reparação no processo de conhecimento clássico, saem agorados Juizados Criminais com indenização. Permitiu-se a aproximação entre o infrator e a vítima. O sistema de Administração de Justiça está gastando menos para a resolução desses conflitos menores. E atua com certa rapidez. Reduziu-se a frequente prescrição nas infrações menores. As

primeiras vantagens do novo sistema são facilmente constatáveis. (GOMES, 1999, p. 175).

Neste sentido, a lei 9.099/95 insere no ordenamento jurídico brasileiro situações as quais deveriam ser dispostas pelo código processual penal, dispositivo promulgado em 1941. Levando em consideração que um código já surge obsoleto, observado todo o processo para sua criação, era de extrema necessidade a criação de métodos atualizados e modernos que acompanhassem o desenvolvimento da sociedade, e não permanecessem estagnados enquanto essa se modifica.

Não obstante, com a promulgação da Lei 9.099/95, os conflitos na seara Processual Penal e Cível passaram a ser visto por um novo ângulo, no intuito de trazer à Justiça criminal maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional, no que diz respeito às infrações menos gravosas. Este dispositivo legal busca ainda por fim à prescrição e a decorrente extinção da punibilidade em razão da morosidade dos processos, utilizando-se, para tal, do chamado rito sumaríssimo.

A Lei 9.099/95, nas palavras de LOPES JR (2016), além de dispor acerca dos Juizados Especiais Criminais, criou três novos institutos que vieram modernizar o sistema Processual Penal brasileiro, sendo eles a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Esta norma passou a abranger também a questão da vítima, ponto este deixado de lado pelos juristas e pelo ordenamento jurídico, visto que, até então era posta em segundo plano no sistema processual penal e, após a Lei 9.099/95 passou, com o rito sumaríssimo, a ser sujeito ativo na solução dos conflitos.

Ante o exposto, observa-se que, diante da criação da Lei 9.099/95, a criação dos Juizados Especiais se tornou competência da União e das Unidades Federativas, visto que o artigo 93 do dispositivo legal apresenta que "lei estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência". Conseqüentemente, as matérias relativas à competência, procedimento e organização judiciária dependem da edição de lei que as regulamentará.

A Lei dos Juizados Especiais (9.099/95) dispõe ainda, em seu art. 89, a respeito da suspensão condicional do processo, conhecida como *sursis*, que

possui sua previsão primordial pelo Código Penal de 1940, em seu artigo 77.

Este método pode ser aplicado tanto aos casos de infrações de menor potencial ofensivo quanto às demais, desde que cumpridos os requisitos necessários. Portanto, o instituto do *sursis* abrange diversos tipos penais, resultando em um modo de justiça negocial caracterizado pelo desenvolvido originário a partir da lei dos juizados especiais e que surte efeitos extensivos, além do rol do que deve dispor.

A suspensão pode ser requerida a qualquer momento no trâmite do processo, havendo ainda a possibilidade de proposição em conjunto com a denúncia, a qual, se aceita pelo juiz, possibilitará ao julgador a decisão acerca da suspensão do processo e início das investigações, através da produção de provas e estabelecimentos de condições ao réu.

Tais condições configuram o *sursis*, por meio do qual o Réu terá seu direito de liberdade levemente cerceado, comparado à restrição que poderia resultar de uma pena de prisão em regime fechado. O efeito danoso causado em decorrência da conduta do réu deverá ser reparado por este, a menos que seja indisponível. O indivíduo ficará também impedido de se ausentar da Comarca sem autorização judicial que lhe permita, bem como não poderá frequentar certos locais e deverá apresentar mensalmente ao judiciário satisfação sobre seus atos.

Ante a hipótese de descumprimento destes requisitos e condições, o processo retornará à ativa, no ponto em que parou quando foi suspenso, e será analisado sem nova concessão do benefício. Ressalta-se que o juiz pode dispor sobre novas condições e requisitos necessários para a suspensão condicional, desde que justificadas pelas necessidades do caso, observado que o responsável pelo andamento das suspensões é o próprio magistrado.

Nas situações em que o acusado não aceitar as propostas de suspensão condicional, o processo tramitará normalmente, e, assim que se encerrar o prazo definido para o *sursis* será extinta a punibilidade em relação ao réu.

A lei 9.099/95 também apresentou em seu conteúdo o instituto da transação penal, a qual é aplicada em delitos de ação penal privada, por

meio da qual é realizado um acordo entre o autor do delito e o Ministério Público, na tentativa de aplicar medidas alternativas à restrição de liberdade. Nos casos de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público pode realizar a propositura do acordo diretamente.

Na transação penal o réu tem a seu dispor o direito subjetivo de atender aos requisitos necessários para a transação penal, sendo decidido pelo Ministério Público sobre de que forma será o exercício desse direito. No lugar de ocorrer o cerceamento direto da liberdade do indivíduo, surge a possibilidade de que este cumpra sua pena através da restrição de direitos ou aplicação de multas, sem a necessidade de ajuizamento de mais um processo para as filas do poder judiciário.

A Lei 9.099/95, em seu caput, dispõe que são passíveis de transação penal apenas as infrações de ação penal pública condicionada à representação e as incondicionadas. Não há, no entanto, menção às de ação penal privada, e há uma relativização quanto ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, visto que, apresentados os requisitos, o Ministério Público deve propor a transação. LOPES JR (2016), entende que a proposta do acordo para transação penal se difere da aplicação deste, pois há a necessidade do aceite do réu.

Os requisitos necessários à propositura da transação penal estão dispostos pelo artigo 76 da Lei 9.099/95. Portanto, vê-se que, àqueles já condenados em sentença transitada em julgado em pena privativa de liberdade, não será cabível a proposta de transação, como dispõe o inciso I do § 2º. Não há, portanto, causa que impeça a propositura a quem foi condenado em pena restritiva de direito ou multa. Domesmo modo, no inciso II, expõe que, caso o indivíduo tenha se valido de transação penal nos últimos 5 anos, esta não pode ser proposta novamente até o encerramento deste lapso.

O inciso III apresenta que, verificados os antecedentes, conduta social emodo de agir do agente, além das razões pelas quais agiu, caso estes indiquem não ser suficiente medida restritiva de direitos ou multa imposta pela transação, esta não será aplicada.

Neste sentido, a transação penal será ofertada por escrito, ou ainda oralmente, consistindo na aplicação da pena imediatamente, a qual deverá ser especificada na proposta. Presentes o acusado e seu defensor, caberá a ambos a aceitação da medida, devendo ser formulada a proposta de forma clara e objetiva que não deixe dúvidas acerca de sua legitimidade, apresentando ainda todos os detalhes e informações sobre a transação e a pena a ser estipulada.

Observa-se que a transação penal não surte efeitos que configuram reincidência, não demonstra reconhecimento de culpa do autor do fato, e faz com que este, após infringir uma norma, cumpridos os requisitos necessários, possa cumprir pena sem a inclusão de seu nome no rol dos culpados. A transação, portanto, além de desabarrotar o poder judiciário, facilita a vida durante e posteriormente à condenação do réu.

A lei 9.099/95 demonstra ainda a possibilidade de composição dos danos civis causados pela conduta ilícita. A composição funcionará por meio de indenização à vítima pelo autor do delito em razão de sua conduta, em substituição às penas comuns, pois será feito acordo entre as partes e este funcionará como título executivo judicial de cobrança de direitos, como dispõem os Arts. 74 e 75 da Lei 9.099/95.

Diante das inovações da Lei 9.099/95, apesar do apoio majoritário da doutrina e, principalmente, do poder judiciário, o dispositivo e seus institutos ainda lidam com críticas ao seu funcionamento e à suas novidades. Doutrinadores como Aury Lopes Junior (2016), criticam os juizados criminais no que diz respeito à ausência de controle jurisdicional sobre a pena estipulada, bem como a tomada de competência do Ministério Público, órgão o qual se configura como detentor do poder acusatório no processo penal. Além de diversas críticas que dizem respeito a uma ânsia do poder judiciário em se ver livre dos processos, de modo que passam, com o advento da justiça negocial, a priorizar a quantidade e não a qualidade de decisões.

Há críticas ainda que colocam a justiça negocial como um método que pressiona a vítima a aceitar os acordos propostos e, de certo modo, abrir mão do direito que foi prejudicado e deveria ser buscado pela justiça

criminal. Em suma, a doutrina contrária à justiça negocial prega que na busca pela celeridade processual o ordenamento jurídico acaba por prejudicar a eficácia do modelo processual penal instituído no país, qual seja o do método acusatório, onde figuram o Ministério Público

como acusador e buscador da penalização do indivíduo e o defensor deste como uma

prevenção de excessos da justiça. Entretanto, apesar da parcela contrária da doutrina, a legislação penal apresenta projetos de mudança que pretendem democratizar ainda mais o acesso e a inserção do indivíduo no poder judiciário, dando prosseguimento ao trabalho iniciado pela Lei 9.099/95 e concedendo mais autonomia aos seus institutos, principalmente, aos juizados.

4. O PAPEL DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA JUSTIÇA NEGOCIAL

BRASILEIRA

Diante das inovações jurídicas acerca da negocialidade punitiva, surge a Colaboração Premiada, aplicável a crimes praticados por meio de concurso de agentes, conhecida também como “delação premiada”. Este método é mais uma das formas de justiça negocial no direito penal brasileiro, pela qual um dos agentes em concurso na prática do crime auxilia na investigação do delito e dos demais agentes partícipes, em troca de redução e alteração em sua pena.

A delação premiada é um instituto de natureza penal que surgiu frente a difícil solução dos crimes praticados em concurso de agentes (art. 159, §4º, do Código Penal). Sua função existe desde os primórdios dos agrupamentos humanos, como se via na Idade Média frente à Inquisição, contudo, veio a se destacar com o aprimoramento da criminalidade e consequentemente do Direito Penal.

Este instituto surge diante da ineficaz atividade do Estado no que diz respeito aos crimes realizados por entidades e organizações criminosas. Sem meios para proceder à investigação, o poder público opta por abrir mão de parte de seu

dever punitivo em face da resolução do caso como um todo e penalização de todos os envolvidos.

O réu colaborador ganha a chance de receber uma recompensa, qual seja a redução de sua pena ou até o perdão pelo crime cometido, entretanto, deve delatar seus comparsas de crimes para ajudar na solução daquela. Dado o perdão judicial, fica extinta a punibilidade do réu.

Ressalta-se, entretanto, que somente a delação não basta para o benefício do réu, devendo esta surtir efeitos que realmente façam a diferença e auxiliem na investigação do delito em si e dos demais sujeitos envolvidos. Este método funciona como uma forma de incentivar a confissão espontânea, e, assim, o depoimento de um dos agentes criminosos poderá motivar os demais a proceder da mesma maneira, fazendo com que o delito seja resolvido de forma mais célere e facilitada do que por meio de uma investigação judicial completa.

A colaboração possui finalidade de prova testemunhal, e não confessional, observado que a atenuação dada em face de confissão espontânea atinge somente o indivíduo que confessou. Há pautadas divergências entre o instituto da confissão e o da colaboração premiada, visto que a primeira é uma circunstância atenuante, enquanto a segunda é uma causa de diminuição de pena.

O dispositivo da colaboração tem sua possibilidade de aplicação em diversas formas de crimes com concurso de agentes, como nos da Lei de Drogas, Crime organizado, lavagem de dinheiro, entre outros, onde a testemunha de alguém que participou ativamente do fato tem o poder de mudar o curso das investigações e evitar tanto a impunidade quanto a excessividade punitiva. Esse procedimento de justiça negocial abrange inclusive métodos de proteção à testemunha colaboradora, e necessita de determinados requisitos para que seja validada, ou seja, não basta apenas o simples depoimento.

Assim sendo, o legislador apontou parâmetros para que a delação possa ser considerada na diminuição ou extinção da pena, primeiramente um dos r

equisitos é a própria autoincriminação do delator, bem como, a identificação das demais pessoas envolvidas, sendo elas coautoras ou partícipes.

Outro ponto importante se faz na localização da vítima com vida, isto deverá ser observado em crimes que envolvem pessoas e patrimônio como é o caso da extorsão mediante sequestro (art. 159 CP) e, além disso, deverá se recuperar totalmente ou parcialmente o produto do crime.

O julgador deverá levar em consideração no momento da aplicação da pena, as atenuantes de um terço a dois terços concernentes à delação, o nível da colaboração emprestada e o quão ela foi eficiente para interromper a situação delitiva.

A colaboração premiada, até então pouco estudada, ganhou seu destaque no cenário atual da justiça brasileira, no qual o país enfrenta uma crise política e econômica, fomentada pelos inúmeros casos de corrupção descobertos através das operações especiais da polícia federal. Os casos de corrupção ativa e passiva que surgem a cada dia nos noticiários brasileiros possuem uma gama gigantesca de indivíduos políticos entranhados nas investigações.

Este método de justiça negocial foi o meio encontrado pela justiça para agilizar esses processos e dar mais efetividade a eles, por meio do qual os entes responsáveis pelos atos de corrupção delatam seus comparsas, muitas vezes pessoas de cargos importantes no cenário político nacional, bem como prestam informações relevantes acerca da realização das atividades ilícitas, em busca de atenuação da pena a lhes ser atribuída. Além dos requisitos que possibilitam a diminuição da pena do delator, outro ponto de essencial importância é o perdão judicial.

No entanto, em casos como o que o país vive atualmente é que se pode verificar um dos defeitos desse instituto negocial, pois diante de condições atrativas para redução da pena, as delações que surgem nem sempre são confiáveis, ou ajudam na resolução do processo, podendo ainda prejudicar cada vez mais seu trâmite. Diante disso, é necessário que haja imparcialidade total do julgador acerca destas ações, e cautela para com as provas testemunhais produzidas pelas inúmeras colaborações apresentadas.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou dispor acerca do instituto da justiça negocial e suas ramificações no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na colaboração premiada e em sua importância no cenário sócio-político atual do país.

As diferentes formas de negociação do cumprimento da pena na justiça criminal são difundidas como solução ao abarrotamento do poder judiciário, na tentativa de dar cumprimento ao princípio da celeridade processual. Entretanto, o grande óbice desta tarefa é manter o respeito e a integridade adquiridos até hoje pelo poder judiciário, em respeito aos demais princípios, como do acesso à justiça e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Parte da doutrina entende que, em uma incansável busca por modernização e celeridade, algumas das vezes a justiça acaba por deixar de lado direitos e garantias fundamentais como do contraditório e da ampla defesa, o que não pode ocorrer para que o sistema negocial seja realmente efetivo, devendo ser encontrado um equilíbrio em sua aplicação.

O início da justiça negocial no Brasil se dá pela criação dos Juizados Especiais, possibilitando a transação das penas e uma forma de julgamento mais célere que seja benéfica à vítima e ao autor, na busca de sempre observar as disposições da Constituição Federal e das garantias fundamentais do indivíduo.

Observa-se, neste sentido, que os métodos de justiça negocial buscam espaço na aplicação do direito em todo o mundo, conquistando seu lugar na doutrina e legislação brasileira. Entretanto, é necessário o estudo de todas as formas de aplicação e seus possíveis impactos em relação a direitos os quais já se encontram resguardados ao povo. Portanto, a aplicação da negocialidade através dos juizados especiais, barganha a transação penal e, principalmente, colaboração premiada, devendo ser realizada

gradativamente e em observância direta aos ditames constitucionais, evitando os excessos e a impunidade.

A colaboração premiada, por sua vez, é, atualmente, o método mais evitado de publicidade e atenção midiática, diante do cenário atual do país e, portanto, abre portas para um estudo maior acerca das suas disposições doutrinárias, jurisprudenciais e práticas. Afinal, é através deste ramo da justiça negocial criminal que pessoas consideradas inatingíveis juridicamente, passam a cumprir suas devidas penas de formas alternativas, bem como colaboram para a resolução dos crimes cometidos em qualquer esfera social ou política, sem distinção de classe, em uma forma de aplicação jurídica jamais vista no país, pautada no real respeito ao princípio da igualdade.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Atena, 1959.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.099 de 1995. Institui a Lei dos Juizados Especiais**. Disponível em: . Acesso em: 02 mai. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto- Lei no 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: . Acesso em: 02 mai. 2018.

GRINOVER, Ada Pelegrini. GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais – comentários à lei 9.099/95**. 5. ed. São Paulo.: Revista dos Tribunais. 2005. 475 p.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BREVE ANÁLISE SOBRE A JURISDIÇÃO, EM COMPARAÇÃO À ARBITRAGEM. ESTA PODE SER CONSIDERADA UMA FORMA DE INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL?

AMANDA QUARESMA ESPINOSA:
Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos, Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade uma análise singela e objetiva da origem, do conceito e das principais características da jurisdição, a fim de defini-la como uma função do Estado e diferencia-la do instituto da arbitragem, regulado pela Lei nº 9.307/96. A temática sob estudo requer a compreensão da Teoria Geral do Processo e objetiva propor uma reflexão acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição, com vistas à conclusão de que a arbitragem, embora muito bem-vinda como forma alternativa de solucionar conflitos, acaba por excluí-los do controle jurisdicional.

Palavras-chave: Teoria Geral do Processo. Processo Civil. Jurisdição. Arbitragem.

Antes da concepção do Estado Moderno, ou seja, quando ainda não havia separação entre os poderes, a jurisdição não era vista como uma atividade a ser desempenhada pelo Estado.

As próprias partes envolvidas num conflito o resolviam através da força ou submetiam-no ao exame de um cidadão comum, o qual não possuía vínculo funcional com o Estado, para que propusesse uma solução para o impasse. A tal cenário deu-se o nome de ordem jurídica privada.

Após o advento do Estado Moderno, mais precisamente o Estado Constitucional, este tomou para si o poder-dever de compor os litígios, aplicando a lei – de aplicabilidade geral e abstrata – aos casos concretos. Esta incumbência, atribuição ou função estatal denomina-se jurisdição.

A jurisdição, do latim *jurisdictio* (dizer o direito), compreende a responsabilidade assumida pelo Estado de solucionar os conflitos sociais. É expressão do princípio do acesso à justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, esculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Referido princípio garante a qualquer pessoa o direito de provocar o Poder Judiciário, a fim de que este atue na defesa de direitos violados ou ameaçados. Uma vez ajuizada a ação, instaurado o processo, nasce para o Estado o dever da prestação jurisdicional.

Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves, “o poder jurisdicional foi atribuído ao Estado-juiz, que tem capacidade de impor as suas decisões, com força obrigatória. A lei atribuiu ao julgador poderes para fazer valer as suas decisões, em caráter coativo”.^[1]

Renomado doutrinador ensina que a jurisdição se distingue das outras funções do Estado pela peculiaridade de suas características, quais sejam, a substitutividade, a imperatividade, a inafastabilidade e a indelegabilidade.

Por substitutividade entende-se que a decisão imposta pelo Estado-juiz se sobrepõe à vontade das partes, estabelecendo qual interesse deve prevalecer. A decisão judicial, portanto, decorre da necessidade vislumbrada pelos particulares de recorrer à ajuda de um terceiro imparcial que, de forma unilateral e impositiva, colocará fim ao litígio, substituindo a vontade daqueles que, sozinhos, não conseguem resolver suas diferenças através do consenso.

Da imperatividade infere-se que as decisões judiciais têm força, são obrigatórias, de modo que o Poder Judiciário detém mecanismos e instrumentos coativos para fazer valer suas decisões, isto é, para que estas sejam cumpridas pelos particulares.

A inafastabilidade decorre do comando expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, aqui já mencionado, o qual determina que nenhuma lesão, ofensa ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Ora, a função jurisdicional só pode ser exercida pelo Poder Judiciário e dele não poderá ser usurpada. Da mesma maneira, tal função não pode ser delegada a outro órgão, motivo pelo qual se fala em indelegabilidade da jurisdição.

Diante dessas considerações, importante se faz o estudo do instituto da arbitragem, a fim de esclarecer se este tem natureza jurídica jurisdicional e se insere no conceito de jurisdição ora analisado.

Em primeiro lugar, cumpre dizer que a arbitragem se trata de um meio alternativo de solução de conflitos, regulamentado pela Lei nº 9.306/97, sem qualquer intervenção estatal. Os particulares, em comum acordo, elegem um terceiro, a quem se dá o nome de árbitro, para que este promova o julgamento de eventuais litígios sobre direitos disponíveis.

Como se vê, a arbitragem tem origem contratual, decorre de uma convenção privada, sendo extrajudicial e, por tal razão, remete à ordem jurídica privada mencionada no início deste texto.

Embora a sentença arbitral tenha a mesma eficácia de uma sentença judicial, pois constitui título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC), certo é que, em caso de descumprimento, a parte prejudicada se valerá do procedimento de execução previsto no Código de Processo Civil e, portanto, lançará mão da máquina judiciária.

Isto significa dizer que o juízo arbitral não tem como característica a imperatividade, pois não possui mecanismos próprios para garantir o cumprimento de suas decisões, devendo recorrer ao Poder Judiciário, este sim munido de ferramentas coercitivas.

Outra diferença flagrante entre a arbitragem e a função jurisdicional é que, nesta, vige o princípio da publicidade, enquanto naquela o procedimento é revestido pelo princípio da confidencialidade.

Neste sentido, a arbitragem não pode ser considerada uma forma de inafastabilidade do controle jurisdicional, haja vista que a solução dos conflitos se opera de forma privada, sem a intervenção do Estado-juiz.

Dessa forma, a função de aplicar o direito ao caso concreto acaba sendo usurpada pelo árbitro, a quem foi conferida legitimidade pelas partes em comum acordo, sendo certo que o mérito de sua decisão não poderá ser revisto pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei nº 9.307/96).

Ademais, o artigo 3º do Código de Processo Civil prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional, com exceção da arbitragem, assentando o entendimento de que esta não tem natureza jurisdicional e não se insere no conceito de jurisdição.

O aludido artigo também admite a existência de métodos alternativos de solução de conflitos como a conciliação e a mediação. Confira-se:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Na mesma toada, o artigo 42 da legislação processual civil estabelece que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”, enfatizando que a instituição do juízo arbitral exclui a possibilidade de apreciação do caso pelo Poder Judiciário.

Portanto, a opção pelo juízo arbitral é faculdade das partes, assegurada por lei, a qual, por via de consequência, implica na renúncia ao controle jurisdicional.

Desse modo, embora acertadamente aceita como meio alternativo de solução de conflitos, a arbitragem não se enquadra no conceito de jurisdição e, inclusive, afasta o controle jurisdicional exercido pelo Estado de suas decisões.

NOTA:

[1] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 102.

ECA E A ESCOLA: UM ESTADO DE VIVÊNCIA E CIDADANIA

NELMA GOMES DE ARAUJO DANTAS:

Graduanda em Direito pela FMN
(FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU)
CAMPINA GRANDE - PB

Resumo: Esta pesquisa científica tem por propósito expor meios transformador na educação para com a criança e adolescente. Tendo em vista que a educação é um agente transformador na vida do indivíduo, quanto mais se tratando em um ser em transformação, dado que é um direito garantido pela Constituição Federal, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Considerado basilar para a formação da criança e adolescente. É importante olharmos para as crianças e adolescentes com os olhos de hoje, mas sobretudo vendo o reflexo do amanhã.

Palavras-Chave: Criança e Adolescente. Educação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito Garantido.

Abstract: This research aims to expose transforming means in education for children and adolescents. Considering that it is a transforming agent in the life of the individual, the more it is treated in a being in transformation, since it is a right guaranteed by the Federal Constitution, and by the Statute of the Child and the Adolescent. Considered basilar for a formation of the child and adolescent. It is important to look at children and adolescents with our eyes today, but above all to see the reflection of tomorrow.

Keywords: Child and teenager. Education. Child and Adolescent Statute. Right Guaranteed.

Sumário: 1 Introdução. 2 Contexto Histórico. 3 Amparo Legal Educacional para com a Criança e Adolescente. 4 Conceituando Criança e Adolescente. 4.1 Escola em sua Definição. 5 A Escola como um Lar. 6 A Escola como Mecanismo de Solução. Considerações Finais. Referências. Apêndice.

1 - INTRODUÇÃO

Como determina a Constituição Federal/88 a educação é um direito basilar ao indivíduo. O artigo 205 da Constituição Federal, discorre que a educação, é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

No contexto do artigo 205 da CF, podemos determinar que a Educação é direito de todos, sobretudo da criança e do adolescente que é o agente transformador da sociedade, sociedade essa que nos moldes do artigo citado, tem que agir como agente incentivador da educação e colaborar para que essa aconteça de forma almejada, visando preparar o Infante para o futuro. O direito à educação não está apenas expresso no artigo 205 da CF, como também podemos encontrar nomeado como um direito social inerente ao indivíduo, taxado no artigo 6º da Constituição Federal.

Não podemos falar de direito à Educação sem citar a Lei de nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases Educacional (LDB), onde se discorre sobre a educação nos moldes da CF, como também promove um debate de como a educação e seus mecanismos para atender a demanda da sociedade do século XXI, mas sobretudo a lei já citada se trata da cidadania na prática, visto que a mesma é fruto da coletividade educacional.

A CF de 88 já nós deixa claro a sua devida proteção para com o ser humano, a LDB por vez nos demonstra a sua transformação na educação, através de elaboração de mecanismo para uma educação de qualidade que vise os moldes da Constituição Federal, no entanto se percebeu a necessidade de um meio que não apenas promovesse a educação à criança, mas que esse direito ficasse resguardado a mesma, então surgiu o Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), como ferramenta protetora.

Não podemos falar de Educação sem citar o agente transformador da mesma, a criança, como também não podemos falar da criança sem falarmos da sua ferramenta protetora, o ECA, onde resguarda os seus direitos, e entre eles o direito a Educação. O ECA dispõe em seu artigo 53º

que; A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Falar de Educação, com certeza é falar de direito, com certeza é falar de futuro, com certeza é falar de presente e passado, com certeza é falar de indivíduo.

2 – CONTEXTO HISTÓRICO

A educação surgiu desde os primórdios, quando se enxergava os ensinamentos através de pinturas, hoje denominada pinturas rupestres, logo mais, podemos falar que as primeiras salas de aula foram realizadas pelos os jesuítas, quais catequizaram os índios, filhos dos fazendeiros, e também os escravos, salientando que em todos os casos se tratavam de crianças. Durante os séculos XVI e XVIII os jesuítas dominaram as salas de aulas, mas não se demorou para que a educação se tomasse novos rumos, novos ensinamos. A partir de 1759 Sebastião José de Carvalho e Melo (1699-1782), o marquês de Pombal, iniciou uma reforma da Educação com a finalidade de modelizar a educação e substituir os padres, ele criou as aulas régias, aulas que pertenciam ao Estado e não a Igreja.

Sebastião José de Carvalho e Melo logo inseriu um ensino chamada de "estudos menores", era formada pelas aulas de ler, escrever, contar e humanidades (gramática latina, grego etc.). Era a primeira vez que a Educação era responsabilidade estatal e objetivava ser laica, mas o catolicismo ainda continuava muito presente. Para se tornar professor, não havia uma formação específica. Por isso, eram selecionados os que tinham alguma instrução, muitas vezes padres.

Apesar das mudanças ainda não se via a devida ruptura que o Marquês de Pombal almejava, surgisse então a Constituição de 1824 estabelecendo que a Educação deveria ser gratuita para todos os cidadãos, no entanto na prática, o ensino permaneceu sem mudanças estruturais até 1834, onde um ato adicional alterou a Constituição e deu poder para cada província, entre outros aspectos, definir as regras educacionais em seu território.

Mais tarde, com a Proclamação da República, o Brasil adotou o federalismo e o poder, um período marcado pelo desenvolvimento da indústria, pela reestruturação da força de trabalho - não mais escrava -, pelas greves operárias e pela Semana de Arte Moderna.

Em 1891, a União apenas se responsabilizava pela a educação no Distrito Federal, no ano Rio de Janeiro, e os demais Estados responsáveis pela a educação dos estados pobres e seus respectivos municípios, ou seja, uma escancarada violação da atua CF em seus princípios educacional e isonômico. A ideia de uma Educação para todos só ganhou força na década de 1920. Nesse período, se destacaram os pioneiros da Escola Nova - Anísio Teixeira (1900-1971), Fernando de Azevedo (1894-1974), Lourenço Filho (1897-1970) e outros -, que defendiam a escola pública e laica, igualitária e sem privilégios.

Em 1929 foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, ocupado por Francisco Campos (1891-1968). Sendo o ministro católico e antiliberal. Assim, colaborou para o retorno do Ensino Religioso ao currículo.

Para atender a esse anseio, as Leis Orgânicas do Ensino foram promulgadas a partir de 1942. O ginásio, equivalente ao segundo ciclo do Ensino Fundamental de hoje, passou a ter quatro anos e o colegial - o atual Ensino Médio - três.

Foi criado o curso supletivo de dois anos para a população adulta. E a rede pública foi organizada em escolas com uma, duas a quatro e cinco ou mais classes, além da escola supletiva. Surgisse então o MOBREAL, onde se ampliava a escolarização para adultos.

1964 a ideia da Escola democrática foi abandonada, pois no período ditatorial havia-se leis que punia a quem apoiasse a ideia da escola democrática, o foco não era aprendizagem, mas sim um ensino para o trabalho, uma época marcada pela leitura sintética e solta, onde se acreditava que havia analfabetos funcionais.

Com o fim do regime ditatorial, vários aspectos foram repensados inclusive o da educação, surgisse a Educação infantil como ensino básico, com a Lei de Diretrizes e Bases Educacionais, como também a Constituição de 1988, pondo a Educação como direito subjetivo ao indivíduo, e sendo direito de todos, bem como as mudanças educacionais de então até os dias de hoje.

A educação atual foi construída em cima de muitas lutas por avanços, em cima de muitos retrocessos, mas também é construída é cima do amanhã, como podemos enxergar na Emenda Constitucional em 2009 de nº 59, que determinou a ampliação da obrigatoriedade escolar para 4 a 17 anos até 2016, no piso salarial nacional de 950 reais para os docentes foi aprovado em 2010, com a proposta de que um terço da jornada fosse dedicada a formação e planejamento. Além de todas as mudanças políticas que interferiram na sala de aula, essas décadas incluíram uma grande revolução tecnológica, marcada pelo desenvolvimento.

3 – AMPARO LEGAL EDUCACIONAL PARA COM A CRIANÇA E ADOLESCENTE

A criança e o adolescente estão amparadas pela Constituição Federal, assim como também pelo o Estatuto da Criança e do Adolescente, e no que se remete educação como expreso abaixo:

Art. 205. Da CF. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho;

Art. 53 do ECA. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se lhes:

I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - Direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - Direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - Acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - Ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - Progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – Atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

V - Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola.

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

- I - Maus-tratos-Tratos envolvendo seus alunos;
- II - Reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;
- III - elevados níveis de repetência.

Art. 57. O poder público estimulará pesquisas, experiências e novas propostas relativas a calendário, seriação, currículo, metodologia, didática e avaliação, com vistas à inserção de crianças e adolescentes excluídos do ensino fundamental obrigatório.

Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.

Art. 59. Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

Como podemos perceber, a criança e o adolescente possuem todo respaldo legal, incluindo penalidades aos pais ou responsáveis pelo o não cumprimento do direito inerente a criança, e no que se fala em educação, ressalta-se a obrigação dos pais ou responsáveis de matricula-los em seu devido ensino. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em consonância com o código penal em seu artigo 246, considera-se crime

deixar uma criança de 4 a 17 anos fora da escola, ferindo, portanto, seu direito à educação.

O delito pelo qual pais podem responder caso não tomem as iniciativas de matricular seus filhos na escola e garantir sua frequência é o de abandono intelectual, como expresso no artigo 246 do código penal:

Art. 246 – Deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar.
Pena: 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

No entanto, o Estado prefere-se atuar como conscientizador ao invés de punir de imediato, pois se entende que se de imediato tomar a iniciativa de punir os pais, estaria o estado descumprindo o direito da criança a ter acesso ao convívio familiar, direito esse considerado tão importante quanto a educação.

4 – CONCEITUANDO CRIANÇA E ADOLESCENTE

Considera-se criança de acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente, aquele que tenha até doze anos incompletos, tendo esse o poder de gozar de toda a proteção destinada, assim como também se considera adolescente aquele que tenha entre doze e dezoito anos de idade, e em consonância com o ECA pode-se aplicar o aparato encontrado no ECA em casos excepcionais para aqueles que estejam entre dezoito e vinte um anos de idades, entre o rol da excepcionalidade podemos citar:

Um adolescente com 17 anos e 11 meses atira na vítima hoje, dia 05/09/09. A vítima morre no dia 05/11/09, quando essa pessoa já está com 18 anos e 1 mês. Se eu não adotasse a TEORIA DA ATIVIDADE tanto no ECA, quanto no Código Penal, essa pessoa ficaria impune. Esse indivíduo que atirou na vítima hoje ficaria impune. Ficaria impune porque não poderia mais responder por ato infracional, considerando que havia completado 18 anos. Se não houvesse essa norma do art. 2º, § único do ECA, esse cidadão ficaria impune porque não poderia responder por ato infracional porque seria adulto e não poderia responder por crime porque teria cometido o ato quando menor de 18 anos. Então, esse indivíduo que atirou na iminência de completar 18 anos não seria alcançado nem pelo ECA e nem pelo Código

Penal. O art. 2.º, § único evita a impunidade nessas situações. Então, esse indivíduo vai completar 18 anos, mas continua sendo alcançado pelas medidas socioeducativas do ECA que poderão ser aplicadas a ele até ele completar 21 anos. (BRASIL, 2012)

Percebe-se que o intuito do Estado é ressocializar a criança e adolescente, por acreditar nele como ferramenta de um novo futuro, assim como Paulo Freire (1921 -1997) acreditava que a Educação é produto da sociedade que aqui está, nesse sentido não cabe ao Estado estagnar o indivíduo rotulando, mas sim, aprofundar a capacidade de acreditar no próprio, uma vez que é perceptível que o mesmo priorizar reabilitar ao meio, seja através de políticas públicas, ou como agente conscientizador, mas sobretudo como agente educacional.

4.1 ESCOLA EM SUA DEFINIÇÃO

Na atual conjectura, a escola não é tão somente um espaço, voltada para a criança e o adolescente, onde se aprende a ler, escrever, mas sim, um espaço de convivência onde o limites de todos que habitam nesses espaços possam ser superado.

Paulo Freire diz que:

Não é a educação que forma a sociedade de uma determinada maneira, senão que esta, tendo-se formado a si mesma de uma certa forma, estabelece a educação que está de acordo com os valores que guiam essa sociedade (1975, p. 30)

Nesse sentido, podemos falar que a escola tem que ser um lugar desafiador, no entanto não se fala em conflitos, mas sim de um espaço que entenda que sem as mudanças do amanhã não poderá se falar em desenvolvimento, mas não podemos deixar de citar que a escola tem que ser vista pelo o seu educando como um lar, pois para que o indivíduo esteja habito a desenvolver uma boa conduta é primordial o fator acolhimento, sendo esse um dos maiores motivos para que se priorize o convívio familiar da criança e do adolescente.

5 - A ESCOLA COMO UM LAR

Como já citado outrora, é necessário que a criança se sinta acolhida no ambiente escolar, pois em sua maioria, a criança e o adolescente enxerga a escola como uma parte integrante familiar e por muitas vezes uma válvula de escape de uma realidade que dilacera o convívio familiar digno, e como conseqüências as formas de expectativas de vida.

A escola vem funcionando como uma ruptura de uma realidade qual as nossas crianças e adolescente vem passando, realidade essa advindo de uma família desestruturada, exposta a vários tipos de violência nesse lar. É importante ressaltar que, os diversos tipos de violência familiar não se acometem apenas a família de classe baixa, a escola também se depara com crianças e adolescentes advindo de lares de classe média, alta com o psíquico fragilizado pelo o meio em que está inserido.

A instituição vem enfrentando a família, família qual devia fazer papel de aliada, hoje se percebe como uma das maiores causadoras de evasão escolar, do fato do infante não está inserido na rede de ensino, como se é garantido por lei, e como a lei determina, e para se fazer cumprir esta lei a escola vem tentando diversas formas de reaproximar, de moldar o espaço para se adequar as necessidades da criança, e do adolescente.

E em meio a esses conflitos entre família, escola, e criança, se tem a figura do estado, qual vem trabalhando com a escola através da figura do conselho tutelar, certo que o estado procura manter uma postura mais evasiva, com a finalidade de promover a conscientização dos pais para com a criança, pois evidentemente a criança e o adolescente são as partes que mais sofrem com tais condutas.

A escola percebe essa responsabilidade de ser vista como um lar, quando se depara com as crianças, e adolescente que em determinado momento se necessita mais da figura família do que figura instituição, e tendo a escola que supre essa figura em meio aos obstáculos.

6 – A ESCOLA COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO

A escola vem trabalhando como mecanismo interventor pela criança para que se possa cumprir os instrumentos de lei exposto na CF e no ECA, que visa sobretudo em desenvolver uma criança que possa ser cidadão, respeitando os artigos que protegem o ser humano, e em especial a criança.

A família é peça fundamental para o bom desenvolvimento do infante, é necessário que ambas, família e escola possam trabalhar de forma conjunta, visando o cumprimento do ECA, e visando a criança e o adolescente como um futuro do que fazemos hoje, não se pode negar que as ações do meio em qual a criança e o adolescente estão inseridas pode determinar qual tipo de cidadão estamos a formar.

É em práticas com o pensamento voltado para o hoje com o foco no amanhã que a escola vem agindo, a escola em suas últimas ações anda sendo responsável por detectar na criança os problemas que venham a ferir, ou que estejam já ferindo o ECA em sua proteção para com a criança e adolescente. Muitas ações que descumpre o que determina a CF e o ECA, são ações em que a criança e o adolescente estão vivenciando as más condutas dos pais, em sua maioria estando presente, a violência doméstica, exposição ao tráfico de drogas, e como consequência o abandono afetivo, e intelectual para com a criança, e isso quando não se agrava, estando o indivíduo ainda criança envolvido com os atos ilícitos da família.

A escola vem denotando que a presença dos fatores acima citado quando não detectado e afrontado, a sociedade e a criança e o adolescente sofre as consequências, e é nesse ditame que o estado tem que ter uma conduta mais ativa, visto que a escola faz o repasse das problemáticas dos alunos para o Conselho Tutelar, e não sendo o bastante aciona-se o Ministério Público, é nas vias judiciais que a escola esgota as maneiras de resgatar a família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que para se ter o cumprimento a CF e ao ECA, é necessário um trabalho conjunto, entre o estado, família e escola, só assim poderemos oferecer um convívio familiar digno, e fazer valer os direitos educacionais, pois é dever do estado fornecer uma educação de qualidade,

assim como também é dever da família está presente, e viabilizar o ensino educacional que a escola promove.

A escola vem tomando decisões que estão além do limites a ela exposto, a escola vendo sendo família, e vem lidando com os mecanismos muitas vezes fragilizado oferecido pelo o estado, porém os profissionais educacionais enxergam que o ensino vai além das letras, escritos, e sala de aula, hoje o ensino se encontra voltado para a valorização sociocultural daquele ser, e promovendo a partir disso uma escolha que seja inclusiva, acolhedora, e um bom exemplo disso são às escolas em tempo integral, qual a sua maior preocupação é com a figura do aluno, visto que este passa a maior parcela do seu tempo no espaço educacional.

Não obstante das mudanças em que se refere à escola, e em seu trabalha-lo árduo em lidar com conflitos diários, e justar com ausência da família, e por vezes com as práticas omissivas do estado, é necessário que se perceba que apenas a escola não contornará à ruptura dos direitos inerente à criança ao adolescente, mesmo que tenhamos percebido um trabalho árduo voltado para a fragilidade da criança e o adolescente. Não podemos esquecer daqueles que já se encontram tipificado no artigo 246 do código penal brasileiro, esses que não chegam a frequentar, o Estado tem que agir de forma mais ativa, deixando de lado o personagem que adverte, e sendo agora o personagem que pune, mesmo que se enxergue uma ruptura ao convívio familiar do acometido, no entanto podemos denotar que já é um convívio familiar desde que estes deixaram de prover os direitos educacionais deste.

Em suma é necessária mais aptidão no Estado em fornecer meios a escola, e em lidar com as violências em relação ao ECA, em relação à criança e adolescente, sem estes voltados com os olhos no hoje no que se diz criança, no que se diz educação e no que se diz praticas voltadas para o ensino. É necessário que se enxergue a história, não apenas como história, mas como nossa história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Presidência da República Casa Civil Subchefia de Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm> Anais Eletrônico. Visto em 18/03/2018.

SCACHETTI, Ana Lúcia em Série especial: História da Educação no Brasil. Disponível em <<https://novaescola.org.br/conteudo/1910/serie-especial-historia-da-educacao-no-brasil>> Anais Eletrônico. Visto em 18/03/2018.

Presidência da República Casa Civil Subchefia de Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Anais Eletrônico. Visto em 18/03/2018.

BRASIL, República do em Aplicação do ECA aos Maiores de 18 anos. Disponível em <<http://republicadobrasil.blogspot.com.br/2012/03/aplicacao-do-eca-aos-maiores-de-18-anos.html>> Anais Eletrônico. Visto em 19/03/2018.

SCHRAM, Sandra Cristina; CARVALHO, Marco Antônio Batista. Em O PENSAR EDUCAÇÃO EM PAULO FREIRE Para uma Pedagogia de mudanças. Disponível em <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/852-2.pdf>> Anais Eletrônico. Visto em 18/03/2018.

APÊNDICE

Questionário aplicado à profissionais na área da educação, sendo eles:

Robson Wesslen de Sousa Silva, Professor e Gestor Escolar há três anos;

José Carlos Ribeiro Pereira, Professor, Coordenador Pedagógico e atualmente Assessor do Núcleo de Gestão – CEEI.

No decorrer dos anos em sua área, se deparou com alguma criança, adolescente que necessitava mais da figura familiar ao invés da figura educadora?

Robson: Sim, são várias situações que passamos durante o ano inteiro, principalmente quando nos deparamos com a desestrutura familiar. As crianças se tornam mais carentes de informações, orientações e isso é demonstrado com muita frequência. A falta de carinho e afeto na

criança é uma das causas que torna o jovem desequilibrado e sem sonhos.

José Carlos: Sim. A família não o apoiava em nada. E isso o desestimulava. A figura do educador não substitui a da família.

Qual é a maior problematização ao enfrentamento do cumprimento da evasão escolar, visto que o menor ausente das salas de aulas se configura crime de abandono intelectual?

Robson: Um dos maiores problemas que causam a evasão escolar estar vinculado a duas questões: primeira a falta de incentivo da família contribuí muito para que o aluno procure caminhos diferentes da escola e isso é bem pertinente, por que, há um maior índice de evasão, principalmente quando a família possui um baixo índice de escolaridade e vive em condições mínimas de sobrevivência. É a segunda questão é a falta de compromisso da escola com as crianças. Existem ainda, escolas tradicionais que veem e tratam as pessoas como indivíduos que acumulam o saber! O que nós precisamos na verdade, é de escolas que incentivem os estudantes buscarem e produzirem o saber, escolas mais atrativas, que faça com que o aluno descubra novas tecnologias, sendo ele, parte do processo de ensino e resultado da aprendizagem. Nesse contexto, tanto a família como a escola possuem uma responsabilidade muito grande na permanência do estudante no ambiente escolar, com essa integração as crianças tendem a ter mais compromisso e responsabilidade com o processo ensino aprendizagem

José Carlos: A evasão ainda é um grave problema nas escolas. Ela só pode ser combatida a partir do acompanhamento rígido da frequência dos estudantes, contato com os pais e, se for o caso, comunicação com Conselho Tutelar e Ministério Público.

Em relação ao crime acima citado, com que frequência ocorre ao seu ver?

Robson: Ocorre sempre, principalmente quando os estudantes possuem um comportamento inadequado, as escolas se alegram quando esses deixam de frequentar. Sabemos que isso é um crime, por que as crianças acabam se entregando, em sua maioria, ao mundo do crime e se entrega a um problema social, que é ignorado pela função social da escola.

Mas não é tratado pelos responsáveis, os professores, gestores e demais agentes educacionais.

José Carlos: Todo ano, há problemas de evasão na rede. Não lembro a porcentagem agora.

Na sua percepção profissional o Estado atua como em relação ao direito resguardado à criança e o adolescente no que se refere a educação?

Robson: O estado atual de uma forma genérica, criando algumas ações que não possuem resultados significativos, por que não existe fiscalização nem acompanhamento.

José Carlos: O Estado atua propondo instrumentos legais que combatam a evasão escolar, como a ficha FICAI no Estado da Paraíba.

Na sua concepção profissional a idade que a evasão escolar mais acomete é entre a infância ou na adolescência?

Robson: Na adolescência, sem dúvidas, e isso é comprovado por estudos e nós acompanhamos em nosso dia a dia. Estudos comprovam que mais de 30% das crianças que concluem o ensino fundamental, não terminam o ensino médio.

José Carlos: Adolescência, entre o fundamental e o Ensino Médio.

Sabendo que mesmo aquela criança/adolescente que não esteve ainda matriculado em uma instituição de ensino os seus pais são enquadrados no crime de abandono intelectual, qual o seu posicionamento sobre?

Robson: A justiça deveria ser mais ativa nesse sentido, fazendo acompanhamento dos órgãos competentes e analisando os resultados. Ou seja, se mil alunos, por exemplo, concluem o ensino fundamental, esses deveriam se matricular no ensino médio, mostrando aos pais que a escola é prioridade, por que em muitos casos, os pais decidem mandar seus filhos trabalharem, do que dar continuidade a educação básica.

José Carlos: Deve ser enquadrado, sim. Educação é um direito que deve ser GARANTIDO pelos responsáveis pela criança. Se nega isso, prejudica o futuro do filho e isso deve ser punido, portanto.

Sabendo que a escola atualmente não pode somente ser um espaço de leitura, e escrita, pois é necessário que o educando se sinta acolhido para um bom êxito no desenvolvimento intelectual, o que se enxerga como ferramenta acolhedora para com os educandos?

Robson: Uma educação de qualidade. Esse é o sonho de toda a criança, ter o direito de ir para uma escola digna, onde tenha uma alimentação regularizada, banheiros adequados e principalmente condições de aprendizagem. Uma escola cidadã, que mostre o verdadeiro caminho, uma escola onde os professores sejam exemplo é se mostrem comprometimento com as ações na sala de aula. Aluno gosta de regras e é isso que as escolas precisam fazer para manter qualidade e compromisso com a juventude. Só assim haverá um conceito de acolhimento!

José Carlos: Deve ser enquadrado, sim. Educação é um direito que deve ser GARANTIDO pelos responsáveis pela criança. Se nega isso, prejudica o futuro do filho e isso deve ser punido, portanto.

A problematização familiar corriqueiramente costuma ser um dos maiores causadores de conflitos na criança e no adolescente, assim rompendo com dois direitos inerentes a estes, ao convívio familiar digno, e conseqüentemente o direito a educação. A escola como ferramenta acolhedora, como atualmente lida com esses conflitos influenciadores?

Robson: A escola busca algumas ferramentas para dar suporte a essas crianças que possuem seus direitos negados, tanto da família quanto da sociedade que reprime essas pessoas. O nosso compromisso é contribuir de forma efetiva para a valorização dos sonhos dessas crianças, mostrando a eles o quanto eles são importantes para construção de um futuro melhor. A escola tem assumido esse papel de tratar a criança com respeito, num convívio harmonioso, onde os conflitos sejam diminuídos e as pessoas mais respeitadas! Acredito que isso seja suficiente para que elas se sintam

valorizadas e conhecedoras dos seus direitos, principalmente o de estar construindo conhecimento.

José Carlos: Atividades que façam uma relação entre os conteúdos previstos no currículo e o cotidiano do estudante, a fim de que ele observe a preocupação da escola com sua vida.

Mediante as rotineiras fugas que se percebe na criança e no adolescente do seu meio familiar, social, para a escola, enxergando esse a escola como um lar, como uma rota de saída do meio qual está inserido. Como a escola vem se comportando com essa responsabilidade sobre si?

Robson: A escola tem assumido nos últimos anos a responsabilidade da família, isso por conta do alto índice de famílias desestruturadas e por causa das exigências da sociedade. Hoje o indivíduo precisa estar capacitado para assumir as funções na sociedade. Portanto, a escola faz esse acompanhamento, mesmo, as famílias e/ou responsáveis não acompanhando. Os resultados são difíceis, mas não são impossíveis e muitas dessas crianças são resgatadas por que existe força de vontade e incentivo por parte dos professores.

José Carlos: A escola precisa tomar para si essa responsabilidade e buscar ser um local atrativo para os estudantes, onde ele se perceba como um ser com identidade a ser valorizada e onde ele se sinta valorizado.

Dê sugestões para que a escola se torne mais acolhedora, para que o estado haja mais passivo ou ativamente

Robson: A escola tem assumido diversas responsabilidades, principalmente a dos pais. Infelizmente, a estrutura escolar não é suficiente para tratar da criança em diferentes aspectos, por exemplo: acompanhamento psicológico, nutricional, emocional e afetivo. Existe uma carência muito grande de profissionais nas escolas que desenvolvam essa função, o que tem tornado a escola passiva diante de algumas situações. Porém o poder público deveria investir mais nas escolas, principalmente nas estruturas físicas para levar ao estudante mais conforto. A escola pública é tratada com desprezo, por isso que não se vê valorização, um problema que

vai se tornando uma cultura e acaba sendo um do caos do sistema de ensino brasileiro.

José Carlos: A escola deve propor atividades práticas entre os estudantes, ofertar um currículo mais flexível, como disciplinas eletivas, discutir sobre Projeto de Vida, buscar saber o que os alunos são, como eles se enxergam e o que pretendem se tornar. É preciso a escola enxergar o estudante como alguém que já é, mas que pode ser/se tornar alguém melhor.

Questionário aplicado ao aluno Moises Soares de Araújo da EEEFM Senador Humberto Lucena localizado na cidade de Cacimba de Dentro – PB

Nome Completo, idade?

Moises Soares de Araújo, 17 anos.

Quantas pessoas moram com você?

05 pessoas, 02 irmãos e respectivos pais.

Quantas pessoas trabalham e dividem o tempo com você e suas necessidades?

Apenas o pai trabalha, sendo o provedor da família, na medida do possível o pai supre a necessidade dos demais.

Você é feliz no seu âmbito familiar?

Sim, porque não consegue explicar, mas de uma forma se conhece a felicidade

Seus pais se fazem presente na instituição de ensino?

Estão presente nas reuniões, mas não frequentam ademais a escola

Com quantos anos você começou estudar?

Com 04 anos

Você considera a sua escola como parte integrante de sua família?

Sim, porque se percebe a preocupação de toda a escola, e sempre se mantém presente no que eu preciso, mas nem sempre foi assim, apenas nessa escola sinto isso, aqui há mais calor.

Como funciona o seu relacionamento familiar?

Às vezes há discussões, por motivos bestas, as vezes eu e os meus irmãos fazemos bagunças.

Você já usou a escola como escape de sua realidade, por que?

Sim, porque às vezes há problemas em casa, como brigas entre os meus pais, e quando eu estou na escola me distraio com o meu próprio desenvolvimento.

Quais são as maiores problemáticas de sua família?

As brigas por motivos bobos, mas os meus pais não brigam, eles brigam com a gente, apesar de termos problemas financeiros também, não digo que seja o maior problema, porque isso só ocorre quando meu pai não está trabalhando e ele está, e quando ele não está a gente sobrevive do bolsa família, com uma renda em média de 370 mensal.

Como você descreve a sua escola, e como você queria que fosse?

A minha escola é muito legal, tem uma qualidade de ensino bom, e aqui os profissionais nos acolhem de forma especial, são atenciosos, e os professores são muito legais, nos fazem querer mais. Hoje a minha é totalmente diferente da outra, aqui as pessoas são voltadas para o ensino, para o nosso desenvolvimento, e isso não quer dizer chato, isso quer dizer que há muitas maneiras diferenciadas de ensino aqui, e ela é do jeito que eu sempre quis que fosse.

A escola através da figura funcionário em algum momento chamou você para ter uma conversa sobre o que você estava passando?

Sim, sempre que percebem que estamos com algum problema nos chamam para conversar, e tentam nos ajudar a solucionar a nossa problemática.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL: HISTÓRICO, PRINCÍPIOS E MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467/2017

RAFAEL PAZOS DIAS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho.

RESUMO: A equiparação salarial é um instituto representativo dos direitos humanos e do Princípio da Não Discriminação. As normas infraconstitucionais brasileiras, bem como a jurisprudência consolidada nos tribunais superiores, traziam requisitos razoáveis e proporcionais para viabilizar o tratamento igualitário. No entanto, após a vigência da Lei 13467/2017, profundas mudanças foram efetuadas, colocando em risco a efetividade do supramencionado princípio.

PALAVRAS-CHAVE: Equiparação Salarial. Princípios Constitucionais. Isonomia. Não Discriminação.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Antes de adentrarmos no tema “equiparação salarial”, necessário tecer alguns comentários sobre os Princípios da Não Discriminação e da Isonomia.

Embora haja doutrina que entenda que ambos sejam sinônimos, prevalece o entendimento de que há significativa diferença.

Princípio da Não Discriminação é a vedação de tratamento diferenciado à pessoa em razão de fator injusto e desqualificante. Possui característica de proteção, denegatória de conduta censurável.

Já o Princípio da Isonomia é mais amplo. Busca equalizar o tratamento jurídico a pessoas em situações equivalentes ou com relevante ponto de contato.

No plano internacional, podemos citar exemplos de previsão desses princípios nas Convenções 100, 111 e 117 da OIT, na Declaração de Filadélfia e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

As Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 foram as pioneiras em constitucionalizar os referidos princípios. No Brasil, a partir da Constituição de 1934, passaram a ter status constitucional. No entanto, sem dúvidas, a Constituição de 1988 foi o principal marco garantidor, trazendo, em diversos artigos, expressa previsão de vedação à discriminação.

2. Desenvolvimento

Neste diapasão, a CLT também trouxe normas vedando a prática discriminatória.

Um dos pilares é o Art. 461, que trata da equiparação salarial. A equiparação salarial representa a aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas. É a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ou, para alguns, eficácia diagonal, em razão da hipossuficiência do trabalhador. Busca garantir idêntico salário a trabalhadores nas mesmas condições previstas na lei.

Podemos citar como requisitos à equiparação salarial: idêntica função, idêntico empregador, idêntica produtividade, idêntica localidade e concomitância na prestação de serviços.

- Antes da vigência da Lei 13467/2017

(i) Por idêntica função, entende-se que o trabalhador deve exercer as mesmas funções do chamado paradigma ou espelho. Função é o feixe atividades. Ou seja, não basta que o trabalhador execute uma ou mais atividades idênticas para fazer jus ao pleito equiparatório. Deve ser considerado toda a gama de atividades exercidas;

(ii) Idêntico empregador significa que, em regra, trabalhador e paradigma devem laborar para o mesmo empregador. Há exceções nos casos de terceirização ilícita (Súmula 331 do C.TST, OJ 383 da SDI-I do C.TST e Art. 12, "a" da Lei 6019/74);

(iii) Por idêntica localidade, entende-se que os empregados devem laborar na mesma localidade. A Súmula 6 do C.TST dispõe que “mesma localidade” significa município ou região metropolitana, em razão da semelhança das condições econômico-sociais;

(iv) Para fazer jus ao tratamento equiparatório, trabalhador e paradigma devem possuir a mesma produtividade;

(v) Por fim, a concomitância de prestação de serviços significa que o trabalhador deve ter trabalhado na mesma época. No entanto, não pode haver diferença de dois ou mais anos nas suas respectivas funções.

Cabe ressaltar que não há falar em equiparação salarial, ainda que preenchidos os requisitos, quando a empresa possuir quadro de carreira organizado prevendo progressões com observância a antiguidade e merecimento, nos termos da Súmula 6 do C.TST ou nos casos de trabalhadores readaptados pelo INSS para laborar em nova função.

Ocorre que a Lei 13467/2017 trouxe profundas mudanças no instituto, restringindo os requisitos e dificultando a configuração da equiparação salarial. Vejamos:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Verifica-se, de plano, que o requisito "localidade" sofreu forte restrição, na medida em que passou de região metropolitana para "estabelecimento". Ou seja, será possível que dois empregados que laborem para o mesmo empregador, porém, em estabelecimentos distintos, recebam salários diferentes, mesmo que os estabelecimentos estejam na mesma rua. Ora, uma flagrante discriminação desarrazoada, na medida em que as condições sócio econômicas são as mesmas, não havendo justificativa jurídica para a discriminação.

Quanto à diferença de tempo de serviço, mais uma vez, houve retrocesso. Assim, inviabiliza o pleito equiparatório a diferença de dois ou mais anos no exercício das funções e a diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador seja superior a quatro anos. Portanto, um empregado recém-admitido para uma determinada função não fará jus à equiparação, ainda que o paradigma tenha sido transferido para a mesma função um dia antes, pelo simples fato de estar na empresa há mais de

quatro anos, mesmo que suas atividades anteriores tenham sido completamente diferentes.

Ora, a justificativa para o salário diferenciado, entre empregados que possuam uma diferença de dois ou mais anos na função, era que havia uma presunção de que o mais antigo possuísse mais experiência que o mais novo. Não faz sentido tratar de forma discriminatória dois empregados com a mesma experiência na função, apenas pelo fato de um deles estar há mais tempo na empresa, mesmo que exercendo funções totalmente estranhas.

Outra restrição foi a desnecessidade de homologação do quadro de carreira no Ministério do Trabalho. Tal exigência já era criticada pela doutrina, por se tratar de uma violação à livre iniciativa. No entanto, possibilitar que haja apenas promoções por merecimento, dando azo a tratamento injusto dentro da empresa.

A restrição trazida pelo §5º inviabiliza a equiparação em cadeia, na contramão da Súmula 6, VI do C.TST.

Por fim, talvez a única modificação positiva ao trabalhador seja a inserção do §6º, embora seja evidente que o valor se mostra reduzido em casos de grandes empresas, o que, por óbvio, não irá conseguir coibir um tratamento discriminatório.

3. Conclusão

Como fundamentado, a equiparação salarial é um instituto representativo dos direitos humanos. Assim, as restrições trazidas pela Lei 13467/2017 implicam em verdadeiro retrocesso social, devendo o intérprete buscar mecanismos de interpretação que não sejam os meramente literais, com vistas a dar efetividade aos direitos fundamentais, sob pena de flagrante violação ao Princípio da Não Discriminação.

Verificamos que diversas modificações ferem toda a sistemática da equiparação salarial, trazendo novos requisitos desarrazoados, com o claro intuito de dificultar um eventual pleito equiparatório.

Não há dúvidas de que o ordenamento jurídico pátrio deve estar inserido em toda a ordem mundial que veda a discriminação injusta.

Assim, imprescindível que a interpretação passe por uma adequação da norma infraconstitucional com os princípios constitucionais e normas internacionais.

4. Referências Bibliográficas

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves, . *A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei 13467/2017*, RT, 2017.
DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Ed.LTr. 12^aed., 2013

COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES NO BRASIL: ANÁLISE SOBRE AS FRAGILIDADES

BÁRBARA TEIXEIRA BORGES:
Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

RESUMO: o presente trabalho teve como principal escopo expor as fragilidades no sistema nacional de combate ao tráfico de animais silvestres, atividade ainda muito comum no Brasil. Buscou-se identificar e analisar quais seriam as dificuldades enfrentadas para que as transações ilícitas de fauna silvestre fossem combatidas (preventiva e repressivamente) em nosso país.

Palavras-chave: tráfico, fragilidades, combate, animais, silvestres, Brasil.

Sumário: Introdução; 1. O problema das fontes de informação sobre o tráfico de animais silvestres no Brasil; 2. Obstáculos no combate ao tráfico de animais silvestres no território brasileiro; 2.1 Inexistência de locais adequados para a destinação de animais apreendidos; 2.2 Uso de menores de idade; 2.3 A legislação ambiental; 2.4 Irregularidade atinente aos criadouros de animais silvestres; 2.5 A cultura brasileira de capturar animais silvestres; 2.6 Empecilhos de ordem administrativa; 2.7 Ausência de sintonia entre órgãos governamentais; 2.8 O uso da internet; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Terceiro maior comércio ilegal do mundo, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e do de armas, o tráfico de animais silvestres encontra no Brasil uma rica fonte de produtos.

Considerado um dos países com a maior biodiversidade do globo terrestre, possuidor dimensões continentais e detentor de mais da metade da maior floresta tropical do planeta, o país tem na sua própria

grandiosidade e exuberância o principal atrativo para o mercado ilícito da fauna silvestre.

Todos os anos, o tráfico retira dos biomas brasileiros milhões de animais e movimenta pelo mundo bilhões de dólares. Como será visto ao longo deste trabalho, o país enfrenta sérias dificuldades das mais diversas ordens para combater o crime, resultando numa situação em que há pouca – ou nenhuma – melhora.

Por outro lado, o comércio ilegal da fauna nunca fica estagnado: nas vezes em que não diminui, tende a aumentar, uma vez que trata a natureza como fonte inesgotável de produtos comercializáveis.

1. O problema das fontes de informação sobre o tráfico de animais silvestres no Brasil

Há uma considerável defasagem de dados oficiais brasileiros no que diz respeito ao tráfico de animais. Não existe, por parte das instituições governamentais nacionais, um estudo regular sobre a situação da fauna silvestre comercializada ilegalmente, de modo a que se possa estabelecer um controle, uma fiscalização, uma repressão maior a esta atividade ilícita. O que se encontra nas páginas de internet do IBAMA e do Ministério do Meio Ambiente, na maioria das vezes, são notícias esparsas sobre operações de fiscalização, apreensões de cargas faunísticas ilegais ou promoção de eventos sobre preservação ambiental.

A maior fonte provedora de dados em nosso país, sem sombra de dúvidas, é o Relatório da Organização Não Governamental chamada Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (RECNTAS).

No âmbito das Organizações Não Governamentais (ONGs) nacionais que lutam contra o tráfico de animais silvestres, nenhuma é tão importante quanto a RENCTAS, que possui apoio do setor privado, público e do terceiro setor^[1]. Tem como parceiros institucionais, dentre outros, o IBAMA, a Interpol, o Ministério do Meio Ambiente e as Polícias Federal, Militar e Civil.

No ano de 2001, a RENTAS publicou o 1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre, um estudo inédito e completo sobre a situação desta atividade ilícita no Brasil. Foram listadas, ao final da publicação, as dificuldades apontadas pelo IBAMA e pelos Batalhões de Polícia Florestal no combate ao tráfico da fauna silvestre.

Este relatório dissecou o problema do tráfico de animais, sua estrutura, o que ele retira de nosso ecossistema, dentre outras informações de relevância crucial para que se possa conhecer a fundo o problema do comércio ilegal de animais silvestres.

Acontece que este relatório (que já conta com quase duas décadas de elaboração) foi o único publicado sobre o assunto até o presente momento. Não houve outro estudo tão detalhado desde então, ocasionando uma grande lacuna de dados atualizados sobre o tema no país.

Por outro lado (apesar de não ser tão didático e de não fornecer dados gerais sobre o problema como o relatório da ONG RENTAS), contamos com um importante documento governamental abordando o tráfico de animais silvestre de forma investigativa: a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a “Investigar o Tráfico Ilegal de Animais e Plantas Silvestres da Fauna e da Flora brasileiras” – CPITRAFI (BRASIL, 2002).

A CPITRAFI, realizada no ano de 2002, foi a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou exclusivamente o tráfico de animais e plantas silvestres no país.

Tendo como relator o deputado federal José Sarney Filho, esta CPI teve como objetivo (conforme consta na introdução de seu relatório) averiguar as irregularidades no mercado de animais silvestres e plantas da fauna e da flora de nosso país, entre Estados da Federação e para o exterior. A CPITRAFI apurou e examinou problemas muitíssimo complicados em termos de infrações penais, administrativas, políticas públicas e legislação.

Contudo, assim como acontece em relação ao relatório RENTAS, a CPITRAFI sofre com o problema de sua relativa antiguidade – foi realizada há mais de quinze anos. Apenas outra CPI foi feita sobre o tema desde

2002: a Comissão **Parlamentar de Inquérito destinada a "investigar o tráfico de animais e plantas silvestres brasileiros, a exploração e comércio ilegal de madeira e a biopirataria no País – a CPIBIOPI** (BRASIL, 2006).

No ano de 2006, foi publicado o relatório final da CPIBIOPI, que, embora tenha abordado o tráfico de animais silvestres, teve por principal enfoque o problema da biopirataria. Contudo, esta CPI deu continuidade às investigações realizadas pela CPITRAFI.

Há também um número considerável de publicações científicas e acadêmicas envolvendo o tema do tráfico de animais silvestres no Brasil. Ele geralmente é abordado, entretanto, apenas como parte da matéria tratada; raramente é o tema central do trabalho. Também é quase impossível encontrar livros específicos sobre o assunto – a questão normalmente é brevemente analisada em obras sobre outras áreas do direito ambiental.

Desta forma, constata-se que existe significativa dificuldade em encontrar fontes de informações confiáveis e sólidas sobre o tema da comercialização ilegal da fauna silvestre brasileira, o que, evidentemente, prejudica o surgimento de medidas eficazes para combater esta atividade ilícita.

2. Obstáculos no combate ao tráfico de animais silvestres no território brasileiro

O relatório RENTAS, a CPITRAFI, as obras e as publicações científicas analisadas, embora tratem do tráfico de animais silvestres sob diferentes perspectivas, trazem entre si pontos de convergência no tocante às principais dificuldades no combate a esta atividade criminosa. São oito os empecilhos mais mencionados.

2.1 Inexistência de locais adequados para a destinação de animais apreendidos

Essa é uma das dificuldades mais apontadas.

Os Centros de Triagem de Animais Silvestres (Cetas) são os incumbidos de receber, identificar, triar, avaliar, recuperar, reabilitar e destinar animais silvestres apreendidos ou provenientes de entregas voluntárias (DESTRO apud FERREIRA, KUFNER e ORSO, 2017). Ademais, também são tidos como valiosa ajuda nas atividades de repressão ao tráfico, pois concedem informações a respeito dos animais silvestres sob sua proteção (BARRETO et al, 2012).

Nem todos os Cetas existentes no Brasil, contudo, estão aptos a receber animais e realizar plenamente suas atividades. Mesmo estes funcionam com dificuldades técnicas e financeiras, encontrando-se superlotados e sem condições de receberem mais animais. Há, ainda, suspeitas de que alguns destes centros estejam envolvidos em atividades ilícitas (ABADE, 2009).

Ao serem resgatados pelas autoridades policiais, os animais, na quase totalidade das vezes, encontram-se muito machucados e em condições delicadas de saúde. Precisam ser bem tratados para que sua soltura seja realizada. Com a ausência de cuidados adequados, o óbito é quase sempre inevitável.

Além disso, as solturas dos animais pelos Cetas vêm sendo realizadas de forma irregular, gerando um grande problema ecológico, pois não são respeitadas as etapas de soltura – quais sejam: conhecer o lugar de origem ou a área de ocorrência; classificar o animal, a que espécie pertence; realizar marcação adequada de cada espécie; verificar a capacidade de suporte da área a ser realizada a soltura; liberar o animal em seu habitat, respeitando as suas condições ecológicas; monitorar a evolução e a adaptação pós-soltura; desenvolver todas as etapas, cumprindo a legislação vigente (RENTAS, 2001).

2.2 Uso de menores de idade

O uso de menores de idade na comercialização em feiras, com o objetivo de frustrar prisões, é um grande entrave no combate ao tráfico de animais silvestres, devido à inimizabilidade destes e à dificuldade em encontrar o responsável por aquele comércio.

Crianças e adolescentes divulgam pela feira, de modo discreto, o nome vulgar dos animais silvestres e seus respectivos preços. Caso notem alguma demonstração de interesse dos clientes que transitam pelo local, os menores de idade prontamente os levam ao encontro dos animais, que se encontram guardados em galpões longe dali (CARRERA, 2004).

2.3 A legislação ambiental

Outro óbice sempre apontado para o devido enfrentamento ao comércio ilegal de animais silvestres é a própria legislação ambiental (CPIBIOPI, 2006). A Lei nº 5.197 de 1967 determinava que os crimes nela previstos fossem inafiançáveis. Em 1998, a Lei nº 9.605 (Lei de Crimes Ambientais) trouxe a aplicação e instituição do pagamento de fiança em relação àqueles que são presos em flagrante em razão da prática de um dos crimes previstos por esta lei.

O problema não é exatamente a fiança em si, mas os baixíssimos valores arbitrados pelas autoridades, o que, indubitavelmente, contribui para a reincidência no crime de tráfico e para que este se perpetue (CARRERA, 2004). São comuns as críticas no sentido de que as portarias, instruções normativas e demais atos administrativos do IBAMA, por exemplo, não seriam suficientes para sustentarem os atos de seus agentes, necessitando haver na legislação brasileira, portanto, um dispositivo de caráter penal mais forte, no sentido de tornar mais rígido o quantum das penas e de majorar o valor das multas (PIOLI, 2012).

Afirma-se que, por mais abrangente que seja a legislação ambiental brasileira atual, ela não é repressiva o bastante para conter o tráfico de animais no país. Os entraves na legislação são considerados uma das dez maiores dificuldades no combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil (RENTAS, 2001).

2.4 Irregularidade atinente aos criadouros de animais silvestres

O IBAMA deliberou sobre a instituição de criadouros com a finalidade de que a compra e venda de animais pudesse acontecer sem prejuízo ou perturbação do equilíbrio do meio ambiente. A intenção é de

que o comprador adquira uma espécie nesses criadouros no lugar de uma originária do tráfico[2].

Existindo legalmente desde 1993, os criadouros de animais silvestres podem ser divididos em três categorias: criadouros científicos, criadouros conservacionistas e criadouros comerciais (PETTER, 2012). É permitida a aquisição de animais em criadouros comerciais, desde que estes estejam previamente autorizados e registrados no IBAMA, conferindo-se a emissão de nota fiscal que ateste a origem lícita dos bichos (GALIANO, 2012).

Todavia, são frequentes os casos de criadouros irregulares, sem registro no IBAMA, vendendo animais fora do sistema de controle, etc. Além disso, em certas situações, a chamada "lavagem" de animais ocorre ainda dentro do Brasil – e os criadouros científicos, conservacionistas e comerciais, legalizados ou não, são muitas vezes os responsáveis pela concessão de falsos atestados que alegam o nascimento dos animais em cativeiro (RENCTAS, 2001).

2.5 A cultura brasileira de capturar animais silvestres

A mentalidade da população brasileira sobre o tráfico de animais silvestres talvez seja a maior das dificuldades enfrentadas na luta contra este crime. Afinal, se não houvesse consumidores nem pessoas para capturar os animais, não haveria tráfico[3].

Até pouco tempo, era muito comum a venda indiscriminada de fauna silvestre (principalmente de aves), em plena luz do dia, comprada com a finalidade de se tornar de estimação. Há algumas décadas atrás, por exemplo, era costumeiro encontrar animais silvestres e seus produtos sendo comercializados em feiras livres por todo país, fosse em capitais ou em cidades pequenas, retratando o hábito cultural dos brasileiros de adquirir e manter animais silvestres como domésticos (KLÉBIS, 2014). Ainda hoje, embora com mais reserva, é possível encontrar vários pontos de venda em feiras pelo território nacional, operando de modo bem organizado (BRITO e PEREIRA, 2005).

Como dito, a captura e aquisição de animais silvestres é elemento da tradição e cultura popular brasileira (BARRETO et al, 2012). Este costume

vem de longa data – os animais nativos sempre foram relevantes para as tribos indígenas, seja como alimentação, como animais de estimação, com o uso de seus produtos para a elaboração de flechas, cocares, etc. Entretanto, é importante que se ressalte o uso sustentável que os índios faziam desses animais, levando em conta o equilíbrio da natureza.

Com o descobrimento do Brasil, a situação mudou o contorno e a fauna nacional passou a ser encarada como um produto comercial inesgotável (ANTUNES, 2004).

Frequentemente, atribui-se à pobreza parcela da culpa no tráfico de animais silvestres no país (MALHEIROS e PRADO, 2012). Uma vez que os fornecedores de fauna silvestre são pessoas humildes, em condições econômicas precárias, algumas comunidades carentes têm na captura de animais sua fonte de renda e sobrevivência. Além disso, não têm acesso à educação, achando que os recursos naturais são perenes e ficando sem conhecimento sobre os impactos ao meio ambiente oriundos da ausência de uma espécie animal (ROCHA apud MAGALHÃES, 2002).

Aliás, a falta de educação ambiental da maioria dos brasileiros contribui muito para o costume com danos ao meio ambiente. Apesar da realização, pelas Organizações Não Governamentais e pelo IBAMA, de campanhas educativas contra o tráfico, estes esforços são apenas ocasionais – como visitas às escolas de determinada região ou a realização de workshops em certas cidades. Faz-se necessário um trabalho ininterrupto, uma abordagem contínua sobre o problema do tráfico de animais, no sentido de educar a população, o que é essencial na batalha contra este crime (POTEN apud RENTAS, 2001).

Não se pode negar a influência e a abrangência que a televisão promove (FERNANDES, 2001), podendo ela tornar-se grande aliada no combate ao comércio ilegal da fauna silvestre, servindo (juntamente com as demais já existentes) como uma das medidas para reprimi-lo por meio da conscientização.

2.6 Empecilhos de ordem administrativa

Vários aspectos apontados como empecilhos à luta contra o tráfico de animais no Brasil são de ordem administrativa, sendo o mais expressivo deles a falta de veículos, seguido da falta de equipamentos, de contingente, de treinamento adequado, de material de estudo e de apoio do governo estadual (RENTAS, 2001).

2.7 Ausência de sintonia entre órgãos governamentais

A falta de integração e sistematização de dados entre os órgãos incumbidos da gestão dos recursos naturais no país é outro importante fator que dificulta a luta contra a prática criminosa em análise.

Ademais, há deficiência na fiscalização e no planejamento, resultantes da ausência de recursos técnicos e financeiros por parte desses órgãos governamentais (CONAMA apud RENTAS, 2001). O IBAMA tem cerca de 4.300 funcionários responsáveis por cuidar de todos os tipos de crimes ambientais nos mais de oito milhões e quinhentos quilômetros quadrados que formam o território brasileiro[4].

2.8 O uso da internet

Por fim, um dos obstáculos mais recentes que vêm sendo enfrentados na luta contra o tráfico de animais silvestres é a venda desses animais via internet.

O uso da internet é considerado como uma das principais tendências do tráfico de animais silvestres nos dias atuais[5]. Os traficantes usam-na para exibir sua mercadoria e fechar seus negócios. É muito comum o uso de redes sociais para a comercialização; contudo, também há sites especializados em aquisição e venda de fauna silvestre[6].

Para seu efetivo funcionamento, o tráfico necessita da informação sempre atualizada. Precisa ter à sua disposição mecanismos viabilizadores de trocas de dados sobre rotas, animais mais cotados no mercado ilícito, novidades no campo da fraude de documentos e das vias de corrupção. O sucesso de uma manobra criminosa pode depender de ter determinado conhecimento no momento certo, o que se obtém através, principalmente, de telefones celulares e operações via internet.

Quando se utilizam da rede mundial de computadores para fazerem suas transações comerciais, os traficantes tomam o cuidado de acobertar o crime, atribuindo aos animais nativos da fauna brasileira o nome de "exóticos", cuja venda é permitida em território nacional, desde que regulamentada. Negociando-se pela internet, fica mais difícil para as autoridades localizar de onde surge a proposta de venda dos animais silvestres e quem os compra.

Os destinos mais comuns da fauna silvestre vendida pela internet são zoológicos, laboratórios (para fabricação de medicamentos), colecionadores[7]. No entanto, também costumam ser mortos para que partes de seus corpos sejam vendidas separadamente.

CONCLUSÃO

Como visto, são variados e significativos os empecilhos que a República Federativa do Brasil tem em seu caminho até o efetivo e bem-sucedido combate ao tráfico de animais silvestres.

Atividade antiga no país, talvez um dos principais fatores para a sua permanência seja a cultura de parte da população – qualquer que seja sua realidade econômica e educacional – de manter em cativeiro (como sendo de estimação) animais que deveriam estar soltos na natureza. Uma vez que isto se torna um hábito plenamente aceitável, fica pouco passível de censura e de denúncia a caça e a venda desses animais.

Ademais, fosse uma prática condenável por esta parcela da população, o comércio ilegal da fauna (ao menos, o interno) deixaria de existir, posto que não haveria compradores para suas mercadorias.

Por fim, deve-se lembrar que o tráfico de animais, atividade complexa, organizada e altamente lucrativa, é o terceiro maior comércio ilegal do mundo. Pouco é feito no Brasil para o combate a esta atividade criminosa tão importante, extremamente lesiva a seres vivos e, em regra, causadora de danos irreparáveis e de proporções inestimáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Luciana. **Superlotados, centros do Ibama tratam mal animais recolhidos**. Jornal do Brasil, 03 de março de 2009. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2009/03/03/superlotados-centros-do-ibama-tratammal-animais-recolhidos> >. Acesso em: 04 jan 2013.

ANTUNES, Dalton Araujo. **A importância do comércio legal frente ao comércio ilegal de animais silvestres**. In: ZOOTEC, 2004, Brasília. p. 01-12. Disponível em: . Acesso em: 05 jan 2013.

BARRETO, Raquel et al. **Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil**. In: LAMEED, Gbolagade Akeem (Org.). **Biodiversity Enrichment in a Diverse World**. 2012. p. 421-436. Disponível em: < http://cdn.intechopen.com/pdfs/38670/InTechEfforts_to_combat_wild_animals_trafficking_in_brazil.pdf >. Acesso em: 20 fev 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar o Tráfico de Animais e Plantas Silvestres Brasileiros, a Exploração e o Comércio Ilegal de Madeira de Madeira e a Biopirataria no País – CPIBIOPI**. 2006. Disponível em: . Acesso em: 10 fev 2018.

_____. Congresso Nacional. **Relatório Final da 1ª Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico ilegal de animais e plantas silvestres da fauna e da flora brasileiras – CPITRAFI**. 2003. Disponível em: < http://www.renctas.org.br/pt/trafico/rel_cpi.asp >. Acesso em: 01 nov 2012.

BRITO, Manoel Toscano de; PEREIRA, Glauco Alves. Diversidade de aves silvestres brasileiras comercializadas nas feiras livres da Região Metropolitana do Recife, Pernambuco. **Atualidades Ornitológicas**, n.126, p.14, jul./ago. 2005. Disponível em: < <http://ao.com.br/download/glauco.pdf> >. Acesso em: 10 fev 2018.

CARRERA, Francisco. **O tráfico de animais silvestres: a legislação brasileira**. In: O Brasil no Combate ao Tráfico de Animais Silvestres. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2004. p. 29-34.

FERNANDES, Francisco Assis Martins. **O papel da mídia na defesa do meio ambiente.** 2001. Disponível em: < <http://site.unitau.br/scripts/prppg/humanas/download/opapelmidia-N2-2001.pdf> >. Acesso em: 04 fev 2013.

FERREIRA, Anderson Saccol; KUFNER, Danny Elson; ORSO, Jéssica. **Ecoturismo e conservação ambiental: proposta de projeto para um jardim zoológico em Chapecó (SC).** In: Anuário Pesquisa e Extensão UNOESC Xanxerê -2017. Xanxerê. Disponível em: < <file:///C:/Users/Samsung/Documents/.%20Artigos%20para%20publicar%20no%20conteúdo%20jurídico/Fontes%20de%20pesquisa%20artigos%20ambiental/FERREIRA%20et%20al%202017.pdf> >. Acesso em 10 jan 2018.

GALIANO, Helena Marie Fish. **Os animais silvestres e a excepcionalidade da guarda doméstica.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, v.15, n. 107, 2012. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12546&revista_caderno=5 >. Acesso em: 20 fev 2018.

KLÉBIS, Daniela de Oliveira. No lugar errado – o comércio ilegal de animais silvestres. **Revista Pré-Univesp**, São Paulo, nº 42, set. 2014. Disponível em: < <http://pre.univesp.br/comercio-ilegal-de-animais-silvestres#.WnYv5YVAcUU> >. Acesso em: 10 jan 2018.

MAGALHÃES, Janaina Silvestre. **Tráfico de Animais Silvestres no Brasil.** 2002. 50 f. Monografia (Licenciatura em Ciências Biológicas) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2002. Disponível em: . Acesso em: 19 fev 2018.

MALHEIROS, Roberto; PRADO, Lucas Araujo. **A perda da biodiversidade do cerrado goiano mediante o tráfico ilegal de fauna silvestre.** In: III Congresso Brasileiro de Gestão Ambiental, Goiânia-GO, 2012. Disponível em: < <http://www.ibeas.org.br/congresso/Trabalhos2012/VI-054.pdf> >. Acesso em: 15 fev 2018.

PETTER, Creusa Alves Bomfim. **Tráfico de animais silvestres**. 2012. 32 f. Monografia (Licenciatura em Ciências Biológicas) – Consórcio Setentrional de Educação à Distância, Universidade de Brasília, Universidade Estadual de Goiás, Brasília, 2012. Disponível em: . Acesso em: 22 fev 2018.

PIOLI, Roberta Raphaelli. **Noções sobre o tráfico de animais no Brasil**. 2012. Disponível em: . Acesso em: 10 out 2012.

RENTAS. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre**. 2001. Disponível em: . Acesso em: 30 out 2012.

NOTAS:

[1] RENTAS. **Quem Somos**. Disponível em: <<http://www.rentas.org.br/quem-somos/>>. Acesso em: 24 jan 2018.

[2] **Animais silvestres podem ser comprados legalmente em criadouros**. Globo Universidade Online. 05 de maio de 2012. Disponível em: . Acesso em: 10 fev 2013.

[3] **Costume de criar animais silvestres em cativeiro alimenta o tráfico**. Bom dia Brasil Online. 29 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/01/costume-de-criar-animais-silvestres-em-cativeiro-alimenta-o-traffic.html>>. Acesso em 03 de fev 2018.

[4] BRASIL. **Servidores Civis e Militares do Poder Executivo Federal por Órgão de Lotação do Servidor – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis**. Portal da Transparência do Governo Federal. Disponível em: . Acesso em: 07 fev 2013.

[5] IBAMA. **Ação integrada contra o tráfico de animais pela Internet é realizada pelo Ibama**. Disponível em: . Acesso em: 15 nov 2012.

[6] **Site mantém venda ilegal de fauna silvestre**. Gazeta do Povo. 10 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/site-mantinha-venda-ilegal-de-fauna-silvestre-axghw6g6lpq3gkad2tmpkm3im>>. Acesso em: 03 fev 2018.

[7] **Tráfico de animais chega à internet.** O Globo. 24 de abril de 2017.
Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/trafico-de-animais-chega-internet-21268812>>. Acesso em 03 fev 2018.

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: ESCOLA DE REINCIDENTES

GUSTAVO DA SILVA PENHA

ANDRÉ VIANA

(Orientador)

RESUMO: O atual sistema penitenciário brasileiro tem apresentado condições discordantes com o que se consta na Lei de Execução Penal – Lei Federal nº 7210/84, vez em que, não disponibiliza aos apenados que usufruem de sua instituição, uma base competente para seu o alcance de seu objeto principal: o cárcere como metodologia de reabilitação e reintegração à sociedade. As condições desumanas, superlotação das agências e a não efetivação dos direitos assegurados pela lei, fazem do aprisionamento uma fórmula eficaz para indivíduos reincidentes. Visto isso, o presente artigo trata-se de uma revisão bibliográfica, baseada nos valores e situação corrente do sistema carcerário nacional, evidenciando as verídicas causas da ineficiência desta instituição no que se diz respeito à reabilitação de seus condenados.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penitenciário Brasileiro. Lei de Execução Penal. Reincidentes. Reabilitação.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA. 2.1 A REALIDADE CARCERÁRIA NACIONAL. 2.2 OS FATOS DA REINCIDÊNCIA . 2.3 LEI DE EXECUÇÃO PENAL. 2.4 DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de prisão foi estabelecido em meados de 1700 a.C., em função da reclusão dos escravos. Todavia, foi em 1791 visando o emprego de uma nova lei, que estabelecesse o poder de punição aos membros de uma sociedade, de maneira igualitária para cada um da mesma, pelo Código Penal Francês; sendo atribuída posteriormente, por outras nações, que sua implantação foi consolidada de fato. O intuito principal, era retirar o indivíduo da sociedade em que estava inserido, retraindo sua liberdade e

tempo, enquanto o mesmo passava por um processo de reabilitação (NOVO apud FOUCAULT, 2017).

O atual sistema penitenciário do Brasil, apresenta uma veracidade desumana e decorrente de inúmeras incógnitas. Isso, não apenas pelo fato da superlotação apresentada em grande parte das prisões, como, pela ausência de atendimento às necessidades humanas básicas; indeferindo assim não apenas na liberdade merecidamente privada, mas na violação de seus direitos, previstos na Constituição Federal, ainda que em cárcere (KUHNEN; BRASIL; FILHO, 2013).

São infinitos os fatores que evidenciam a precariedade do sistema carcerário empregado nacionalmente, vez em que, quesitos como superlotação das unidades, falta de fiscalização dos agentes penitenciários, infraestrutura inadequada, atendimento de saúde defasado, rede de tráfico permanentes dentro do sistema prisional, ausência de assistência da defensoria, dentre outros; contribuem para uma clara e evidente falha no próprio sistema penitencial e seus afins (GRECO, 2017).

Como consta na Constituição Federal através da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), tanto o indivíduo que responde à processo, quanto aquele que já tenha sido condenado, continua tendo assegurado por lei, seus direitos básicos como qualquer outro civil. Isso significa, que o mesmo perde sua liberdade, consequência de seus atos em meio a uma sociedade, porém, tem como direito um tratamento digno que englobe a não violência física e moral, possivelmente reabilitando-o (CUNHA, 2017).

A conduta estabelecida pelo sistema penitenciário do Brasil, disponibiliza um entendimento previamente estabelecido de que os detentos que usufruem do mesmo dificilmente terão sucesso em seu processo de "recuperação", posteriormente reinserindo-se na sociedade. A partir daí, fica visivelmente nítido, que o sistema em questão está falido, não podendo se quer, dispor de uma ferramenta que atenda aos apenados; o que implica diretamente na ressocialização e a não repetição dos atos anteriormente praticados por ele (PACCI, 2017).

O sistema prisional do Brasil tem apresentado um grande desgaste com o passar dos anos e nos dias atuais chegou a um ponto precário com número de presos muito maior do que o de vagas, não existindo no país nenhuma unidade prisional, sob os cuidados do Estado, que apresentasse em suas dependências um número de presos inferior ao de vagas e nem sequer um cárcere onde o número de presos fosse igual ao de vagas: todas as instalações superlotadas. (ANDRADE; FERREIRA, 2015).

Diante disso, o trabalho em questão busca por meio de uma revisão bibliográfica, apontar a defasagem do sistema carcerário atualmente implantado no Brasil e suas negativas consequências na reeducação dos apenados. Visto ainda, que a partir do momento em que se viola seus direitos humanos básicos, instiga-se nos mesmos o sentimento de indignidade, fazendo com que o mesmo retorne à sociedade com o mesmo caráter com que foi retirado dela.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

2.1 A REALIDADE CARCERÁRIA NACIONAL

O presente sistema carcerário do Brasil, encontra-se em uma situação calamitosa. Superlotação, rebeliões em massa, falta de assistência básica aos apenados e rede de tráfico dentro dos presídios, sem contar na manifestação de doenças transmissíveis, são apenas algumas das incontáveis motivações para a efetivação e constatação de que o sistema presidiário nacional possivelmente apresenta um status falido (KUHLEN; BRASIL; FILHO, 2013).

O Brasil passou por um relativo e significativo aumento em sua população carcerária nos últimos quatorze anos, resultando em um número de aproximadamente 267,32% a mais que seu o permitido, como constam os dados do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) (LIRA; JUNIOR; MONTEIRO, 2014).

Esse ritmo frenético de crescimento da população encarcerada aprofundou as deficiências do sistema prisional por todo o país. As já deterioradas condições de habitabilidade, os déficits nos serviços e na assistência (judiciária, à saúde e social) ao preso só se ampliaram. (ADORNO; SALA, 2007, p. 22).

Com o intuito de reduzir o problema da superlotação, foi criada a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, capaz de possibilitar alternativas à prisão provisória aos presos reincidentes que cometeram delitos leves com pena privativa de liberdade de até quatro anos, como fiança e monitoramento eletrônico. Todavia, essa alternativa tem causado grandes discussões dentre o cenário da segurança nacional, vez em que, nota-se grande preocupação da população para com as famosas “saidinhas” (PEREIRA, 2011).

Um outro problema relativamente grande, gerador de consequências negativas ao sistema penitenciário nacional, é a má distribuição de suas verbas. Existem sim aquelas penitenciárias que despõem de uma boa qualidade de vida para seus detentos, na medida em que se cumpra aquilo que é do direito dos mesmos, nem sempre necessariamente merecidos. Já em outros casos, instituições completamente inadequadas, capazes de abrigar um número absurdamente maior de detentos, em condições insensatamente, porém, para muitos contraditoriamente, desumanas (CARVALHO, 2009).

Nesse contexto, vale ressaltar que o desrespeito para com os direitos humanos, cria um quadro crítico negativo contra a sistema penal brasileiro, devido ao fato de que não se estabelece em prática, àquilo que se consta em lei. A forma com que o Estado tem lidado com a situação de seu sistema prisional e a atitude tomada à frente do mesmo, enfatiza a decadência do objetivo principal dessa instituição: a reabilitação (PACCI, 2017).

Para Rossini (2014) “esse conjunto de fatores dificulta a necessária e humanitária reinserção do detento ao convívio social auxiliando de forma direta o aumento da reincidência no país que já sofre com os altos índices de criminalidade. ”

Tudo isso decorre de um grande desgaste do próprio sistema, que apresenta uma demanda muito maior que a oferta, vez em que, todas as prisões supervisionadas pelo governo, apresentam um número exorbitantemente maior de prisioneiros, comparado ao número de vagas por elas oferecidas. Ocorre que essa despreocupação, tanto social, quanto governamental, quanto as questões carcerárias, definem diretamente o comportamento do apenado após sua retomada à sociedade, aumentando ainda mais o número de reincidentes (ANDRADE; FERREIRA, 2015).

Há uma ilusão na sociedade: as pessoas acham que a prisão garante o sossego e a segurança de todo mundo, mas, muitas vezes, a prisão é que produz o próximo problema. Você colocar uma pessoa que não tem histórico nenhum presa, é algo muito complicado, pois a prisão é um ambiente de violência, e isso afeta as pessoas (PEREIRA, 2011).

A derrota do sistema penitenciário nacional denota de um processo que tem se alastrado por décadas, prometendo por meio de suas ações, continuar arrastando essa situação por outras mais. Tudo isso, resultante de questões defasadas tanto sociais, como políticas, legais e principalmente: governamentais, responsáveis pela lentidão das mudanças do sistema e possivelmente o estacionamento delas. O problema da criminalidade não é uma questão meramente tesa, a partir do momento em que se fazer valer as medidas de maneira correta, diante daquilo que se propaga a Constituição, os resultados serão equitativamente proporcionais e benéficos (BITENCOURT, 2011).

2.2 OS FATOS DA REINCIDÊNCIA

Existem quatro tipos básicos ao se debater a reincidência: Genérica (decorrente de mais de um ato criminal, independentemente de sua condenação), Legal (condenação judicial por novo crime, com prazo de cinco anos após o cumprimento da pena anterior), Penitenciária (quando o apenado retorna à determinada penitenciária, após nova pena ou medida cautelar) e Criminal (existência de mais de uma condenação) (ALVES, 2012).

A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema penitenciário do Brasil, afirmou em 2008, que a taxa referente a reincidência, baseava-se de 70% a 80% da população que faz uso do sistema carcerário nacional. Um número exorbitantemente grande, quando comparado as medidas disponibilizadas para a reabilitação destes indivíduos e sua suposta reintegração social (IPEA, 2015).

De acordo com o Relatório de Reincidência do IPEA (2015, p. 23) “um em cada quatro ex-condenados, voltam a ser condenados depois de certo período de tempo no país, representando uma taxa de reincidência de aproximadamente 24,4%”.

Pesquisas apontam que um fator substancialmente importante para sanar o problema diante da reincidência, é combater o agravante dos jovens. Isso pois, quanto mais cedo o sistema penitenciário estiver apto a agir e interferir na criminalidade do indivíduo em negligencias menores, menos reincidências futuras, com penas mais preocupantes, o mesmo terá de se deparar (SAPORI; SANTOS; MAAS, 2017).

Segundo Lanfredi (2015), “é imprescindível lidar melhor com ações e opções desde o primeiro momento em que uma pessoa tem contato com o sistema criminal, fomentando medidas que desestimulem o crime e resultem em investimento social”.

Diante de todo esse contexto, se faz mais que necessário, tomar como medida resolutive, o atentamento ao tema punitivo instituído nas penitenciarias nacionais, visando a construção de uma sociedade regrada em moldes democráticos e condizentes com o que se estabelece a lei. Desta maneira, se controla não apenas o agravante da reincidência, como a submissão da sociedade ao medo adjacente da retomada às ruas dos apenados (BRETTAS; MORAES, 2009).

2.3 LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O Direito de Execução Penal, é um ramo do direito público, objetivado em um conjunto de normas que executam e regulam a pena. Em âmbito nacional, esta vertente é principalmente estatuída pela Lei de

Execução Penal – Lei Federal nº 7210/84, estabelecendo em seu artigo 1º, o escopo de “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (PRADO, 2018).

A Lei de Execução Penal, assegura ao apenado deveres e direitos (artigo 39 e 41 da Lei n. 7.210/84). Isso resulta na condição de que o detento tem por incumbência, a aquiescência de ser tratado como sujeito de direitos e deveres, não apenas como um objeto da própria administração, ordem e segurança (CUNHA, 2017).

Para Mirabete (2007, p. 28), “além de tentar proporcionar condições para a harmônica integração social do preso ou do internado, procura-se no diploma legal não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social”.

A Lei de Execução Penal, assegura ao apenados deveres e direitos, que deverão ser estabelecidos aos mesmos, e conseqüentemente, exercidos (artigo 39 e 41 da Lei n. 7.210/84). Isso resulta na condição de que o detento tem por incumbência, a aquiescência de ser tratado como sujeito de direitos e deveres, não apenas como um objeto da própria administração, ordem e segurança (ALVES, 2009).

A Legislação Brasileira confia na efetivação da Lei de Execução Penal, na medida em que acredita existir a recuperação dos condenados através dela, abolindo questões que dizem respeito à pena de morte, prisão perpétua e penas cruéis, com o intuito de prezar a dignidade humana (RIBEIRO, 2013).

Neste contexto, vale ressaltar o Artigo 41º, da Seção II, do Capítulo IV, da Leide Execução Penal – Lei Federal nº 7210/84, referente aos Direitos estabelecidos por ela, para com os apenados:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - previdência social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Segundo Monteiro (2016) "a finalidade da execução não é só punir o sujeito, mas oferecer condições que auxiliem nesse período de restauração, além de protegê-lo; assim, reintegrá-lo novamente na sociedade da forma mais adequada e sensata.

Supondo que a Lei de Execução Penal fosse cumprida de forma integral, certamente, a reeducação e reintegração de pelo menos uma fração da população carcerária do Brasil, seria construtivamente proporcionada (FELBERG, 2013).

Pode-se argumentar que a Lei de Execução Penal traça objetivos teóricos bem delineados, porém, na prática, a contradição é notória. Os direitos dos apenados não são devidamente garantidos, nem assegurados. As condições carcerárias não proporcionam condições de integração dos presos na instituição; somente atingem a função de punir (DAMÁZIO, 2010, p. 35).

2.4 DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

As prisões surgiram inicialmente como uma metodologia de humanização para um mero ato de vingança e opressão. Mesmo diante da Lei de Execução Penal, anteriormente debatida, a estrutura do sistema penitenciário brasileiro está retrocedendo ao conceito de penas como sinônimos de castigo, descumprindo tudo aquilo que está reintegrado por lei. Manter um indivíduo nas condições atualmente proporcionadas, não é nada positivo para a sociedade que irá recebê-lo após o cumprimento da pena estabelecida (NOVO, 2017).

No entendimento de Moraes (2016, p.16), "a dignidade é a essência do ser humano, concedendo unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas, é o núcleo essencial dos direitos humanos".

As condições de penitenciárias e detenção do sistema carcerário nacional, violam descaradamente os direitos humanos, ressaltando uma situação de constantes rebeliões, tumultos e em grande parte dos casos, numerosas mortes. A mentalidade retrograda resulta comumente em falta de resultado nas questões da recuperação e ressocialização dos apenados. As prisões do Brasil, atualmente, não proporcionam ao seu condenado, a condição de reabilitar-se (CDHM, 2006).

Os fatores que apontam a precariedade do sistema carcerário atualmente empregado em âmbito nacional são incalculáveis e infinitos, vez em que, quesitos como superlotação das unidades, falta de fiscalização dos agentes penitenciários, infraestrutura inadequada, atendimento de saúde defasado, rede de tráfico permanentes dentro do sistema prisional, ausência de assistência da defensoria, dentre outros; contribuem para uma

clara e evidente falha no próprio sistema penitencial e seus afins (LIRA; JUNIOR; MONTEIRO, 2014).

Como cita o Ministério da Saúde (2004) "os apenados adquirem variadas doenças como AIDs, tuberculose, pneumonia, doenças do aparelho respiratório e digestivo, hepatite, além das mais infinitas doenças transmissíveis.

Todavia, mais uma vez, os recursos públicos não são adotados para aquilo que de fato são destinados; a implantação do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), onde se consta inclusive a implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho, não tem saído do papel em muitas entidades, provocando mais uma incógnita: para onde vão os recursos destinados à sustentação do sistema penitenciário? (FELBERG, 2013).

As assistências à saúde dos condenados são de suma importância, visto que este quesito é um fator fulcral para a manutenção da vida e sobrevivência dos indivíduos durante o processo de reeducação em que estão sendo submetidos. O preso passa por um processo de restabelecimento de seus sentidos físicos, mentais e espirituais, além de uma tentativa de reconstrução de seu caráter. No momento em que a saúde de encontra em equilíbrio com estes objetivos, alcança-se o mesmo mais efetivamente (MONTEIRO, 2016).

O estabelecimento e, principalmente, o cumprimento daquilo que se é proposto pela Constituição, enfatiza aquilo que de fato cumpre com o intuito da Lei de Execução Penal. Justamente por este motivo, providencias devem ser tomados mediante o cenário desta fracassada "peça teatral". Durante o curso de cumprimento da pena, os valores sociais e éticos, além de assistências, são a carta de alforria dos reincidentes e um fator consideravelmente necessário para a diminuição da numerosa população carcerária (NOVO, 2017).

A réplica penal é simplesmente o tipo de sociedade que o Brasil pretende construir no futuro: uma sociedade aberta e ecumênica, animada por um espírito de igualdade e de concórdia, ou um arquipélago de ilhotas de opulência e de privilégios perdidas no seio de um oceano frio de miséria, medo e desprezo pelo outro (WACQUANT, 2001, p. 13).

Por fim, o atual enredo protagonizado pela a instituição penitenciária do Brasil, apresenta falhas grandes e nítidas, responsáveis por situações agravantes não apenas para os apenados, dificultado sua ressocialização, como também para o Estado e seus interesses. Quando se trata da dignidade humana, inclusive aquela que por lei é concebida aos detentos, todos os direitos devem ser garantidos devidamente, obedecendo aquilo que se ordena juridicamente, para que a finalidade ressocializadora seja cumprida, atingindo seu real objetivo: beneficiando a sociedade como um todo (GRECO, 2017).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que o sistema penitenciário está em processo de falência, é fato, e diante desse artigo, pode-se tomar a conclusão de que o Estado tem levado a atual situação apresentada, em um nível de mera insignificância e despreocupação.

Enquanto medidas não forem implementadas com o intuito de otimizar uma instituição de necessária e insubstituível segurança pública, não apenas para a remoção do crime das ruas, como, para a não reincidência desse na volta a ela; o problema não será sanado e a índole não apenas desse sistema, mas da Constituição como um todo, continuará sendo submetida a julgamentos e conclusões equivocadas.

A privatização do sistema penitenciário brasileiro, teoricamente seria solução plausível para a desvalorização das propriedades da Lei de Execução Penal e todas as garantias à dignidade do homem, constituídos por ela.

O princípio da dignidade humana deve ser estabelecido independente do julgamento, ato, caráter e índole do indivíduo. A retirada desses atributos de um apenado, contribuem substancialmente para o acúmulo de ressentimento durante todo o processo em que o mesmo faz uso do sistema penitenciário, sendo um contribuinte de mão cheia para reincidências futuras.

O caráter de um homem dificilmente será demudado se os meios em que o mesmo está inserido não contribuírem para sua reabilitação e não apresentarem métodos que facilitem esse processo de transformação.

Nesse contexto, não apenas as autoridades, incluindo o Estado e a própria sociedade que julga a conduta humana, deve cientificar-se que uma política de apoio ao futuro regresso é a base para uma reabilitação digna. Visto que, “o egresso desassistido de hoje continuará sendo o criminoso reincidente de amanhã” (ASSIS, 2017).

Necessita-se de um sistema penitenciário capaz de efetivar sua eficácia, colocando em prática a boa organização e adoção dos princípios que regem a Lei, bem como todo o postulado da própria Constituição.

O verdadeiro intuito da organização carcerária deve se fazer valer de fato. Empregando na prática o contrato de remover do âmbito social aqueles que não sabem fazer o verdadeiro usufruto dele, posteriormente devolvendo a ele, cidadãos capazes de reconhecer seus valores. Porém, principalmente, os deveres diante de uma instituição social e os direitos de cada participante dela.

O sistema penitenciário deve por suma, entender-se como uma escola de reabilitação, capaz de absorver no apenado as disciplinas da vida, e fazer valer de cada um dos conteúdos, um ensinamento para sua próxima jornada acadêmica: a retomada à sociedade.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, S.; SALLA, F. **Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC**. *Estudos Avançados*, 2007, vol.21, n.61, pp.7-29.

A EVOLUÇÃO, histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. **Revista Liberdades**. São Paulo. V. 11, 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/historia.pdf>. Acesso em: Dezembro de 2017.

ALVES, A. C. B. **Reincidência Criminal**: um olhar transdisciplinar. Porto Alegre: Conceito Editorial, 2012.

ANDRADE, U. S.; FERREIRA, F. F. Crise do Sistema Penitenciário Brasileiro: capitalismo, desigualdade e prisão. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**. Salvador. 116-129, 2015. Disponível em: <<https://www5.bahiana.edu.br/index.php/psicologia/article/viewFile/537/537>>. Acesso em: Outubro de 2017.

ASSIS, R. D. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. **DireitoNet**, 2017. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: Novembro de 2017.

BITENCOURT, C. R. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1984). Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: Janeiro de 2018.

BRETTAS, K.; MORAES, R. A. **Olhares sobre prevenção à criminalidade**. Belo Horizonte: Instituto Elo, 2009.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CDHM – COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIA. Situação do Sistema Prisional Brasileiro. Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema>>. Acesso em: Março de 2018.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: (1995). Promulgada em 5 de outubro de 1988. 26 Edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, R. S. **Lei de Execução Penal para Concursos**: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concurso. 6. Ed. Salvador: JusPodivm., 2017. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/352697152/Lei-de-Execucao-Penal-para-Concursos-2017-Rogerio-Sanches-Cunha-pdf>>. Acesso em: Março de 2018.

DAMÁZIO, D. S. **Sistema prisional no Brasil: Problemas e Desafios para o serviço social**. 2010. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Socioeconômico, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. Disponível em: < <http://tcc.bu.ufsc.br/Geografia283197.pdf>>. Acesso em: Dezembro de 2017.

FELBERG, R. **A Reintegração Social Dos Cidadãos - Egressos, Uma Nova Dimensão De Aplicabilidade Às Ações Afirmativa**. 2013. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013. Disponível em: < http://up.mackenzie.br/fileadmin/user_upload/_imported/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-2/Rodrigo_Felberg.pdf>. Acesso em: Dezembro de 2017.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. 25ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GRECO, R. **Sistema Prisional**: Colapso Atual e Soluções Alternativas. 4 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. "Reincidência criminal no Brasil", 2015. Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o IPEA. Brasília, Ipea.

KUHNEN, L. C.; BRASIL, V. P.; FILHO, J. T. O. **O sistema penitenciário brasileiro frente à dignidade humana**. MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E EXTENSÃO COMUNITÁRIA, 7., 2013, Porto Alegre. Anais... Porto Alegre: IMED, 2013. 7 p. Disponível em: < [https://www.imed.edu.br/Uploads/Joatelmoliveirafilho5\(área 3\).pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/Joatelmoliveirafilho5(área 3).pdf)>. Acesso em: Fevereiro de 2018.

LANFREDI, L. G. S. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa.** [15 de julho de 2015]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Entrevista Concedida à Débora Zampier. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

LIRA, P.; JUNIOR, A. P. O.; MONTEIRO, L. L. **VITÓRIA: Transformações na ordem urbana.** Rio de Janeiro: Letra Capital, 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=eWXfCgAAQBAJ&pg=PP65&lpg=PP65&dq=O+Brasil+passou+por+um+relativo+e+significativo+aumento+em+sua+popula%C3%A7%C3%A3o+carcer%C3%A1ria+nos+%C3%BAltimos+quatorze+anos&source=bl&ots=dk64zqkkzo&sig=vgKx5xQzTwkkoa_qvXjeB5KtdaU&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiW0-rp4araAhVIHpAKHV3AD2UQ6AEIUzAE#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: Março de 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf>. Acesso em: Março de 2018.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal.** 25 ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007.

MONTEIRO, B. C. S. A lei de execução penal e o seu caráter ressocializador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 153, out 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18106&revista_caderno=22>. Acesso em: Janeiro de 2018.

MORAES, A. **Direito Constitucional.** 32 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

NOVO, B. N. A realidade do sistema prisional brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 165, out 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19663>. Acesso em: Janeiro de 2018.

PACCI, M. F. A. **Inoperatividade do Sistema Prisional Brasileiro**. Andradina: Editor Autor, 2017.

PEREIRA, M. **Nova Lei da Prisão Preventiva deve soltar milhares de presos que ainda não foram julgados**. [11 de julho de 2011]. Brasília: Agência Brasil. Entrevista Concedida a Débora Zampier. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-07-03/nova-lei-da-prisao-preventiva-deve-soltar-milhares-de-presos-que-ainda-nao-foram-julgados>>. Acesso em: Dezembro de 2017.

PRADO, R. M. **Fundamentos do Direito Penal Mínimo: uma abordagem criminológica**. 3. Ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2018.

RIBEIRO, M. A. J. **A saúde do sistema prisional**. 2013. 20 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação) – Departamento de Vigilância Sanitária, Pontifícia Universidade Católica De Goiás, Goiânia, 2013. Disponível em: <<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/A%20sa%C3%BAde%20no%20sistema%20prisional.pdf>>. Acesso em: Janeiro de 2018.

ROSSINI, T. R. D. O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso. **Jus.com.br**, Teresina-PI, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-presos>>. Acesso em: Outubro de 2017.

SAPORI, L. F.; SANTOS, R. S.; MAAS, L. W. D. **Fatores sociais determinantes da reincidência criminal no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 32, nº 94, junho, 2017. Disponível em: <

<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294092017.pdf>>. Acesso em: Dezembro de 2018.

WACQUANT, L. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Disponível em: <
[https://books.google.com.br/books?id=GaX5Io1yxFgC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=A+r%C3%A9plica+penal+%C3%A9+simplesmente+o+tipo+de+sociedade+que+o+Brasil+pretende+construir+no+futuro:+uma+sociedade+aberta+e+ecum%C3%AAnica,+animada+por+um+esp%C3%ADrito+de+igualdade+e+de+conc%C3%B3rdia,+ou+um+arquip%C3%A9lago+de+ilhas+de+opul%C3%AAncia+e+de+privil%C3%A9gios+perdidas+no+seio+de+um+oceano+frio+de+mis%C3%A9ria,+medo+e+desprezo+pelo+outro+\(WACQUANT,+2001,+p.+13\).&source=bl&ots=aGmsrCV-3e&sig=971mhRHf8J5daaX8txS04bFwUt4&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjc77fA5qvaAhWCjZAKHcQ8A8cQ6AEILDAB#v=onepage&q=A%20r%C3%A9plica%20penal%20%C3%A9%20simplesmente%20o%20tipo%20de%20sociedade%20que%20o%20Brasil%20pretende%20construir%20no%20futuro%3A%20uma%20sociedade%20aberta%20e%20ecum%C3%AAnica%2C%20animada%20por%20um%20esp%C3%ADrito%20de%20igualdade%20e%20de%20conc%C3%B3rdia%2C%20ou%20um%20arquip%C3%A9lago%20de%20ilhas%20de%20opul%C3%AAncia%20e%20de%20privil%C3%A9gios%20perdidas%20no%20seio%20de%20um%20oceano%20frio%20de%20mis%C3%A9ria%2C%20medo%20e%20desprezo%20pelo%20outro%20\(WACQUANT%2C%202001%2C%20p.%2013\).&f=false](https://books.google.com.br/books?id=GaX5Io1yxFgC&pg=PA13&lpg=PA13&dq=A+r%C3%A9plica+penal+%C3%A9+simplesmente+o+tipo+de+sociedade+que+o+Brasil+pretende+construir+no+futuro:+uma+sociedade+aberta+e+ecum%C3%AAnica,+animada+por+um+esp%C3%ADrito+de+igualdade+e+de+conc%C3%B3rdia,+ou+um+arquip%C3%A9lago+de+ilhas+de+opul%C3%AAncia+e+de+privil%C3%A9gios+perdidas+no+seio+de+um+oceano+frio+de+mis%C3%A9ria,+medo+e+desprezo+pelo+outro+(WACQUANT,+2001,+p.+13).&source=bl&ots=aGmsrCV-3e&sig=971mhRHf8J5daaX8txS04bFwUt4&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjc77fA5qvaAhWCjZAKHcQ8A8cQ6AEILDAB#v=onepage&q=A%20r%C3%A9plica%20penal%20%C3%A9%20simplesmente%20o%20tipo%20de%20sociedade%20que%20o%20Brasil%20pretende%20construir%20no%20futuro%3A%20uma%20sociedade%20aberta%20e%20ecum%C3%AAnica%2C%20animada%20por%20um%20esp%C3%ADrito%20de%20igualdade%20e%20de%20conc%C3%B3rdia%2C%20ou%20um%20arquip%C3%A9lago%20de%20ilhas%20de%20opul%C3%AAncia%20e%20de%20privil%C3%A9gios%20perdidas%20no%20seio%20de%20um%20oceano%20frio%20de%20mis%C3%A9ria%2C%20medo%20e%20desprezo%20pelo%20outro%20(WACQUANT%2C%202001%2C%20p.%2013).&f=false)>.
Acesso em: Março de 2018.

INTERRUPÇÃO E SUSPENSÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

LEANDRO WEHDORN GANEM: Bacharel em Direito, especialista em Direito Constitucional, Técnico Judiciário - assistente de juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

RESUMO: O regramento jurídico da relação de emprego é orientada pelo princípio da continuidade da relação de emprego, a partir do qual se presume, de imediato, a indeterminação dos contratos de trabalho, bem como impõe ao intérprete o exame dos institutos justrabalhistas de modo a preservar a relação de emprego. Nesse sentido, a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho buscam assegurar ao trabalhador a manutenção no emprego ainda que cessada, por determinado período, a prestação de atividades ao tomador de serviços, possuindo cada qual as suas peculiaridades, que constituem o objeto do presente artigo.

Palavras-chave: Interrupção. Suspensão. Contrato de Trabalho.

Sumário: 1 Introdução. 2. Distinção entre os institutos da Interrupção e Suspensão do Contrato de Trabalho. 3. Das causas suspensivas: 3.1 Auxílio doença após 15 dias. 3.2 Aposentadoria provisória por Invalidez. 3.3 Aborto Criminoso 3.4 Greve. 3.5 Cargo Eletivo. 3.6 Licença não remunerada. 3.7 Encargo público. 3.8 Mandato Sindical. 3.9 Suspensão disciplinar não remunerada. 3.10 Suspensão para participar em curso ou programa de qualificação profissional. 4. Das causas interruptivas. 4.1 Férias. 4.2 Aviso prévio não trabalhado. 4.3 Licença-Maternidade. 4.4 Afastamento por motivo de doença ou acidente de trabalho até o 15º, inclusive. 4.5 Repouso remunerado e feriados. 4.6 Artigo 473 da CLT. 4.7 Locaute. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1 – Introdução

Com o intuito de proteger o trabalhador de situações adversas que impeçam a continuidade de seu contrato de trabalho, o legislador permitiu algumas anomalias nas cláusulas contratuais, capazes de manter o vínculo entre empregador e empregado, mesmo quando este não estive prestando

serviços àquele, que configuram as hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho.

Os institutos da suspensão e da interrupção buscam inspiração no princípio da continuidade da relação de emprego, de modo que por tais instrumentos, assegura-se ao trabalhador a manutenção no emprego ainda que cessada, por determinado período, a prestação de atividades ao tomador de serviços.

2 – Distinção entre a Interrupção e Suspensão do Contrato de Trabalho

A interrupção e suspensão contratuais são figuras justralhistas que sustam de modo restrito ou amplo, mas provisoriamente, os efeitos das cláusulas componentes do respectivo contrato.

A suspensão é a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a sustação ampliada e recíproca de efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes.

Na vigência de um fato suspensivo o empregador perde a faculdade de romper o contrato de trabalho, a não ser que seja por justo motivo.

Já a interrupção contratual é a sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato juridicamente relevante, mantidas em vigor todas as demais cláusulas contratuais. Como se vê, é a interrupção a sustação restrita e unilateral de efeitos contratuais.

Na interrupção, o contrato continua em plena execução, exceto pela prestação e disponibilidade dos serviços obreiros. Isto é, a interrupção atinge apenas a cláusula de prestação laboral, mantendo em vigência as demais cláusulas contratuais. Assim, não se presta serviços, mas se computa o tempo de serviço e paga-se o salário.

Ocorre a interrupção do contrato de trabalho naquelas hipóteses em que o empregado, embora sem prestar serviços, deva ser remunerado normalmente, contando-se, também, o seu tempo de serviço, como se este houvesse sido efetivamente prestado. Nesse sentido, leciona Natália Augusta Sampaio Silva, em artigo publicado na Revista de Direito Trabalhista "RDT" publicada em 28 de fevereiro de 2011:

"Desta forma, pode-se inferir que, durante a interrupção contratual, não há trabalho, mas há salário, e o tempo de afastamento do trabalhador é considerado como de serviço para os efeitos legais."(RDT:2011n2:p26)

Além disso, como acontece na suspensão, também na interrupção não é possível a rescisão unilateral do contrato por parte do empregador durante o período interruptivo.

3. Hipóteses de suspensão contratual

3.1 Auxílio doença após 15 dias.

Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, ou empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício (art.476 da CLT).

A Lei nº 8213/1991 substituiu os termos 'seguro-doença' e 'auxílio enfermidade' pelo termo 'auxílio-doença' (art. 18). Será considerado suspenso o contrato de trabalho se o benefício durar mais de quinze dias, contando-se a suspensão a partir do 16º dia, conforme artigo 476 da CLT, combinado com o artigo 65 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (RBPS).

A Seção de Dissídios Individuais - I do TST já firmou entendimento no sentido de que o afastamento do trabalho por prazo superior a quinze dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário constituem pressupostos para o direito à estabilidade prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991, assegurada por período de doze meses, após a cessação do

auxílio-doença. Vale ressaltar que a percepção de auxílio-doença acidentário é condição para configuração da suspensão do contrato de trabalho.

3.2 Aposentadoria provisória por Invalidez.

O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício (art. 474 da CLT).

O artigo 47, inciso I da Lei nº 8213/1991 estipula que o prazo máximo de suspensão é de cinco anos, corrobora neste sentido a Súmula 217 do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual garante o direito de retorno ao emprego do aposentado que recupera sua capacidade de trabalho dentro de cinco anos a contar da aposentadoria.

Exaurido o prazo de cinco anos, o empregado será submetido a exame médico pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), observado o seguinte: a) confirmada a condição debilitada do empregado, torna-se definitivo o benefício, cessando o contrato de trabalho. Persistindo nessa condição, oportunamente a aposentadoria por invalidez converte-se em aposentadoria por idade; b) recuperando o empregado a capacidade para o trabalho, a aposentadoria é cancelada, sendo assegurado o direito de o mesmo retornar à função que ocupava, facultado, porém, ao empregador, rescindir o contrato de trabalho, respeitadas as normas celetistas; c) verificadas razoáveis possibilidades de recuperação do empregado, a aposentadoria se manterá como provisória, permanecendo suspenso o contrato de trabalho.

Cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após os 5 (cinco) anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei. Preferindo indenizar o empregado que tinha direito de ser readmitido e não foi, deve o empregador, para fins de indenização, levar em conta as vantagens advindas à categoria daquele no período de seu afastamento. Na hipótese do empregado ser portador de estabilidade, a indenização deverá ser paga em dobro

3.3 Aborto Criminoso

Na ocorrência de aborto, matéria discutida pelo art. 395 da CLT, urge a necessidade de se fazer uma distinção. No caso do aborto espontâneo, ou seja, quando o feto não tem capacidade de viver por si só fora do útero materno, entendem a doutrina e a jurisprudência, que será concedido à empregada um repouso remunerado de duas semanas, desde que, apresentado atestado médico confirmando o fato. Na ocorrência de aborto não criminoso a estabilidade não se vê afastada e constitui causa de interrupção do contrato de trabalho.

Todavia, no caso de aborto criminoso, não faz jus a empregada de repouso, conforme expõe o artigo abaixo.

Art. 395. Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

O pagamento deste período, que se justifica por motivos óbvios, ficará a cargo da Previdência Social, desde que mantida a relação de emprego, como prevê o art. 95 do Decreto nº 3.048/99.

Art. 95. Compete à interessada instruir o requerimento do salário-maternidade com os atestados médicos necessários.

Ressalte-se que o aborto não poderá ser criminoso, se, todavia, for comprovada a ilegalidade da interrupção da gravidez a empregada não fará jus ao benefício, sendo causa de suspensão do contrato de trabalho.

3.4 Greve

A greve constitui direito assegurado constitucionalmente (art. 9º da CF88) e encontra-se atualmente regulado pela Lei nº 77.83/1989. Observadas as condições previstas na referida lei, é vedada a rescisão do contrato de trabalho durante a greve. O entendimento do TST em

relação à matéria tem sido no sentido de que o empregador não está obrigado ao pagamento dos salários correspondentes ao período de greve, visto que houve suspensão do contrato de trabalho, independentemente da declaração de abusividade ou não do movimento paretista. Se houver pagamento de salário será interrupção.

Há ressalvas na lei, admitindo hipóteses de negociação das relações obrigacionais através de acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Em caso de greve em atividades não essenciais, somente mediante acordo com o sindicato patronal, ou diretamente com o empregador, o sindicato da categoria profissional é obrigado a manter os serviços inadiáveis cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como aqueles indispensáveis à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento. (art. 9º da Lei nº 7.783/1989).

3.5 Cargo Eletivo

Conforme pondera Garcia (2003, p.228):

“Quanto às estatais, ocorrem nos atos leais de sua organização previsões de que empregados venham a compor a diretoria, por eleição dos trabalhadores, tendo, portanto, uma característica de representação dos empregados e, por consequência, mais nítida a classificação nessa condição (de empregado). Em se tratando de companhia privada, a cautela é que o diretor não empregado não fique sujeito à subordinação (horário de trabalho, ordens de serviço a serem cumpridas, fiscalização por superior, sujeição a penalidades e advertências, etc.) que o leve a posterior enquadramento judicial no art. 3º da CLT, como empregado; se empregado eleito, o contrato de trabalho deve ser suspenso e deve-se eliminar subordinação jurídica inerente à relação de emprego. Em uma cautela extrema, não é de se ignorar a advertência dos ilustres e muito representativos Professores Amaury Mascaro Nascimento e Octavio Bueno Magano, anteriormente apontada, que se deva sempre considerar o diretor como empregado, exceto se o dono do negócio ou acionista controlador.”

Nesse contexto, o TST pacificou pela súmula 269 que o empregado eleito pra ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho

suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

3.6 – Licença não remunerada

Considera-se licença não remunerada, salvo assentimento da empresa, ou cláusula contratual, o tempo em que o empregado se ausentar do trabalho no desempenho das funções; o empregado eleito para o cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto ao órgão de deliberação coletiva (parágrafo 2º do artigo 543 da CLT).

No caso da relação de trabalho, a licença significa a autorização para afastamento do cargo ou do emprego, ou seja, o empregado fica dispensado do trabalho ou serviço. Na licença, sem vencimentos, o empregado não recebe a remuneração contratada, e considerando que no período da suspensão o contrato não vigora, o tempo que perdurar a licença não integrará o tempo de serviço do empregado.

Como o próprio nome diz, a licença não é remunerada, nesse caso, a empresa fica desobrigada de efetuar o pagamento da remuneração ao empregado afastado e não computará esse período como tempo de serviço para nenhuma finalidade.

Como a licença não remunerada é do interesse do empregado, deve ser documentada, ou seja, o pedido deve ser formalizado por escrito. O empregador que estiver de acordo com o afastamento temporário do empregado, por força da licença não remunerada, deverá anotar no Livro ou Ficha de Registro de Empregados e na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), na parte de “Anotações Gerais”, que o empregado esteve afastado em gozo de licença não remunerada no período de (tantos dias, a partir de tal data).

Há consequências também no contrato de trabalho. Na licença não remunerada, apesar de não haver a prestação do serviço e tampouco o pagamento de salários, não ocorre a rescisão do contrato de trabalho, mas tão-somente a sua suspensão. Como não há rescisão do contrato de trabalho, fica assegurado ao empregado, quando findar o período da

licença, o seu posto de trabalho. Neste caso, o empregado terá direito a todas as vantagens que na sua ausência foram atribuídas à respectiva categoria profissional. Isto significa dizer que o empregado somente pode pretender vantagem que tenha sido atribuída em caráter geral, e nunca aquela concedida à colega que tenha progredido graças a seu esforço pessoal.

3.7 – Encargo Público. Serviço militar.

A CLT prevê em seu artigo 472 que: “O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador.”

Continua a regulamentar o tema no §1º Parágrafo do mesmo artigo: “Para que o empregado tenha direito a voltar a exercer o cargo do qual se afastou em virtude de exigência do serviço militar ou de encargo público, é indispensável que notifique o empregador dessa intenção, por telegrama ou carta registrada, dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data em que se verificar a respectiva baixa ou a terminação do encargo que estava obrigado.”

Por força dos artigos. 15, §5º da Lei 8.036/90 e 4º da CLT, o tempo de serviço militar é contabilizado para fins de indenização e estabilidade, sendo devido o recolhimento do FGTS, motivo pelo qual parte da doutrina entende tratar-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

3.8 – Atividades decorrentes do Mandato Sindical

A própria Constituição Federal de 1988 garantiu, nos incisos I e III, do artigo 8º, a liberdade sindical combinada com a proibição de que o sindicato sofra com a interferência estatal. Conferiu, outrossim, à entidade sindical, a incumbência única de representar e falar em nome da categoria econômica ou profissional. No período do mandato sindical, fica, portanto, suspenso o contrato de emprego do trabalhador. Nesse sentido o art. 543

3.9 – Suspensão Disciplinar Não Remunerada

A CLT estabelece ao empregador o poder e o risco da direção da atividade, controlando e disciplinando o trabalho, aplicando, se necessário, as penalidades aos empregados que não cumprir com as obrigações do contrato de trabalho.

A suspensão disciplinar atua como penalidade dada ao empregado como uma medida mais drástica. Visa disciplinar, resgatar o comportamento do empregado conforme as exigências da empresa. Ela pode ocorrer após advertências ou até mesmo logo após o cometimento de uma falta de maior relevância e que afronte abruptamente as normas estabelecidas pelo empregador.

Segundo o art. 474 da CLT, a suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho. Desse modo, o empregador não poderá suspender ou privar o empregado do exercício de suas funções por mais de 30 dias, sob pena de sofrer uma rescisão indireta, ou seja, tal procedimento implica falta grave do empregador, possibilitando ao empregado o ingresso de ação trabalhista, pleiteando a rescisão indireta de seu contrato de trabalho, como preceitua o 483 caput da CLT, além de sujeitar-se ao recolhimento de multa administrativa por infringência ao art. 474 CLT que estabelece a punição de 30 (trinta) dias como limite máximo para a suspensão de empregado. A suspensão do empregado, como nas outras hipóteses já trabalhadas, acarreta perda da remuneração dos dias não trabalhados, bem como na contagem do tempo de serviço, já que esses dias não serão computados.

A suspensão disciplinar pode acarretar a interrupção ou a suspensão do contrato individual de trabalho. Caso haja a suspensão do contrato de emprego, no período em que este contrato não vigorar, não será possível que o empregado preste serviços e, em consequência, receba a remuneração correspondente.

3.10 - Suspensão para participar em curso ou programa de qualificação profissional

Uma das saídas para o empregador na manutenção do vínculo empregatício dos empregados em épocas de crise é se utilizar da

suspensão contratual prevista no art. 476-A da CLT, o qual possibilita a suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso de qualificação profissional.

Segundo o artigo 476-A da CLT, o contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para que o empregado participe de curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e concordância por escrito do empregado.

A suspensão, nesta hipótese, deve estar autorizada em convenção ou acordo coletivo de trabalho, além de se exigir a aquiescência formal do empregado e assegurar-lhe, por ocasião do seu retorno, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa.

O empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual, com valor a ser definido em convenção ou acordo coletivo.

Se ocorrer a dispensa do empregado no transcurso do período de suspensão contratual ou nos 3 meses subsequentes ao seu retorno ao trabalho, o empregador pagará ao empregado, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor, multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de, no mínimo, 100% por cento sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato.

Se durante a suspensão do contrato não for ministrado o curso ou programa de qualificação profissional, ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, ficará descaracterizada a suspensão, sujeitando o empregador ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período, às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor, bem como às sanções previstas em convenção ou acordo coletivo.

4. Causas interruptivas do contrato de trabalho

4.1 Férias

Amaury Mascaro Nascimento assim define o instituto das férias:

“Por férias anuais remuneradas, entende-se certo número de dias durante os quais, cada ano, o trabalhador que cumpriu certas condições de serviço suspende o trabalho sem prejuízo da remuneração habitual”(Nascimento: 2010: p 787)

Durante o período de férias são mantidos o salário, a contagem do tempo de serviço para todos os fins e os depósitos do FGTS e recolhimentos previdenciários.

Cumpra, por fim, acerca de tal instituto, identificar a sua garantia no texto constitucional e no art.134 da CLT, sendo de ordem fisiológica, social, cultural e econômica, os fundamentos das férias.

4.2 Aviso prévio não trabalhado

Durante o aviso prévio dado pelo empregador, o empregado tem direito a uma redução em sua jornada de trabalho, ou a ausentar-se, a fim de que possa procurar novo emprego(duas horas por dia, ou sete dias corridos no caso do trabalhador urbano; um dia, no caso do trabalhador rural). Esse período de redução ou ausência configura interrupção do contrato de trabalho, pois será remunerado e contado para tempo de serviço.

4.3 Licença-Maternidade

Constitui caso de afastamento do contrato de trabalho em que é mantida a contagem do tempo de serviço para todos os fins e os depósitos do FGTS, além de fazer a gestante jus ao salário-maternidade. Essa hipótese de afastamento abrange a licença maternidade concedida à empregada gestante e a licença-maternidade a que tem direito, por extensão, a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial de criança para fins de adoção, nos termos do art. 392-A da CLT, acrescentado pela Lei 10.421.

A questão que se apresenta divergente é que o salário-maternidade recebido pela empregada é pago pelo Regime Geral de Previdência Social, o que o caracteriza como benefício previdenciário. Desta forma, o

empregador encontra-se desonerado deste encargo. Desta forma, há divergência doutrinária sobre a classificação da licença-maternidade como período de interrupção ou de suspensão contratual.

Alice Monteiro de Barros e Mozart Victor Russomano entendem que seria a licença maternidade hipótese de suspensão do contrato de trabalho, pois seria determinante o fato do ônus do correspondente encargo ser suportado pela Previdência Social, ou seja, o fato de empregada receber benefício previdenciário e não salário durante o afastamento.

Outra parte da doutrina, como Isis de Almeida, considera que se trata de hipótese de interrupção do contrato de trabalho, pois, embora não haja o efetivo pagamento de verba salarial, o contrato continua a produzir parcialmente seus efeitos próprios, tais como a contagem do tempo de serviço para fins de férias e para efeitos previdenciários e a obrigatoriedade de realização de depósitos do FGTS.

4.4 Afastamento por motivo de doença ou acidente de trabalho até o 15o, inclusive.

Explica Natália Augusta Sampaio Silva:

“É ônus do empregador o pagamento dos 15 primeiros dias de ausência por motivo de doença ou acidente de trabalho. A partir do 16o dia de afastamento, o encargo se transfere para o órgão previdenciário, passando tal situação a constituir suspensão do pacto laboral.” (RDT:2011n2:p27)

Desta forma, os primeiros quinze dias do afastamento são remunerados pela empresa, contando-se normalmente o tempo de serviço, configurando caso de interrupção do contrato de trabalho.

4.5 Repouso remunerado e feriados.

No repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, embora não haja trabalho, o empregador está obrigado a efetivar o pagamento de salário e contar o tempo de serviço. O repouso semanal

remunerado visa eliminar a fadiga gerada pelo trabalho, possibilita a prática de atividades recreativas, culturais e física, o convívio familiar e social, como também, por outro lado, objetiva aumentar o rendimento no trabalho, aprimorar a produção e restringir o desemprego. Em relação aos feriados civis e religiosos, embora a interrupção do trabalho possibilite os mesmos objetivos do repouso semanal remunerado, seus fundamentos são, sobretudo, de caráter religioso e cívico.

4.6 Artigo 473 da CLT

De acordo com o art. 131, I da CLT não será considerada falta ao serviço, para os efeitos do artigo anterior -que trata da contagem do período aquisitivo para concessão de férias- a ausência do empregado nos casos previsto no art. 473 do mesmo diploma legal.

A Professora Alice Monteiro de Barros que, ao tratar do tema, chama as causas previstas no art. 473 do diploma celetista de "ausências que não afetam o período aquisitivo de férias"(BARROS, 2010, p.583).

- Casamento

Entre os casos elencados no art. 473, temos no inciso II que poderá o empregado, em virtude de seu casamento, deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário por até três dias consecutivos. Aqui cabe ressaltar também o art. 320, §3º da CLT:

§ 3º - Não serão descontadas, no decurso de 9 (nove) dias, as faltas verificadas por motivo de gala ou de luto em consequência de falecimento do cônjuge, do pai ou mãe, ou de filho.

- Licença-paternidade

É tratada no inciso III do art. 473 e tem por objetivo o registro da criança. Assim, a lei permite um dia de ausência do empregado sem prejuízo do salário para o cumprimento dessa tarefa. No entanto, cumpre salientar que o prazo referido na CLT foi absorvido com a previsão constitucional do art. 7º, XIX, o qual prevê o direito de cinco dias de abono

em razão da licença-paternidade, prazo esse que englobaria a tarefa de registro da criança, visada conforme destacado pelo diploma celetista. Ressalta-se tal período ser aumentado, jamais reduzido, conforme regulamentação de cada categoria.

- Falecimento do Cônjuge

O inciso I do art.473 da CLT diz que o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, por até dois dias consecutivos em razão de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira de trabalho e previdência social, viva sob sua dependência econômica. Ou seja, uma vez comprovado o óbito daquele parente especificado no referido artigo, ou mesmo do dependente econômico daquele que não seja parente consanguíneo ou social (no caso de filhos adotivos) do empregado, é aplicado o dispositivo em análise.

A motivação para tal interrupção é clara, consistente no respeito ao sentimento de luto do empregado. Aqui, poderia surgir o questionamento sobre qual seria o limite para consideração dos ascendentes e descendentes, podendo-se verificar que, pelo menos para a Previdência Social, a interpretação é restritiva, considerando dessa forma como ascendentes o pai e a mãe do empregados, e os filhos desse como seus descendentes e, quanto à linha da colateralidade, diz respeito tão somente aos irmãos.

A Professora Maria Alice destaca em sua obra o art. 320, §3º da CLT, o qual dá aos professores o direito de nove dias de faltas sem prejuízo salarial, por motivo de casamento ou falecimento de cônjuge e/ou filhos. Quanto ao luto, especificamente, prevê ainda o afastamento de dois dias em função do falecimento de outro descendente, como por exemplo um neto. Assim, há uma diferença considerável entre o tratamento dado aos professores e aos demais profissionais, o que motiva diversas críticas quanto à divergência do tratamento e, abre o debate acerca da isonomia de tratamento prevista pela Constituição.

-Doação de sangue

O inciso IV do art. 473 da CLT cuida da ausência do empregado sem prejuízo do salário, conforme o caput do referido artigo, em função de doação de sangue voluntária, por um dia a cada doze meses, desde que tal doação seja devidamente comprovada. Muito embora haja essa previsão de um dia a cada doze meses, é sabido que na realidade o empregado faz jus ao abono a cada doação, mesmo que supere o período aludido.

A preocupação à época do legislador trabalhista se deu em razão do fato de que no período da elaboração do diploma celetista havia a comercialização do sangue, a qual acabava por ser entendida como uma renda extra para o trabalhador, vez que ele tinha sua falta abonada- não sofria prejuízos em seu salário por conta disso- e percebia o valor referente à doação. Destarte, naquela época a doação voluntária de sangue deveria ser comprovada.

Hoje, a restrição a tal lapso temporal não faz sentido, posto que as doações são de fato voluntárias, e ainda, quanto à periodicidade devem respeitar os lapsos temporais dispostos pelos profissionais da saúde, quais sejam, uma doação a cada dois meses no caso dos homens, e uma doação a cada três meses no caso das mulheres (informação retirada do site do INCA do Ministério da Saúde). De toda forma, cumpre reforçar que a doação deve ser comprovada de forma devida, o que comumente se faz com um atestado médico especificando tal ação. Nesse contexto, temos que, no ato da doação, durante mesmo após a entrevista médica realizada antes do início da doação sanguínea no banco de sangue o questionamento do próprio médico acerca da necessidade de expedição de um atestado que comprova a doação de sangue.

-Alistamento Militar

O alistamento militar é tratado no inciso VI do art. 473 da lei celetista. A quantidade de dias não é discriminada pelo artigo citado, visando atender o art. 65, letra "c" da lei 4375/64. Assim, quantos dias forem necessários ao cumprimento da função de prevista no serviço militar sem determinação fixada pela lei serão abonados, desde que tal serviço militar seja obrigatório, o voluntário não é tratado como causa interruptiva. Normalmente não voltam. Mas a lei não se revoga pelo desuso, só no caso

concreto mesmo. Além disso, cumpre ressaltar que tal dispositivo encontra-se normalmente em desuso, pois, conforme elucidado pelo Professor Thibau em suas aulas, o empregado comumente não retorna ao seu antigo emprego após prestar serviço militar, haja vista a qualificação que percebe nos cursos ministrados pelas forças armadas.

4.12 Jurado.

A ausência do trabalhador convocado para júri pode ser enquadrada na hipótese de comparecimento a juízo, prevista no inciso VIII. Conforme se verifica no Código de Processo Penal, no art. 436 o serviço do júri é obrigatório, obviamente para aqueles alistados na forma da lei. Assim sendo, destaca do CPP o TJMG que “os jurados têm obrigação de comparecer às sessões para que forem convocados, conforme se verifica no art. 439 do CPP. Caso haja recusa sem justificativa a prestar o serviço, o jurado selecionado poderá levar multa de um a dez salários mínimos.”

A ausência se justifica pelo fato de o trabalho do jurado ser reconhecido como relevante e essencial para a sociedade como um todo e verificado no art. 439 do CPP:

“Art.439 O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.”

- Comparecimento a juízo

É tratado no inciso VIII do art.473. O tempo, assim como o condizente ao alistamento militar não foi discriminado pela lei. Assim, entende-se que o tempo que for necessário para comparecimento em juízo deve ser considerado e não descontado. Insta salientar que a ausência no caso de processo trabalhista é somente justificada no caso em que o empregado figurar como parte da ação trabalhista, conforme se infere da Súmula 155 do TST, destacada na obra da Professora Maria Alice, vejamos: “As horas em que o empregado falar ao serviço para comparecimento necessário como parte na Justiça do Trabalho não serão descontadas de seu salário”. Logo,

se um empregado atua como testemunha em uma ação trabalhista, tal participação não será contabilizada como ausência justificada.

-Alistamento Eleitoral

Elencado no inciso V do art. 473, tem o direito a dois dias de ausência, consecutivos ou não, a fim de se alistar como eleitor conforme a lei eleitoral respectiva. Tal prazo e ainda o destaque quanto aos dias serem consecutivos ou não se faz para que o empregado possa comparecer à seção eleitoral e possa retornar lá para buscar o seu título. Quanto aos serviços prestados por aqueles convocados para trabalhar nos pleitos eletivos, frisa-se que a própria Justiça Eleitoral se incumbirá de determinar quais serão os períodos de abono. Normalmente o período de tais tarefas consiste em um treinamento para explicação e orientação dos eleitores das urnas eletrônicas.

-Vestibular

Previsto no inciso VII do art. 473 da CLT os dias em que o candidato efetivamente estiver prestando seus exames vestibulares. Assim sendo, seriam contabilizadas abonadas, as faltas nos dias, mas especificamente nos horários específicos da realização das provas, ou seja, o dia como um todo não é aqui previsto- assim o é apenas em algumas convenções, acordos de trabalho.

- Acompanhamento da esposa ou companheira gestante

A referida hipótese de interrupção contratual foi inserida no rol do art. 473 da CLT com a lei 13.257 de 2016, que passou a prever o no inciso X, que o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário por até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira.

- Acompanhamento do filho ao médico

Também incluída pela lei 13.257/2016, nesta hipótese, o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário por até 01 dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica.

4.7 Locaute

O locaute (“lockout”) é vedado pelo ordenamento jurídico (art. 17 da Lei 7.783/89) e consiste na conduta do empregador que, a fim, de desmobilizar o movimento dos empregados, paralisa a prestação de serviços, por exemplo, impedindo que os trabalhadores acessem o local de serviços.

Por se tratar de conduta ilícita, há responsabilidade do empregador de pagamento dos salários e demais direitos trabalhistas, independentemente da prestação de serviços.

5. Conclusão

A suspensão e a interrupção do contrato de trabalho tratam de hipóteses em que, ainda que inexistente, por determinado período, a efetiva prestação de serviços, mantém-se incólume o vínculo de emprego.

Os institutos jurídicos apresentam peculiaridades, sobressaindo, como regra, a ausência de pagamento de salários na suspensão contratual.

A partir das causas suspensivas e interruptivas, descritas ao longo do artigo, conclui-se que se tratam de situações jurídicas, inspiradas no princípio da continuidade da relação de emprego, de sorte que estabelecem hipóteses de manutenção da relação de emprego, conquanto sustadas, por determinado período, obrigações contratuais.

6. Referências Bibliográficas

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: Constituição Federal de 1988 — artigo 7º, inciso XXIX; Lei 4.090, de 13-7-62 (DO-U de 26-7-62): Decreto-Lei 5.452, de 1-5-43 — Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) — artigos 29, 133, 444, 468 e 471

http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=119 SITE DA INFO DO PERÍODO DA DOAÇÃO DE SANGUE

WWW.tjmg.jus.br INFO SOBRE JURADOS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 7ª Edição: editora LTr, 2011.

CURTY, Marlene Gonçalves; CRUZ, Anamaria da Costa. Guia para apresentação de trabalhos acadêmicos, dissertações e teses. 1ª edição. Maringá: Dental Press Editora, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

GARCIA, Roni Genicolo. Manual de rotinas trabalhistas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003

GEBARA, Michelle dos Santos. Artigo "Suspensão e Interrupção do Contrato de Trabalho". Extraído do site: http://webserver.falnatal.com.br/revista_nova/a4_v2/artigo_1.pdf.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARTINS, Sérgio Pinto, Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: editora Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho, 24ª Edição, Editora Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Comentários aos Enunciados do TST: 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, Vol. 1.

SILVA, Natália Augusta Sampaio. Da interrupção e suspensão do contrato de trabalho: aspectos gerais. Revista do Direito Trabalhista - RDT. Brasília, v. 17, n. 2, p. 26-29, fev. 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo, Direito Constitucional do Trabalho, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

DA CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO CONDOMINIAL COMO EXTRACONCURSAL NO PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

CHRISTIAN EISING OENNING: Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014). Possui especialização em nível de pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial e dos Negócios (2018). É advogado e sócio no escritório Oenning Advocacia & Consultoria, com sede na cidade de Balneário Camboriú - SC. É membro efetivo da Comissão de Direito Empresarial da OAB de Balneário Camboriú - SC e da Comissão de Direito Bancário da OAB de Itajaí - SC.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo estudar a classificação do crédito condominial como concursal ou extraconcursal durante a fase de recuperação judicial. Sendo assim, especificou-se como objetivo analisar a jurisprudência e doutrina recente sobre o tema. Para alcançar tal enfoque, a pesquisa foi dividida em três momentos. No primeiro se analisa o instituto da Recuperação Judicial. No segundo momento se avalia a classificação de créditos na Recuperação Judicial. Num terceiro momento se avalia a classificação específica do crédito condominial. Destarte, diante de todo o estudo realizado se traça considerações finais que constatarem que o crédito condominial na Recuperação Judicial possui natureza extraconcursal. Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica Indutiva, além das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica

PALAVRAS-CHAVE: Taxa Condominial. Recuperação Judicial. Extraconcursal. Lei 11.101/05.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the classification of condominium credit as bankruptcy or extra-bankruptcy during the judicial recovery phase. Thus, it was specified as an objective to analyze the recent jurisprudence and doctrine on the subject. To achieve such an approach, the research was divided into three moments. In the first one the Judicial Recovery Institute is analyzed. In the second moment the classification of

credits in Judicial Recovery is evaluated. In a third moment the specific classification of condominium credit is evaluated. Thus, in the face of the whole study, we draw up final considerations that establish that the condominium credit in the Judicial Recovery has an extra-bankruptcy nature. As for the Methodology, the Inductive Logic base was used, as well as Referent Techniques, Category, Operational Concept and Bibliographic Research

KEYWORDS: Condominial Rate. Judicial recovery. Extra-bankruptcy. Law 11.101/05.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Recuperação Judicial; 2. Classificação de Créditos na Recuperação Judicial. 3. A Classificação do Crédito Condominial na Recuperação Judicial. Considerações Finais; Referência das Fontes Citadas.

INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo científico é fomentar um debate teleológico acerca da classificação das referidas taxas condominiais, exemplificando e argumentando quanto ao assunto, em razão da dúvida na forma de classificação do crédito condominial na Recuperação Judicial Seus objetivos são: a) Institucional: produção de Artigo Científico acadêmico; b) geral: analisar a legislação a doutrina e a jurisprudência acerca da classificação do crédito condominial na Recuperação Judicial. Os Objetivos Específicos são: a) compreender, em breve resumo, o instituto da Recuperação Judicial b) entender os aspectos gerais da classificação dos créditos; c) analisar as correntes doutrinárias favoráveis e desfavoráveis acerca do caráter extraconcursal de créditos; d) identificar qual é o entendimento acerca da classificação dos créditos condominiais junto à Recuperação Judicial.

O artigo está dividido em três momentos: no primeiro se fez uma análise do instituto da Recuperação Judicial; no segundo momento se avalia a classificação de créditos na Recuperação Judicial. Posteriormente se faz um breve estudo acerca da classificação específica do crédito condominial.

O método utilizado tanto na fase de investigação quanto no tratamento dos dados e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, foi a base lógica indutiva^[1].

As técnicas empregadas foram a do referente[2], da categoria[3], do conceito operacional[4] e da pesquisa bibliográfica[5] e documental, esta última, pela via eletrônica.

1. DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial é, em apertada síntese, o instituto pelo qual o ente empresarial busca reequilíbrio entre o ativo e o passivo, a fim de não decair em insolvência.

Conforme ensina Waldo Fazzio Júnior[6] "*recuperar significa readquirir, reconquistar, reaver, recobrar [...] que, a exemplo da concordata, consiste em procedimento preventivo, porque tem a intenção de evitar a situação de falência. Contudo, persegue um objetivo muito mais amplo que o do instituto da concordata.*"

A recuperação de empresas também é conceituada por Everaldo Medeiros Dias[7]:

A Recuperação de Empresas se constitui, genericamente, em um meio pelo qual o empresário devedor propõe a seus credores, de forma judicial ou extrajudicial, uma forma de reorganização de sua empresa e composição de suas obrigações, objetivando, assim, a manutenção de sua fonte produtiva e a continuidade de suas atividades empresariais e o cumprimento de suas funções sociais. [...] A recuperação judicial é um processo peculiar, em que o objetivo buscado (a reorganização da empresa explorada pela sociedade empresária devedora, em benefício desta, de seus credores e empregados e da economia) pressupõe a prática de atos judiciais.

Ainda, nas palavras de Maria Carla Pereira Ribeiro[8], "*os principais objetivos da recuperação judicial são: a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho, a defesa do interesse dos credores, a*

preservação da empresa e de sua função social e o estímulo à atividade econômica."

Francisco Satiro Junior Souza[9] considera que: *"o legislador brasileiro atendeu à demanda social de se preservar as empresas, o que se faz por reorganização da atividade empresarial, mas, no entanto, a norma preferiu denominar o instituto de recuperação".*

O autor afirma que "recuperar" tem o sentido de reaver, restaurar, repor em condições de operar. Quer dizer, que se possa ter condições de continuar uma atividade empresarial acometida por crise.

Para Fábio Ulhoa Coelho[10], a crise de uma empresa pode ser econômica, financeira ou patrimonial, conforme discorre:

Crise econômica ocorre quando as vendas dos produtos ou a prestação de serviços não são realizadas em quantidade suficiente à manutenção do negócio. A crise financeira acontece quando o empresário tem falta de fluxo de caixa, dinheiro ou recursos disponíveis para pagar suas prestações obrigacionais. Já a crise patrimonial se faz sentir quando o ativo do empresário é menor do que o seu passivo, logo, seus débitos superam os seus bens e direitos.

Portanto, conceituada a recuperação judicial pela doutrina majoritária brasileira, necessário também discorrer acerca da natureza dos créditos no referido instituto da recuperação judicial, conforme veremos adiante.

Para tanto, se faz necessário esmiuçar o conceito jurídico de crédito, em sua acepção jurídica, a fim de elaborar a ligação entre o "crédito" e o procedimento recuperatório.

Quanto a esse conceito, versa Carvalho de Mendonça[11]:

Crédito é a obrigação no aspecto ativo, ou seja, o direito do sujeito ativo numa relação obrigacional que lhe assegura a possibilidade de exigir a prestação do devedor. O crédito é um direito de fruição. O credor é aquele em proveito de quem a prestação deve ser executada. Partindo da distinção civilista entre os direitos absolutos, cujo sujeito passivo é indeterminado, recaindo o dever jurídico sobre todos os membros da coletividade (*erga omnes*) e direitos relativos, com sujeito passivo determinado, a obrigação pode ser definida como relação jurídica, em virtude da qual o sujeito passivo (devedor) tem o dever jurídico de caráter patrimonial em favor do sujeito ativo (credor).

Portanto, créditos são direitos advindos, entre outros, de obrigações entre as partes envolvidas, que podem ser realizadas nas mais variadas modalidades.

Entendido esse conceito preliminar, passamos à análise da natureza jurídica dos créditos.

Como dito, não é de hoje que se tem a ideia de que o Direito é batizado por princípios fundamentais, isto é, princípios que buscam efetivar aos nacionais ou estrangeiros, condições básicas para que exista o mínimo de segurança jurídica, proporcionando, assim, a igualdade jurisdicional e a eficácia das normas.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), tornou-se claro que sua pretensão era resguardar os cidadãos, para que não fossem novamente usurpados de seus direitos legítimos.

A força da CRFB, bem como do povo, se deu exemplificada no decorrer da constituição. José Afonso da Silva^[12] define os princípios fundamentais

como "prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".

Com base nisso, no ano de 2005 foi promulgada a Lei 11.101/05, chamada de "Lei de Falência e Recuperação Judicial" (LFRE), visando o cumprimento dos princípios basilares do direito, bem como regular o rito procedimental inerente à tais situações, que anteriormente eram aplicados à bel prazer pelos juízos singulares fulcrados no Decreto-Lei 7.661/1945, já ultrapassado.

Assim, passou-se, ao menos em tese, à levar em consideração o interesse social em relação à recuperação, no intuito de criar um binômio entre os interesses da empresa e dos grupos (credores, trabalhadores), trazendo um equilíbrio entre os aspectos materiais e procedimentais.

Se as normas inseridas na Lei 11.101/05 (LFRE) são apropriadas é uma questão passível de análise, vez que as concepções divergem, dando ênfase, ainda, a alguns pontos específicos, passíveis de controvérsias.

Portanto, diante da impossibilidade de exaurimento dos temas, o foco se dará em relação à classificação dos créditos conforme lei e as suas implicações em relação à dívidas condominiais, especificamente na questão da classificação destes no procedimento recuperatório previsto na Lei 11.101/05, conforme se passa a discorrer.

2. CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Inicialmente, se faz necessário conceituar a classificação de créditos, quanto ao tema, aduz Franciso Sátiro Souza^[13]:

Os créditos são classificados de acordo com sua natureza e com a ordem de privilégios estabelecida pela Lei, atribuindo-se direitos similares àqueles da mesma classe. Somente entre os credores de uma mesma classe a igualdade de tratamento é absoluta: mesmos direitos a serem exercidos no procedimento falimentar, e rateio em caso de insuficiência de recursos para pagamento integral de todos. Mas há uma ordem de prioridade de pagamento entre as

diversas classes de credores. Uma vez habilitados os créditos e definida sua classificação, uma classe só terá acesso ao resultado da liquidação do ativo do devedor se e quando não existirem créditos não pagos nas classes precedentes.

Os créditos podem ser concursais ou extraconcursais, estando os primeiros definidos no art. 83^[14] da Lei n 11.101/05, *in verbis*:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, [...]

V – créditos com privilégio geral [...]

VI – créditos quirografários [...]

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas [...]

VIII – créditos subordinados [...]

De pronto, importante esclarecer que ainda que o caput do referido artigo faça menção somente à falência, a doutrina entende que o mesmo rol também se aplica no procedimento de recuperação.

Portanto, vemos que quase a totalidade dos créditos se submete ao chamado concurso de créditos, pertencendo a grupo de credores distintos, diante da imensa maioria de hipóteses previstas no referido artigo.

Cumprido elucidar que o crédito oriundo de negócio firmado anteriormente ao ajuizamento da ação de recuperação judicial fica submetido ao procedimento recuperatório e às condições ali impostas,

mesmo que ainda não vencidas, conforme discorre o art. 49^[15] da LFRE, sendo tais créditos caracterizados como concursais. Versa o referido artigo:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...]

Everaldo Medeiros Dias disserta sobre os créditos concursais^[16]:

Os Créditos Concurais, sujeitos ao concurso de credores portanto, são aqueles constituídos pelo empresário individual, pela sociedade empresária e pela EIRELI antes da decretação da Falência. A ordem de pagamentos dos Créditos Concurais obedece a seguinte ordem de classificação estabelecida pelo art. 83 da LRFE.

Portanto, via de regra os créditos se enquadram na modalidade concursal, por ser mais abrangente e favorável ao empresário recuperando.

Desta feita, as exceções são os créditos que não se subrogam à recuperação, chamado de extraconcursais, conforme se discorre a seguir.

Os créditos extraconcursais não estão sujeitos ao processo de habilitação, pois decorrem de fatos geradores de caráter *sui generis* ou posteriores à instauração de recuperação judicial.

Esses créditos também não se submetem à recuperação, sendo que o rol taxativo dos créditos extraconcursais esta previsto no art. 84^[17] da Lei 11.101/05, transcrito abaixo:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

- III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;
- IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;
- V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência [...]

Enquanto os credores listados no art. 83 adquiriram seus créditos a partir de atos ou fatos ligados ao empresário e à empresa sob sua administração antes da recuperação judicial, as obrigações listadas no art. 84 são, na sua maioria, resultado da atuação do administrador judicial na gestão dos interesses dos envolvidos na recuperação judicial[18].

Ainda que a Lei 11.101/05 tenha exemplificado que os créditos constituídos durante a recuperação seriam extraconcursais, existe uma lacuna no que tange termo inicial, pois não é expressa nesse sentido, havendo o questionamento se este se daria do deferimento do processamento da recuperação ou da aprovação do plano.

A divergência quanto ao termo inicial para a classificação dos referidos créditos tem pretexto para que as empresas recuperandas busquem minimiza-los, além de tentar impor as condições do plano de recuperação.

Nesse ponto é importante citar a doutrina majoritária e notar que o entendimento é o de que ao definir a prioridade do pagamento dos créditos extraconcursais, o pagamento destes deveria ocorrer antes do início da fase de satisfação dos créditos concursais, sendo vedado entretanto o pagamento indiscriminado destes a medida que surgirem.

O imbróglio torna-se ainda maior à medida que enfrentamos também a questão de preferência de créditos, pois não se tratando de falência não há norma norteadora para firmar um rol taxativo de

preferências, o que acarreta muitas vezes em divergência jurisprudencial e doutrinária.

Somente no ano de 2014 houve julgamento quanto ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde a Ministra Nancy Andrighi firmou jurisprudência sobre o tema após análise dos dispositivos da LFRE, aduzindo que se classificam como extraconcursais os créditos de obrigações que se originaram após o deferimento do processamento da recuperação, conforme *in verbis*:

DIREITO EMPRESARIAL. CRÉDITOS
EXTRACONCURSAIS E DEFERIMENTO DO
PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. São
extraconcursais os créditos originários de negócios
jurídicos realizados após a data em que foi deferido o
pedido de processamento de recuperação judicial.
Inicialmente, impõe-se assentar como premissa que o
ato deflagrador da propagação dos principais efeitos
da recuperação judicial é a decisão que defere o
pedido de seu processamento. Importa ressaltar,
ainda, que o ato que defere o pedido de
processamento da recuperação é responsável por
conferir publicidade à situação de crise econômico-
financeira da sociedade, a qual, sob a perspectiva de
fornecedores e de clientes, potencializa o risco de se
manter relações jurídicas com a pessoa em
recuperação. Esse incremento de risco associa-se aos
negócios a serem realizados com o devedor em crise,
fragilizando a atividade produtiva em razão da
elevação dos custos e do afastamento de
fornecedores, ocasionando, assim, perda de
competitividade. [...] Desse modo, afigura-se razoável
concluir que conferir precedência na ordem de
pagamentos na hipótese de quebra do devedor foi a
maneira encontrada pelo legislador para compensar
aqueles que participem ativamente do processo de
soerguimento da empresa. Não se pode perder de

vista que viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira da sociedade devedora – objetivo do instituto da recuperação judicial – é pré-condição necessária para promoção do princípio maior da Lei 11.101/2005 consagrado em seu art. 47: o de preservação da empresa e de sua função social. Nessa medida, a interpretação sistemática das normas insertas na Lei 11.101/2005 (arts. 52, 47, 67 e 84) autorizam a conclusão de que a sociedade empresária deve ser considerada “em recuperação judicial” a partir do momento em que obtém o deferimento do pedido de seu processamento. (REsp 1.398.092-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6/5/2014)[19].

Com essa afirmação, passamos à análise da classificação do crédito condominial na recuperação judicial.

3. A CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO CONDOMINIAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A contribuição condominial é de caráter *propter rem* e possui características singulares que garantem primazia no confronto de preferências de créditos.

Conforme a doutrina pátria, a obrigação *propter rem* é a que recai sobre uma pessoa, por força de determinado direito real, que no caso das taxas condominiais seria a propriedade do imóvel, e subsiste em razão da situação jurídica de titular do domínio de determinada coisa, o tornando responsável pelo cumprimento das obrigações provenientes da mesma, os chamados *ius ad rem*, ou seja, obrigações advindas da coisa.

Sobre o tema, Flavio Tartuce[20] conceitua:

A obrigação *propter rem* é aquela que deve ser realizada por uma pessoa, por consequência de seu domínio ou sua posse sobre alguma coisa móvel ou imóvel. Entre vários exemplos pode-se citar a

obrigação que o proprietário do imóvel tem de pagar as despesas do condomínio, previsto no artigo 1.345 do código civil brasileiro de 2002, uma vez que o adquirente do imóvel em condomínio edilício responde por tais débitos, que acompanham a coisa.

Tendo caráter de obrigação inerente a existência do bem, a jurisprudência corriqueiramente lhe tem atribuído preferência na ordem de crédito, estando praticamente uniformizado o entendimento de que a dívida por contribuição condominial tem preferência, equiparando inclusive à créditos com caráter alimentar.

Vêja-se que a jurisprudência é firme inclusive em sobrepor o crédito condominial à outros direitos reais de garantia, inclusive sobre a alienação fiduciária^[21].

Por tal razão é que , em que pese a Lei de Falência e Recuperações Judiciais prever a suspensão das ações e execuções da empresa em processo de recuperação judicial, além de submetê-los a condição do plano de recuperação, a jurisprudência e doutrina majoritária é firme no sentido de que esta não atinge as ações relativas à percepção de taxas de condomínio inadimplidas.

A inaplicabilidade da submissão ao plano e da suspensão das ações relativas à créditos oriundo de das taxas condominiais se deve ao fato de tais créditos possuírem caráter extraconcursal, não se sujeitando a habilitação no Juízo da Recuperação Judicial, tampouco a inclusão no quadro geral de credores, pois são considerados encargos da massa.

A longa data existe debate sobre o assunto, com primeiro julgado do Superior Tribunal de Justiça datado do ano de 2010, onde decidiu-se que:

As taxas condominiais são consideradas encargos da massa. Sendo assim, classificam-se como créditos não sujeitos a rateio e, por conseguinte, exercem preferência sobre os créditos admitidos à falência, ressalvadas as despesas com a arrecadação, a

administração, a realização de ativo e a distribuição de seu produto, inclusive a comissão de síndico. [...] (RESP 794.029/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, 15.12.2009, DJe 02.02.2010) [22].

Com o passar dos anos o entendimento foi se consolidando no Superior Tribunal de Justiça, que acabou por julgar inúmeros outros casos sobre o mesmo tema e com o mesmo entendimento.

Sobre o assunto, cita-se recente decisão proferida em 27/03/2017, pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no acórdão do Recurso Especial nº 1.534.433/SP:

RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. DESPESAS CONDOMINIAIS. CRÉDITO EXTRACONCURSAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SUSPENSÃO. DESCABIMENTO. JULGADOS DESTA CORTE SUPERIOR.

1. Controvérsia acerca da necessidade de suspensão de ação de cobrança de despesas condominiais ante a superveniência da decretação da falência do devedor.
2. Caráter extraconcursal do crédito decorrente de despesas condominiais, não se sujeitando, portanto, à habilitação e inclusão no quadro geral de credores.
3. Desnecessidade de suspensão da ação de cobrança de despesas condominiais, por se tratar de crédito extraconcursal.
4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (Recurso Especial nº 1.534.433/SP, julgado em 27/03/2017)[23].

Do corpo do acórdão, colhe-se a decisão esmiuçada do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

A controvérsia diz respeito à necessidade de se suspender uma demanda em que se pleiteia a cobrança de despesas de condomínio no curso do processo de falência da devedora. A suspensão das ações e execuções contra o falido está prevista no

enunciado normativo do art. 99, inciso V, da Lei 11.101/2005 (v. art. 24 do Decreto-Lei 7.661/1945), abaixo transcrito: Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...] V - ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei; Porém, a Lei de Falências, tanto a atual quanto a revogada, consideram extraconcursal (encargo da massa) a despesa necessária à administração do ativo. Confira-se, a propósito, o enunciado normativo do art. 84, inciso III, da Lei 11.101/2005 (v. art. 124, § 1º, inciso III, do Decreto-Lei 7.661/1945), abaixo transcrito: Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: I - remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; II - quantias fornecidas à massa pelos credores; III- despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência; IV- custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V- obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores corridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. Especificamente quanto às obrigações condominiais, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que tal despesa se enquadra no conceito de despesa necessária à administração do ativo, tratando-se,

portanto, de crédito extraconcursal, não se sujeitando à habilitação de crédito, tampouco à suspensão determinada pelo art. 99 da Lei de Falências[24].

Veja-se, ainda, decisão sobre o tema oriunda do Recurso Especial nº 1.162.964/RJ, com relatoria da Ministra Nancy Andrichi:

COMERCIAL.FALÊNCIA. COTAS CONDOMINIAIS VENCIDAS APÓS A DECRETAÇÃO DA QUEBRA. NATUREZA. ORDEM DE PREFERÊNCIA. 1. A Lei nº 11.101/05 impôs alterações na classificação dos créditos falimentares, reposicionando na ordem de preferência inclusive aqueles de natureza extraconcursal. Atualmente, os encargos da massa (art. 84, III) precedem os créditos tributários, sejam eles anteriores (art. 83, III) ou posteriores (art. 84, V) à decretação da quebra. 2. Sob a égide do DL nº 7.661/45, porém, a realidade era outra [...] as cotas condominiais vencidas após a decretação da falência têm inegável natureza de encargos da massa [...] O STJ, inclusive, já se manifestou especificamente sobre o tema, no julgamento de processo sob a minha relatoria, no qual ficou assentado que "as cotas condominiais classificarem-se como encargos da massa e, por isso, devam ser pagas de imediato" (STJ - REsp: 1162964 RJ 2009/0202429-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/03/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/04/2012)[25].

Assim, temos que não há que se falar em habilitação dos créditos líquidos, mesmo os vencidos anteriormente à propositura da recuperação judicial.

Veja-se, por fim, que a jurisprudência já se firmava nesse aspecto anteriormente inclusive à inovação legal da Lei nº 11.101/05.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, relativos à decisões exaradas durante a vigência do Decreto-Lei 7.661/45, antiga lei de falências:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. COTAS CONDOMINIAIS. ENCARGOS DA MASSA. CRÉDITO NÃO SUJEITO A HABILITAÇÃO NO QUADRO GERAL DE CREDORES. OBSERVÂNCIA DA ORDEM DE PRIVILÉGIO DOS CRÉDITOS ANTECEDENTES AOS ENCARGOS DA MASSA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 124, § 1º, III, do Decreto-Lei 7.661/45 (antiga Lei de Falências), os débitos condominiais, por se tratarem de obrigação de natureza propter rem, não podem ser considerados da pessoa do falido, porquanto constituem ônus relativo ao próprio imóvel, constituindo-se, portanto, em encargos da massa. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 590.632/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 22/10/2013)[26].

E ainda:

PROCESSUAL CIVIL. VALIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. VERIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. COTAS CONDOMINIAIS. ENCARGOS DA MASSA. CRÉDITO NÃO SUJEITO A RATEIO. AÇÃO DE COBRANÇA. NÃO- SUSPENSÃO. EXCEÇÃO DISPOSTA NO ARTIGO 24, § 2º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N. 7.661/45. 1. Em sede de recurso especial, não compete ao Superior Tribunal de Justiça revisar as premissas fáticas que nortearam o convencimento das instâncias ordinárias (Súmula n. 7/STJ). 2. As taxas condominiais são consideradas encargos da massa. Sendo assim, classificam-se como créditos não sujeitos a rateio e, por conseguinte, exercem preferência sobre os

créditos admitidos à falência, ressalvadas as despesas com a arrecadação, a administração, a realização de ativo e a distribuição de seu produto, inclusive a comissão de síndico. 3. A ação de cobrança referente a taxas condominiais em atraso, a despeito de ter sido intentada antes da decretação da falência, deverá prosseguir com o síndico da massa falida, por se enquadrar na exceção disposta no artigo 24, § 2º, inciso I, do Decreto-Lei n. 7.661/45. 4. Recurso especial não-conhecido. (REsp 794.029/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 02/02/2010) [\[27\]](#).

Note-se, então, que caso fosse realizada a análise da espécie do crédito condominial, que se configura como encargo da massa, ou seja, extraconcursal, a inclusão das verbas já vencidas seria medida de direito.

Pelo narrado acima, conclui-se que todos os julgados são no sentido de reconhecer o caráter *sui generis* do crédito decorrente de taxas condominiais inadimplidas como extraconcursal, com prioridade sobre o rateio.

Ainda, os julgados são uníssomos em afirmar a desnecessidade de habilitação dos referidos créditos e de que não se aplicam as hipóteses de suspensão oriundas do instituto da recuperação judicial, mesmo que os referidos créditos condominiais tenham vencido anteriormente ao ajuizamento da recuperação.

Ocorre que, justamente por sua distinção com a legislação pátria habitual, bem como ser relativamente baixa as situações concretas que se adéquam a espécie, acaba a referida lei por fomentar inúmeras dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do artigo se compreendeu acerca da classificação do crédito condominial como extraconcursal, tendo

preferência sobre a divisão do ativo e não se submetendo às hipóteses de habilitação e suspensão no decorrer do procedimento recuperatório. O primeiro item dissertou sobre o instituto da recuperação judicial e a natureza jurídica dos créditos discutidos nesta, onde o segundo e o terceiro momento demonstraram as espécies de classificação de créditos e seus enquadramentos, fomentando posteriormente a discussão quanto da classificação do crédito condominial no interregno da instrução recuperatória.

Cumpriu-se fomentar um debate teleológico acerca da classificação das referidas cotas, exemplificando e argumentando quanto ao assunto.

Persebe-se que diante da questão aqui abordada, que toda a doutrina e jurisprudência sobre o tema se dá no sentido de reconhecer o caráter *sui generis* do crédito decorrente de taxas condominiais inadimplidas, classificando-o como extraconcursal e o priorizando sobre os demais créditos, inclusive os também classificados como extraconcursais.

Ainda, os julgados são uníssomos em afirmar a desnecessidade de habilitação dos referidos créditos durante o interregno da recuperação, além de explicitarem que não se aplicam as hipóteses de suspensão oriundas do instituto da recuperação judicial, mesmo que os referidos créditos condominiais tenham vencido anteriormente ao ajuizamento da recuperação.

Observou-se que a Lei 11.101/05, em especial quanto à classificação dos créditos, possui inúmeras características e peculiaridades que a tornam, de certo modo, diferente de qualquer outra lei federal já recepcionada por nossa legislação em tempos atuais.

As discussões provenientes das disposições contidas na Lei 11.101/05 em relação à classificação extraconcursal dos créditos condominiais vem por traçar um panorama não antes visto, visando o interesse social e garantia a curto prazo do interesse dos condôminos, inclusive se sobrepondo ao direito real de alienação fiduciária e ao interesse estatal na arrecadação de impostos, possibilitando a flexibilização da legislação pátria já consolidada, trazendo uma sutil mudança, mas que

abarca, na teoria, uma nova maneira de pensar do legislador e dos julgadores.

Verificou-se no entanto que a discussão não é aprofundada nas instâncias inferiores que não de julgamentos pelo Superior Tribunal de Justiça, o que acaba atrasando a efetividade da tutela pretendida e o caráter mediato de recebimento de tais valores, pois muitos magistrados não aplicam o entendimento da corte superior e acabam por tratar o crédito condominial, em especial o já vencido, como crédito concursal, submetendo-o à já conhecida morosidade do judiciário.

Por fim, chega-se a ponderação de que é necessário se aprofundar na discussão acerca da classificação do crédito condominial tanto na recuperação judicial quanto na falência, eis que institutos cada vez mais utilizados.

Destaca-se que o presente artigo não tem caráter exauriente, dado que, indubitavelmente, irão se deparar com diplomas legais concernentes a temas que envolvam natureza jurídica semelhante, mas pretende tecer reflexões sobre o tema que provoque outros e mais aprofundados estudos que possam colaborar com a efetivação da tutela jurisdicional relativa às situações fáticas enquadradas no tema, tendo em vista o caráter peculiar da questão, que deve ser mais discutida e compreendida no meio profissional e acadêmico.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Lei nº 11.101/2005. Lei de Falências e Recuperação Judicial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 10 de Outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 590.632/RJ, 4ª Turma. DF. 22 de outubro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 794.020/DF, 4º Turma. DF. 02 de fevereiro de 2010..

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.162.964/RJ, 3ª Turma. DF. 17 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.379.981/SP, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 5 de maio de 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.398.092-SC, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 6 de maio de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.534.433/SP, Decisão Monocrática Min. Paulo Tarso Sanseverino. DF.27 de Março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 794.029/DF, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 5 de fevereiro de 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa, v. 3, 2014.

DIAS. Everaldo Medeiros. Apontamentos de Direito Empresarial 3. 2014. No prelo.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Ed. Atlas. 3ª ed. São Paulo. 2006.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de direito comercial. Campinas: Russell, 2003. V. 3, T. 2.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RIBEIRO. Márcia Carla Pereira. Direito Empresarial. ed. rev. - Curitiba, PR: IESDE Brasil, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1997.

SOUZA, Francisco Satiro Junior. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei n. 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. Ed. São Paulo: MÉTODO, 2014.

NOTAS:

- [1] O método indutivo consiste em “[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.
- [2] Denomina-se referente “[...] *a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa*.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54. Negritos no original.
- [3] Entende-se por categoria a “[...] *palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia*.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25. Negritos no original.
- [4] Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.
- [5] Pesquisa bibliográfica é a “*Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.
- [6] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Ed. Atlas. 3ª ed. São Paulo. 2006. p. 97.

- [7] DIAS. Everaldo Medeiros. **Apontamentos de Direito Empresarial 3**. 2014. No prelo.
- [8] RIBEIRO. Marcia Carla Pereira. **Direito Empresarial**. ed. rev. - Curitiba, PR: IESDE Brasil, 2012. p. 105.
- [9] SOUZA. Francisco Satiro Junior. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei n. 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 222.
- [10] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**, v. 3, p. 231/232.
- [11] MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial**. Campinas: Russell, 2003. V. 3, T. 2. p. 126.
- [12] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1997. p. 176.
- [13] SOUZA. Francisco Satiro Junior. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- [14] BRASIL. Lei nº 11.101/2005. **Lei de Falências e Recuperação Judicial**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 10 de Outubro de 2017.
- [15] BRASIL. Lei nº 11.101/2005. **Lei de Falências e Recuperação Judicial**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 10 de Outubro de 2017.
- [16] DIAS. Everaldo Medeiros. **Apontamentos de Direito Empresarial 3**. 2014. No prelo.
- [17] BRASIL. Lei nº 11.101/2005. **Lei de Falências e Recuperação Judicial**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 10 de Outubro de 2017.
- [18] SOUZA. Francisco Satiro Junior. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 370.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.398.092-SC, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 6 de maio de 2014.

[20] TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.2: **direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 88

[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.379.981/SP, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 5 de maio de 2016
Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201301223104&dt_publicacao=12/05/2016. Acesso em: 13 de Dezembro de 2017.

[22] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 794.029/DF, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 5 de fevereiro de 2010. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8593380/recurso-especial-resp-794029-df-2005-0168739-9/inteiro-teor-13675203>. Acesso em: 13 de Dezembro de 2017.

[23] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.534.433/SP, Decisão Monocrática Min. Paulo Tarso Sanseverino. DF.27 de Março de 2017. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/444704286/recurso-especial-resp-1534433-sp-2015-0113557-5/decisao-monocratica-444704296?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 de Dezembro de 2017.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.534.433/SP, Decisão Monocrática Min. Paulo Tarso Sanseverino. DF.27 de Março de 2017. <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/444704286/recurso-especial-resp-1534433-sp-2015-0113557-5/decisao-monocratica-444704296?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 de Dezembro de 2017.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.162.964/RJ, 3ª Turma. DF. 17 de fevereiro de 2012. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21598069/recurso-especial-resp-1162964-rj-2009-0202429-1-stj/inteiro-teor-21598070?ref=juris-tabs>. Acesso em 13 de Dezembro de 2017.

[26] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 590.632/RJ, 4ª Turma. DF. 22 de outubro de 2013. Disponível

em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450047300/agravo-em-recurso-especial-aresp-1024279-sp-2016-0314094-4?ref=topic_feed. Acesso em 13 de Dezembro de 2017.

[27] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 794.020/DF, 4º Turma. DF. 02 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/444704286/recurso-especial-resp-1534433-sp-2015-0113557-5>. Acesso em 13 de Dezembro de 2017.

ANÁLISE DAS FERRAMENTAS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM FACE DA TIPOLOGIA DA LAVAGEM DE DINHEIRO

LEONARDO DAMIN FRANCISCO:
Advogado.

RESUMO: O presente trabalho visa estudar as ferramentas de cooperação jurídica internacional constantes do ordenamento jurídico pátrio, de modo a conhecer a estrutura de sua consubstanciação. Será necessário, também, entender o iter criminis do crime de lavagem de dinheiro, desvelando suas fases e consequências à sociedade. Por fim, far-se-á uma análise comparativa dos mais relevantes modelos normativos de cooperação internacional, a fim de selecionar os princípios e técnicas que podem contribuir positivamente para o aperfeiçoamento da persecução penal em matéria de branqueamento de capitais.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional; Lavagem de dinheiro; Direito Penal.

ABSTRACT: The present text aims to study the tools of international legal cooperation in the legal order of the country, in order to know the structure of its consubstantiation. It will also be necessary to understand the iter criminis of the crime of money laundering, revealing its phases and consequences to society. Finally, a comparative analysis of the most relevant normative models of international cooperation will be carried out, in order to select the principles and techniques that can contribute positively to the improvement of criminal prosecution in the field of money laundering.

Keywords: International Legal Cooperation; Money Laundering; Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. 2.1 CLASSIFICAÇÃO. 2.2 FONTES. 2.3 MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. 2.3.1 CARTA ROGATÓRIA. 2.3.2 AUXÍLIO DIRETO. 2.3.3 OUTROS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO PENAL

INTERNACIONAL. 2.4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EC N° 45/04 E PELA RESOLUÇÃO N° 9/05. 3. DA LAVAGEM DE DINHEIRO. 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS. 3.2 FASES DO TIPO PENAL. 3.3 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.683/12. 4. PARTICULARIDADES DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. 4.1 CORRELAÇÃO ENTRE LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIME ORGANIZADO. 4.2 RAZÕES DA RECENTE PRIORIZAÇÃO NA REPRESSÃO DA PRÁTICA. 4.3 DANO SOCIAL CAUSADO PELO CRIME. 4.4 INSTRUMENTOS UTILIZADOS NA CONSECUÇÃO DELITUOSA. 5. MODELOS NORMATIVOS DE COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL. 5.1 MODELO DA ONU. 5.2 MODELO DA UNIÃO EUROPÉIA. 5.3 MODELO DO MERCOSUL. 6. DO APERFEIÇOAMENTO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. 6.1 DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL . 6.2 EXIGÊNCIA DE DUPLA INCRIMINAÇÃO. 6.3 PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE . 6.4 ARROLAMENTO DAS GARANTIAS INCIDENTES SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA. 6.5 DEFINIÇÃO DA INICIATIVA. 6.6 DEFINIÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. 6.7 DEFINIÇÃO DOS FUNDAMENTOS PARA A RECUSA. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Assim como se desenrola, célere e inevitável, o curso do desenvolvimento histórico e tecnológico, trazendo consigo cada vez mais transformações e informações, assim também se procede o aperfeiçoamento das práticas delituosas, de modo a lograr maior êxito no crime e menor rastro na conduta. Nesse interim, é mister incrementar o ordenamento jurídico a fim de obstar a impunidade daqueles que com pujante requinte, conquanto atualizem-se diariamente em seu *métier*, desrespeitam as leis penais.

Diante disso, verifica-se a importância da constante atualização dos meios de repressão à criminalidade, simplificando-os e, por conseguinte, agilizando-os. Entretanto, realizar unicamente a reformulação da legislação pátria não mais se mostra suficiente, pois o caráter transnacional ao qual se imiscuiu o crime organizado, origina a necessidade de cooperação entre os Estados, com o intuito de absorver informações.

Essa complementaridade é demonstrada na medida em que fixa os limites em que o operador do Direito pode executar os atos processuais sem extrapolar os princípios da dignidade humana. Seria impensável admitir que o Estado, sob o pretexto de *vigiar e punir*, possuísse a prerrogativa autoritária de ignorar os direitos previstos na maioria das Consituições dos países ocidentais. Assim, a transnacionalidade do crime de lavagem de dinheiro dificulta a ação repressora do Estado, haja vista a comparação entre a rapidez com que um particular pode efetuar uma transação financeira internacional e a morosidade com a qual a Justiça tem de lidar para realizar diligências. A burocracia nesse caso poderia inviabilizar toda a ação penal, tendo em conta a facilidade dos grandes *white collar* em burlar a eficácia do poder punitivo estatal, procedendo impunemente suas operações.

Em contrapartida, há de se dizer, a lavagem de dinheiro, a despeito da recente criminalização, é praticada desde tempos longínquos da civilização, de modo que se afigura como a forma pela qual se financia boa parte de todas as atividades criminosas. Logo, evidente é a correspondência entre este e todos os outros crimes organizadamente executados. Uma organização criminosa estabelecida na América Latina pode armanezar ativos na Suíça e investí-los na Itália. Cada um dos países envolvidos não conseguiria *per se* frustrar o desencadeamento total do *iter criminis*.

Portanto, o trabalho aqui desenvolvido versará a respeito das ferramentas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando toda a matéria atinente à tipificação da lavagem de dinheiro, concluindo com a seleção dos principais itens presentes nos principais modelos normativos de cooperação jurídica internacional de ordem regional e global.

2. da COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Pode-se conceituar a cooperação jurídica internacional como ferramenta para solicitar a outro país alguma medida judicial, investigativa ou administrativa, necessária para um caso concreto em andamento, de acordo com a definição do Ministério da Justiça e Cidadania do Governo

Federal (2011). Há de se salientar o caráter de solicitação da cooperação internacional, tendo em conta a inexistência de jurisdição e competência no território de outro Estado. Tal característica sobrepõe a importância da reciprocidade nas relações interestatais, como se verá mais adiante.

O instituto da cooperação é sintetizado por Raul Cervini (2000, p. 51) como:

o conjunto de atividades processuais (cuja proteção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseca do auxílio requerido.

Etimologicamente, tem-se que o termo “cooperação jurídica internacional” possui abrangência não restrita à cooperação jurisdicional ou judicial, englobando, pois, a cooperação administrativa, entre órgãos investigatórios, os quais produzem também efeitos jurídicos (Soares, 2002, p. 136). Cumpre citar que, para a solicitação de cooperação jurídica, não se exige que o crime cometido seja de natureza internacional ou transnacional[1]. Exige-se, sim, que o ato a ser praticado seja transnacional.

Rege-se o Direito Internacional e o contexto das relações internacionais, de modo que os padrões normativos ou os acordos bilaterais e multilaterais determinarão requisitos e procedimentos de cooperação internacional.

A cooperação jurídica internacional se caracteriza pela expressão do valor solidariedade[2], partindo do princípio de que se reconheça a realidade do outro e a assunção de que seus problemas são capazes de receber uma resolução através da intervenção dos poderes públicos. Desta

forma, se reduzem as dificuldades que afetam o processamento da assistência, mediante a mutualidade das relações (Silva, 2006, p. 803). Entretanto, sustenta-se a existência de uma interação processual-funcional internacional, de modo que os Estados sofreriam a influência determinante dos tratados internacionais, multilaterais e bilaterais, submetendo-se, assim, a esta ordem jurídica comum. Haveria, portanto, não um procedimento restrito aos Estados, considerando-se assim o indivíduo dotado de direitos e garantias que possam, eventualmente, ser afetados pela realização das diligências e gestão das mesmas.

2.1 CLASSIFICAÇÃO

Pode-se classificar a cooperação jurídica internacional utilizando três critérios distintos: iniciativa da solicitação; qualidade de quem coopera; finalidade e procedimento (Bechara, 2011, p. 33). Em primeiro lugar, distingue-se a cooperação ativa da cooperação passiva. Na primeira, o Estado solicita a assistência, enquanto que, na segunda, o Estado é solicitado. Existe também a hipótese da comunicação espontânea, em que a própria autoridade estrangeira se propõe a comunicar outro Estado, cuja qualificação não se adstringe à cooperação ativa nem passiva.

Em segundo, é feita a diferenciação entre a cooperação entre autoridades judiciais e autoridades não-judiciais. No primeiro caso, de acordo com Irineu Strenger(2003, p. 248), ocorrem três capítulos: 1) a atribuição ou distribuição da competência internacional entre as judicaturas dos distintos Estados; 2) o cumprimento extraterritorial de medidas processuais ditadas pela judicatura de um Estado; 3) o reconhecimento e a execução extraterritorial de sentença proferida pelos juízes de um Estado estrangeiro. No segundo caso, há a cooperação jurídica administrativa.

2.2 FONTES

No Direito, existem as fontes materiais e formais. Estas se constituem no ordenamento jurídico vigente; aquelas, no entanto, são os acontecimentos históricos, políticos, sociais e econômicos que originam um processo de normatização (Terra, 2012, p. 8). A criação da Cruz Vermelha no século XIX, por exemplo, e as duas guerras mundiais no século seguinte desencadearam a evolução e o aperfeiçoamento do instituto da cooperação

jurídica internacional, na medida em que representaram a busca da comunidade internacional por meios que viabilizassem a paz mundial e o respeito aos direitos humanos. São, pois, fontes materiais da cooperação internacional. Já as fontes formais situam-se nos tratados internacionais, em matéria de Direito Internacional, assim como a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional vigente, no âmbito do Direito Interno (Cervini, 2000, p. 53).

Segundo Bechara (2000, p. 35), “a cooperação jurídica internacional pode decorrer tanto da promessa de reciprocidade por um Estado a outro, qualificando-se verdadeira cortesia, como também de um acordo formal ou de um costume internacional”. A respeito disso, inclusive, a Convenção de Viena de 1969 define o tratado como “um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a designação específica”.^[3]

No Direito brasileiro, além dos dispositivos constitucionais já oportunamente citados, a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, o Estatuto do Estrangeiro, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal também tratam da cooperação internacional. A LINDB define as regras concernentes à aplicação de lei estrangeira, notadamente nos artigos 13 e 17.^[4] O Estatuto do Estrangeiro institui, dentre outros, o processo de extradição.

O Novo CPC inovou em matéria de cooperação internacional em relação ao CPC de 1973. O Título II do dispositivo legal trata sobre o tema, estabelecendo, dentre outros, o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente, a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, a publicidade processual e a existência de uma autoridade central. Trata, ainda, dos institutos do auxílio direto e da carta rogatória. O CPP, por sua vez, dispõe nos artigos 780^[5] e seguintes a respeito do procedimento de homologação das sentenças estrangeiras e da carta rogatória.

2.3 MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

2.3.1 CARTA ROGATÓRIA

A carta rogatória é o modo pelo qual se solicita a prática de diligência à autoridade central estrangeira, geralmente utilizada a fim de comunicar atos processuais. Faz-se necessário no sentido de auxiliar a instrução processual, requisitando a produção de provas ou outros termos processuais. O artigo 6º da resolução 9 do Superior Tribunal de Justiça estipula a obrigatoriedade de que a *exequatur* da Carta Rogatória deve manter perante a ordem pública e da soberania do Estado requerido. Há, portanto, de se realizar uma análise prévia do pedido, com a devida verificação de eventuais problemas atentórios à soberania do pólo passivo da cooperação internacional.

De acordo com o Ministério da Justiça (2012), existem dois modelos de Cartas Rogatórias: a realizada pela via diplomática e a que, por sua vez, é baseada nos tratados internacionais. Esta se realiza mediante a estrita convenção do tratado internacional assinado. Desse modo, a Autoridade Central deve observar todos os requisitos do pedido contido para, após a aprovação, colher e remeter todas as provas colhidas à Autoridade Central estrangeira, cuja incumbência será a de apreciar a solicitação. No modelo diplomático, entretanto, inexistente a convenção de tratado. Assim, o pedido segue pela representação diplomática, a qual encaminhará ao órgão competente para cumprir o pedido. No Brasil, a Carta Rogatória geralmente é de competência do Ministério da Justiça, com exceção de alguns casos em que cabe à Secretaria Especial de Direitos Humanos e à Procuradoria-Geral da República.^[6]

2.3.2 AUXÍLIO DIRETO

O auxílio direto se constitui como a assistência relacionada a meros atos administrativos. Caracteriza-se, segundo Rômulo Rhemo (2010, p. 6), pelo funcionamento delimitado pelo que foi convencionado nos tratados, assim como a capacidade de propor abertura de novas ações em outras jurisdições, além da dispensabilidade do juízo de deliberação por parte do STJ.^[7]

2.3.3 OUTROS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Há outros mecanismos menos utilizados, não obstante serem tão importantes quanto os instrumentos supracitados. Quais sejam, a transferência de presos e processos, a homologação de sentença estrangeira e a extradição (Ministério da Justiça e Cidadania, 2011).

Na primeira, nota-se a subdivisão em transferência de presos e transferência de processos. Nesta, revela-se a importância da observação de todos os procedimentos judiciais realizados, vinculando-os ao ordenamento jurídico do Estado requerido, a fim de verificar a possibilidade de tramitação neste. Naquela, por sua vez, ocorre uma decisão conjunta em que o condenado, se assim desejar, pode transferir a execução de sua pena para outro país. Já a homologação de sentença estrangeira é utilizada com o propósito de tornar efetiva determinada decisão judicial transitada em julgado em Estado estrangeiro.

Enfim, a extradição se define pela cooperação por meio da qual se requer a localização, busca, aprisionamento e devolução de pessoa processada e julgada pelo Estado requerente. Para tanto, toma-se por base o disposto em tratados bilaterais ou multilaterais, além, é claro, na promessa de reciprocidade de tratamento nas relações interestatais. Analisa-se, pois, se há o preenchimento de todos os requisitos ou se existe alguma causa discricionária ou diplomática que torne inviável o procedimento.

2.4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EC Nº 45/04 E PELA RESOLUÇÃO Nº 9/05

O Brasil, tendo em vista a complexidade dos processos em investigar, processar, julgar e punir os grupos criminosos organizados, carecia de um avanço no tema da cooperação jurídica internacional. Embora fosse signatário de diversos tratados e convenções internacionais, o país era incapaz de prover e obter assistência internacional.

Nesse sentido, seria oportuno citar um caso ocorrido no Brasil a esse respeito, o qual é narrado pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional no Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos (2012, p. 28):

Há menos de oito anos, o Judiciário brasileiro tinha uma interpretação no sentido de que as cartas rogatórias não podiam ser utilizadas para quebrar sigilos legais, tais como dados bancários, a menos que houvesse previsão em tratado ou decisão final judicial.

Em uma carta rogatória, recebida em 2003, a autoridade judiciária na Suíça pediu cooperação à autoridade judiciária brasileira para investigar tráfico de mulheres brasileiras para a Suíça. Já sabíamos que o tráfico de seres humanos, principalmente de mulheres, abduzidas e escravizadas no seio do mundo que se considera civilizado, é dos mais abomináveis, execráveis e odiosos crimes que tomam proveito da incapacidade da efetiva Cooperação Jurídica Internacional entre os Estados. Pretendiam os suíços obter informações de contas bancárias localizadas no Brasil e o sequestro de bens dos acusados – medidas essenciais para o desmantelamento daquela organização criminosa.

Não obstante a severidade do caso, indeferimos o fornecimento das pretendidas informações bancárias, sob o fundamento de que as 'diligências de sequestro de bens e quebra de sigilo de dados, além de atentar contra a ordem pública, possuem caráter executório, o que inviabiliza a concessão de *exequatur*'. Assim, por uma inexplicável lógica interpretativa, somente atribuível a um territorialismo exarcebado, considerávamos que a prestação de informações bancárias essenciais à investigação, em outro país, de

crimes como o tráfico de seres humanos atenta contra a ordem pública.

Dentre as alterações[8], há contribuições positivas, como a possibilidade do *exequatur* de medidas executórias em cartas rogatórias ter por objeto atos decisórios e não decisórios, a tutela antecipada em homologação de sentenças estrangeiras, o auxílio direto nos casos de inadequação de delibação da decisão estrangeira e a autorização de medida executória em carta rogatória sem prévia oitiva da parte interessada. As medidas supracitadas inovam no sentido de flexibilizar as ferramentas da cooperação internacional, tornando-as mais práticas e funcionais ao processo, em razão da dispensa de grandes solenidades.

3. da LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A prática da lavagem de dinheiro remonta a tempos longínquos, já que comerciantes na China há mais de 3000 anos, na tentativa de proteger seus bens contra os detentores do poder a faziam. Nos EUA a edição de um lei em 1919, cujo conteúdo proibia estritamente o transporte, venda ou produção de qualquer tipo de bebida com teor alcoólico superior a 0,5%, desencadeou uma espécie de mercado clandestino e, por conseguinte, imenso fortalecimento do crime organizado (História do Mundo, 2010). Em 1933, a despeito da revogação da Lei Seca, com o direcionamento da máfia a outras atividades igual ou superiormente rentáveis, a prática da lavagem de dinheiro passou a ampliar-se, tanto no tocante a valores, quanto no que tange ao requinte do *modus operandi*. Nesse interim, o governo americano, primeiramente em 1970, estipulou que as transações superiores a dez mil dólares deveriam ser comunicadas pelas instituições financeiras, a fim de estabelecer o caminho por onde o dinheiro passava; em 1986, finalmente, houve a real criminalização da prática, com sua tipificação. Mais adiante se verá detalhadamente o modo como o crime organizado nos EUA se fortificou e, mais que isso, criou técnicas de branqueamento de capitais utilizadas e combatidas até hoje.

Na Itália, a máfia dominava as ações criminosas, no período que ficou conhecido como os “anos de chumbo”. As Brigadas Vermelhas, um dos grupos mais conhecidos, sob forte influência marxista-leninista, realizaram uma série de sequestros com o propósito de enfraquecer o Estado. (Storie d'Italia, 2013). Em 1978, porém, com o sequestro de Aldo Moro, influente político e iminente presidente italiano, e a consequente comoção nacional e repercussão internacional, o governo edita o Decreto-lei nº 59, por meio do qual se introduziu no Código Penal o artigo 648 *bis*. Dispunha este que a substituição de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro constituía crime.

No Brasil, tem-se a assinatura da supracitada Convenção de Viena, em 1998, e a aprovação da Lei 12.683, que tipifica o crime de lavagem de dinheiro, revogou o rol taxativo de crimes antecedentes necessários, resultando disto que todos os tipos penais previstos no Código Penal serão considerados crimes antecedentes.

3.2 FASES DO TIPO PENAL

Doutrinariamente, se estabelecem três fases na prática do crime de lavagem de dinheiro (Galvão, 2014, p. 11). São elas a ocultação, a dissimulação e a integração. Na primeira, o dinheiro é desvinculado de sua origem ilícita, mediante sua introdução no sistema financeiro. Tal colocação pode ser feita, de acordo com Rômulo Rhemo, “através das instituições financeiras tradicionais (como bancos e cooperativas), das instituições financeiras não-tradicionais (como casas de câmbio e cassinos) e por meio da introdução na economia diária (como em restaurantes, bares, hotéis e empresas aéreas) (Braga R. R., 2010, p. 11).

Já na segunda, são efetuadas diversas transações e operações financeiras sucessivas, visando a dificultar o rastreamento do dinheiro e seu afastamento da fonte irregular. Opera-se dessa forma através de bancos internacionais, contas e diferentes tipos de investimento. Por fim, o dinheiro regressa aos criminosos, para que enfim haja o usufruto dos valores. A fim de não levantar suspeitas, os valores são investidos em luxo, investimentos

imobiliários e aplicações em empresas. Entretanto, não obstante a doutrina classifique as ações em três fases distintas, tal divisão não é absoluta, podendo por vezes acontecer a conclusão de todo o *iter criminis* mediante uma única operação.

3.3 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.683/12

A Lei 12.683/12, que altera a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), tornou mais eficiente a persecução penal no caso desses crimes.^[9] A lei estabeleceu que mesmo que houvesse extinta a punibilidade do crime antecedente, pode se configurar a lavagem de dinheiro. Define, também, que o juiz poderá decretar medidas assecuratórias sobre os bens, direitos ou valores que sejam instrumento, produto ou proveito do crime de lavagem de dinheiro ou de infrações antecedentes, podendo estes estar em nome do investigado, do acusado ou de pessoas interpostas.

Nesse sentido, Márcio Adriano assim versa sobre a inovação legislativa:

“O arcabouço legislativo brasileiro, cujo primeiro diploma legal que tratou do tema é datado de 1998 (Lei nº 9613), foi objeto de reforma em 2012, por meio da Lei nº 12.863/2012), representando hoje um marco legislativo nacional que atende, em grande parte, às necessidades legislativas para o combate à lavagem de dinheiro, seja sob a perspectiva penal, processual penal (incluindo aí o importante tratamento da alientação antecipada), bem como medidas que permitam a estruturação do sistema nacional de prevenção à lavagem de dinheiro.”

Há, ainda, segundo o COAF (Conselho de Controle das Atividades Financeiras, 2014), a inclusão de novos sujeitos obrigados, como, por exemplo, “cartórios, profissionais que exerçam atividades de assessoria ou consultoria financeira, representantes de atletas e artistas, feiras, dentre outros”. Logo, percebe-se a colaboração que a legislação deu ao incrementar dispositivos que fortalecem o combate ao crime de lavagem de

dinheiro, tornando a investigação e o processamento dos criminosos mais célere e eficaz.

4. particularidades do crime de lavagem de dinheiro

4.1 CORRELAÇÃO ENTRE LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIME ORGANIZADO

Nos EUA, a Lei Seca contribuiu na construção do aporte do crime organizado no país. A clandestinidade aliada à desmoralização da lei, gerou um mercado de fornecimento que movimentava milhões de dólares, constituindo aumento no patrimônio e no poder das organizações criminosas que o exploravam (Carli, 2006, p. 75). Logo, a despeito de operar na ilegalidade, o crime organizado detinha sofisticação administrativa e logística. Entrementes, surge Al Capone^[10]. Em 1931, Alphonse Capone acabou, no entanto, preso; e em 1933, a lei, revogada. Porém o crime organizado não interrompeu suas ações – simplesmente as redirecionou. Em busca de novas alternativas, as quais oferecessem grandes quantidades de dinheiro vivo rapidamente, o crime explorou as casas de jogos e o tráfico de substâncias entorpecentes. Nesse contexto, as lavanderias usadas pelos criminosos não mais se mostravam suficientes, haja vista a proporção que tomou o crime organizado (História do Mundo, 2010). A máfia criou, pois, seu próprio sistema financeiro, alheio aos controles fiscais e monetários. Tal ação foi proposta por Meyer Lansky, aliado de Al Capone. Lansky sabia da necessidade de adequar a prática da lavagem de dinheiro. Para tanto, iniciou uma forma de esconder e conduzir o fluxo de dinheiro no que hoje é denominado "*offshore*"^[11].

Lansky, então, aperfeiçoou a técnica do *loan-back* – ou, emprestar de volta. Primeiro, se transferia o dinheiro para o exterior, através de títulos de propriedade nominada, títulos ao portador ou, simplesmente, passagens aéreas em branco. No exterior, os ativos eram mantidos em contas bancárias secretas. A Suíça, célebre paraíso fiscal, possuía rígidas leis de sigilo bancário. Era, pois, o destino dileto dos grupos criminosos. Deste modo, o iniciador do ciclo solicitava um empréstimo ao banco suíço,

pagando juros – a ninguém menos que a si mesmo-, os quais seriam abatidos como custos do negócio, possibilitando, portanto, a regular declaração ao Fisco.

Aqui nota-se a importância que a configuração do processo de cooperação jurídica internacional possui sobre a persecução penal. A disforme legislação internacional de repressão aos crimes fiscais possibilitou o enriquecimento de grupos criminosos. Os lucros, por sua vez, incentivaram a ampliação do negócio. James Harmon Jr. (1999, p. 1), antigo Diretor Executivo e Conselheiro-chefe da Comissão Presidencial sobre o crime organizado, explica que

com a significativa influência econômica doméstica e internacional exercida pelo crime organizado, a lavagem de dinheiro havia se tornado um elemento indispensável das atividades mafiosas. Sem a capacidade de movimentar e de esconder sua enorme riqueza, o crime organizado não teria jamais se convertido na ameaça que então representava. Os cartéis de drogas teriam podido operar apenas em níveis muito inferiores aos de então e com muito menos flexibilidade, caso não tivessem feito uso da lavagem do dinheiro. Além disso, a confluência de riqueza ilícita, misturando-se ao fluxo de comércio legítimo, havia criado uma elite de criminosos que se pensavam intocáveis.

Semelhantes instrumentos são utilizados desde então até a atualidade. Desde a colaboração do banco britânico HSBS aos cartéis do México e da Colômbia, até o financiamento das ações terroristas do *Isis*, diversificando-se, dentre outros, entre depósitos de dinheiro em espécie e domínio de regiões petrolíferas, a lavagem de capitais possui relação intrínseca com o crime organizado.

No Brasil, o grupo Primeiro Comando da Capital (PCC) recorre a diversas formas de “lavar” o dinheiro obtido com o tráfico de drogas. Cita-se a movimentação intensa de valores entre R\$ 500,00 e R\$ 1.500,00 em

contas bancárias abertas em nomes de parentes e “laranjas”. Os instrumentos, todavia, não se limitam a isso. O grupo se utiliza de lojas de carros e motocicletas para simular faturamentos, bem como em hotéis, postos de gasolina, linhas de micro-ônibus e no mercado imobiliário. Com os hotéis, diga-se, é comum declarar na contabilidade um número de hóspedes superior ao real. O Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro de São Paulo identificou, inclusive, negociações com integrantes da máfia japonesa Yakuza, mafiosos italianos, russos, libaneses suspeitos de ligação com ações terroristas (Jornal GGN, 2010).

Cabe salientar que, no crime cujo núcleo se define por “ocultar” e “dissimular”, qualquer base estatística torna-se, ao menos, duvidosa. Portanto, é de se presumir que o montante auferido pelo crime organizado tende a ser maior que o apurado. Torna-se, pois, inimaginável a proporção de riqueza que a lavagem de dinheiro rende a grupos criminosos que exploram a pobreza, a dependência química e a prostituição. Há de se salientar, portanto, que a repressão, tanto aos grupos criminosos quanto aos agentes financeiros que colaboram com seu financiamento, deve ser enrigecida, trabalhando em conjunto com a adequada cooperação jurídica internacional. Isso somente poderá ser construído com a adoção de medidas de cooperação internacional que possibilitem a comunicação entre as autoridades persecutórias, a fim de compartilhar dados referentes à operações financeiras duvidosas, funcionalidade de grupos criminosos e afins.

4.2 RAZÕES DA RECENTE PRIORIZAÇÃO NA REPRESSÃO DA PRÁTICA

A história da criminalização da lavagem de dinheiro é constituída gradativamente, observado o critério do bem jurídico tutelado pela norma. Inicialmente, na Itália, a criminalização da conduta visava o combate à onda de sequestros, roubos e extorsões praticada pela máfia. Nos Estados Unidos, a seguir, a repressão se voltou ao tráfico de drogas, mancomunado ao crime organizado. Posteriormente, tratou-se de codificar a matéria em tratados internacionais e prosseguiu, de forma progressiva, se estruturando de forma igualitária em vários países (Braga J. T., 2007).

Por este caminho, seguiu evoluindo de modo a ampliar o rol de crimes antecedentes. Formou-se, pois a legislação de *primeira geração*, cujo antecedente era unicamente o tráfico de drogas. Após isso, houve a reformulação para o surgimento da legislação de *segunda geração*, a qual delimitou um leque de infrações antecedentes. Enfim, chega-se à legislação de *terceira geração*, em que não mais há referência a crimes antecedentes em espécie (Carli, 2006, p. 64).

A respeito da ampliação da margem de antecedência da lavagem de dinheiro, o juiz federal Sérgio Fernando Moro (2010, p. 36) assim se posiciona:

A eliminação do rol apresenta vantagens e desvantagens. Por um lado facilita a criminalização e a persecução penal de lavadores profissionais, ou seja, de pessoas que se dedicam profissionalmente à lavagem de dinheiro. (...) Por outro lado, a eliminação do rol gera certo risco de vulgarização do crime de lavagem, o que pode ter duas consequências negativas. A primeira, um apenamento por crime de lavagem superior à sanção prevista para o crime antecedente, o que é, de certa forma, incoerente. A segunda, impedir que os recursos disponíveis à prevenção e à persecução penal sejam focados na criminalidade mais grave.

Há, portanto, nítida preocupação em combater não determinada conduta do criminoso – mas em combater o lucro resultante de outras condutas criminosas. De acordo com as lições de Foucault, os malefícios de um crime à sociedade se manifestam na desordem que lhe acarreta: o mau exemplo, a impunidade que ao invés de desestimular incentiva (Foucault, 1987, p. 66). A punição, pelo que se segue, há de ter utilidade e ter em vista as consequências do crime. Na lavagem de dinheiro, por conseguinte, busca-se punir o crime que é altamente rentável e atrativo a quem o comete.

4.3 DANO SOCIAL CAUSADO PELO CRIME

O Fundo Monetário Internacional (FMI) estima que em 1998 cerca de 2 a 5% do PIB mundial possui relações com a lavagem de dinheiro (Fundo Monetário Internacional, 2001). Entretanto, a par do caráter do crime, é inviável crer na precisão desses números.

Pelo contrário: além dos lucros provenientes do crime, há também a sofisticação pela qual é realizada a circulação de bens oriundos de ilicitudes, a infiltração de criminosos no âmago da máquina estatal, o domínio econômico dos meios de produção e, por fim, a transnacionalização das ações delituosas. Todos esses fatores concretizam dano à estrutura da sociedade. Um relatório do Banco Interamericano de Desenvolvimento, relativo ao Progresso Social e Econômico na América Latina, estabelece quatro implicações fundamentais do crime de lavagem de dinheiro. Quais sejam: as distorções econômicas; o risco à integridade e à reputação do sistema financeiro; a diminuição dos recursos governamentais; e as repercussões socioeconômicas.

Em primeiro lugar, compreende-se que a lavagem de dinheiro, quando realizada por intermédio de investimento em determinada empresa ou setor de atividade, de forma alguma objetiva auferir lucros – objetiva, sim, disfarçar a fonte ilícita do capital. Desse modo, não raro o crime organizado direciona seus investimentos a atividades ineficientes e pouco atrativas a investidores reais. O que se segue é que essas empresas acabam oferecendo produtos a preços inferiores aos de mercado ou, mesmo, inferiores aos custos de produção, invalidando assim a livre concorrência. Tal distorção dos preços acarreta graves problemas macroeconômicos, tendo em vista a instabilidade monetária e a alocação dos recursos na economia (Banco Interamericano de Desenvolvimento relativo ao Progresso Social e Econômico na América Latina, 2006).

Em segundo, tem-se que com a transferência de grandes somas de dinheiro a um banco e seu rápido desaparecimento, o que se origina são problemas de liquidez e uma “corrida” aos bancos, cujo efeito pode ser o da quebra dos bancos, recessão e crises financeiras. Ademais, o

envolvimento das instituições financeiras com a lavagem de dinheiro é extremamente negativo para a reputação dos bancos, o que ocasiona redução das oportunidades lícitas (e sedução por atividades delituosas). Em terceiro, a lavagem de dinheiro estorva a arrecadação tributária, haja vista a fraude na declaração dos rendimentos. Por um silogismo, portanto, por agir na clandestinidade, o crime organizado deixa de repassar os impostos devidos às transações realizadas, diminuindo assim a receita tributária do Estado.

Por fim, existem repercussões socioeconômicas advindas da prática da lavagem de dinheiro. As hipóteses supracitadas, inclusive, são exemplos disso. Há, também, os custos do sistema penal na repressão ao crime, bem como as complicações sociais inerentes ao domínio do crime organizado. Existe, por sua vez, a ligação entre a lavagem de dinheiro e a corrupção – a cooptação de agentes políticos e financeiros, cujos efeitos são devastadores para um país. Some-se a isso a vulnerabilidade dos sistemas financeiros de países emergentes: a multiplicação da miséria torna-se iminente.

4.4 INSTRUMENTOS UTILIZADOS NA CONSECUÇÃO DELITUOSA

O Banco do Brasil (2017) classifica as “múltiplas operações financeiras e comerciais realizadas de forma articulada pelos lavadores de dinheiro”, quais sejam: a utilização de empresas de fachada ou fictícias, mesclando recursos ilícitos às receitas empresariais; operações financeiras fraudulentas, através de importações e exportações, compra de ativos, contrabando de moeda em espécie e transferências eletrônicas; ou, ademais, em circunstâncias mais simplórias, como a utilização de ‘laranjas’ ou cumplicidade de agentes internos.

Há de se salientar, existem ainda outras práticas de lavagem de dinheiro – a despeito de ainda outras que poderá se conhecer.

5. MODELOS NORMATIVOS DE COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

5.1 MODELO DA ONU

O Escritório das Nações Unidas de Drogas e Crime elaborou um documento^[12] que delimita a conceituação dos instrumentos de cooperação internacional, de modo a promover a sistematização global do ordenamento jurídico concernente à matéria.

Este documento tem conceitos como a autoridade central, o alcance da cooperação internacional, além do objeto da cooperação. Explicita, desta forma, as hipóteses cabíveis e os meios como elas serão feitas. Somado a isso, o documento define que a não solicitação mediante a autoridade central não invalida o pedido, possibilitando, mesmo, a comunicação espontânea através de autoridade competente. Indica, ainda, a lei do Estado requerente como lei aplicável, com exceção dos casos em que se desrespeitem os princípios fundamentais do Estado requerido (United States Office on Drugs and Crime, 2007).

Já quanto à recusa da solicitação, o documento classifica em recusa sem razões específicas e recusa fundada na preservação da soberania do Estado requerido. Ambas, há de se dizer, constituem-se evidentes anacronismos, tendo-se em mente a imprescindibilidade da cooperação jurídica internacional no combate ao crime organizado (Bechara, 2011, p. 162).

5.2 MODELO DA UNIÃO EUROPÉIA

No âmbito da União Européia, de acordo com Rosa Ana Moran Martinez(2003, p. 384),

a cooperação judicial internacional sempre se mostrou pouco ativa, lenta e exclusivamente formalista. São muitos os fatores que dificultam a sua eficiência, tais como as implicações de soberania, as

diferenças entre os sistemas penais e processuais dos distintos Estados, as barreiras idiomáticas e a lentidão dos tradicionais instrumentos de cooperação.

Quanto a isso, a solução apresenta o princípio do reconhecimento mútuo, de modo que haja efetivamente a cooperação recíproca entre os Estados nas ações de investigação e processamento de criminosos. Assim, evita-se que os infratores não se refugiem em outro Estado, nem tampouco que as decisões tomadas por um Estado membro se tornem inférteis fora de sua jurisdição.^[13] Todavia, há de se citar os parâmetros para a aplicação do princípio definidos pelo Conselho da Europa, em Nice em 2000 (Conselho Europeu de Nice, 2000). Quais sejam: a limitação do reconhecimento de determinadas resoluções a um número limitado referente a infrações graves e a manutenção da supressão do princípio da dupla incriminação como condição para o reconhecimento; o estabelecimento de mecanismos de proteção ao direito de terceiros, vítimas e suspeitos; a definição de normas comuns para facilitar a aplicação do princípio, como, por exemplo, em matéria de competência jurisdicional; a execução direta ou indireta da decisão e o estabelecimento de, em cada caso, procedimentos de validação; o estabelecimento de uma lista de motivos de recusa do reconhecimento ou execução, como a aplicação do princípio que veda o *bis in idem*; a determinação da responsabilidade dos Estados em caso de recusa ou em caso de prejuízos a terceiros, assumindo os gastos.

Insta ressaltar que a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo contém a condicionante da correta observância dos direitos humanos. Dessa maneira, o respeito aos direitos do acusado e da vítima é imprescindível à colaboração jurídica internacional.

5.3 MODELO DO MERCOSUL

O Modelo normativo do Mercosul^[14] explicita uma característica que o distingue da maioria dos modelos existentes: a não exigência da dupla incriminação. Portanto, mesmo que a conduta *in casu* não se configure em crime no Estado requerido. Tem-se, também, a delimitação do objeto da cooperação, que não raro se constituirá em notificação de atos

processuais e na recepção e produção de provas necessárias (Cervini, 2000, p. 151).

No que se refere à recusa da assistência, cite-se mais uma distinção do modelo, a qual possibilita a denegação referente a crimes tributários. No mais, o modelo mantém muito do que caracteriza os outros modelos internacionais, em se tratando da forma e do conteúdo requisitados na solicitação de cooperação jurídica internacional. Por fim, a aplicação do princípio da especialidade, o qual estabelece que as informações e provas obtidas na investigação somente se poderão aplicar ao processo indicado na solicitação, a menos que o Estado requerido consinta previamente em contrário.

6. DO APERFEIÇOAMENTO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Existem fatores que podem tornar o procedimento da cooperação jurídica internacional mais ágil e eficaz. A configuração de um padrão normativo universal concernente à matéria necessita da definição de elementos que a constituam.

6.1 DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL

No que tange à cooperação internacional, a definição da lei aplicável se refere à lei em sentido material e à lei em sentido formal. No sentido formal, contudo, apesar de o Código de Bustamante definir a aplicação da lei processual do Estado requerido, não a define como regra, possibilitando aos Estados a estipulação da forma oportunamente mais adequada. Porém, de modo a preservar a utilidade da prova, compreende-se mais indicada a orientação de que a assistência deve se pautar de acordo com os meios praticados pela lei do Estado em que se desenrola o processo, não obstante haver os limites principiológicos do Estado requerido (Bechara, 2011, p. 173).

6.2 EXIGÊNCIA DE DUPLA INCRIMINAÇÃO

A exigência de dupla incriminação consiste no requisito de que a conduta deve se configurar crime tanto no Estado requerente quanto no Estado requerido, a fim de que possa haver a cooperação jurídica internacional. Comumente, tal exigência é afastada na medida em que a solicitação de assistência não constitua ato coercitivo, tratando-se, com efeito, de garantia fundamental no âmbito da cooperação internacional. Logo, na requisição de provas, entende-se desnecessária a aplicação deste princípio, já que não afetados os direitos fundamentais do indivíduo^[15].

6.3 PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

As provas obtidas mediante cooperação internacional estão adstritas ao processo indicado na solicitação, salvo quando o Estado requerido consentir previamente em contrário. Eventual descumprimento do exposto pode acarretar a não-concessão de auxílio futuro. No entanto, pode-se classificar as provas em pessoais e documentais. No primeiro caso, a prova obtida mediante testemunho, por exemplo, caso utilizada em processo diverso daquele ao qual foi produzida, redundaria em não-observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tornando o elemento probatório inútil. Já na prova documental, sua produção ocorreria alheia ao processo, possibilitando o exercício posterior do contraditório. Logo, tem-se que a anuência do princípio no caso de prova documental não tem o condão de desqualificá-la. Quanto à prova pessoal, pelo contrário, pode descaracterizá-la, preservando esta apenas seu caráter informativo, mas não probatório.

6.4 ARROLAMENTO DAS GARANTIAS INCIDENTES SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA

A cooperação jurídica internacional não envolve somente o combate ao crime, mas também a possibilidade de defesa de determinado acusado e sua capacidade de possuir direitos nesse interim. Deste modo, a persecução penal deve respeitar um marco delimitado de garantias, quais sejam: o direito à prova, no sentido de prover o processo de material probatório ou

elementos de informação; a presunção de inocência, não excluindo o direito ao silêncio e princípio da não-incriminação; o contraditório, possibilitando às partes a participação na produção das provas testemunhais; a igualdade de armas, de modo que os instrumentos de cooperação internacional sejam utilizados tanto ao acusar quanto ao defender; o exercício do direito de defesa, salientando a imprescindibilidade da nomeação de defensor na produção de prova no exterior; o duração razoável do processo, a fim de agilizar – ou ao menos delimitar o curso temporal – o procedimento da atividade probatória desenvolvida no estrangeiro; a nomeação gratuita de intérprete; a exigência de previsão legal e controle judicial nas medidas restritivas à intimidade e à vida privada, de modo a resguardar as garantias anteriores, podendo ser efetivada mediante análise prévia ou revisão judicial posterior.

Pode-se, portanto, realizar o juízo de deliberação limitando-se à verificação do respeito ao marco de garantias supracitado, afigurando-se desnecessária a apreciação de outros elementos.

6.5 DEFINIÇÃO DA INICIATIVA

No processo penal, o direito à prova assiste ao Estado, mediante atuação do Ministério Público e pela autoridade policial, ao réu e à vítima, ambos representados por seus respectivos defensores ou, se for o caso, em caráter de assistente de acusação.

A iniciativa da cooperação internacional para fins probatórios, portanto, segue a mesma diretriz. Tem-se assim que o juiz utiliza da assistência jurídica como meio instrutório, porém não realiza a iniciativa de ofício, sob pena de quebra da inércia jurisdicional. Logo, consoante as palavras de Badaró, “o risco de perda da imparcialidade pelo juiz está na figura do juiz pesquisador, não se confundindo com a hipótese em que o juiz, diante da notícia de uma fonte prova, determina a produção do meio de prova necessário” (2015, p. 119).

6.6 DEFINIÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

Os procedimentos da cooperação jurídica internacional definem-se de acordo com a natureza do ato instrutório a ser realizado, quais sejam, se meio de obtenção de prova, meio de prova ou elemento de informação (Toffoli, 2008, p. 10).

No primeiro caso, tem-se que caso haja restrição a direito fundamental, a produção de meios de obtenção de prova deve sofrer delibação judicial no Estado requerente, a fim de se verificar a necessidade e a possibilidade do feito, atendendo os requisitos da proporcionalidade. Nesses casos, a comunicação pode ser direta entre as autoridades judiciais, ou indireta através das autoridades centrais de cooperação jurídica. No segundo, há também a necessidade de delibação judicial, todavia nesta se infere tão-somente a pertinência e relevância do objeto em questão. O modo de comunicação é similar ao do item supracitado.

Finalmente, quando se tratar de elemento de informação, não é exigível qualquer intervenção judicial, haja vista a não qualificação do objeto como prova judicial no ordenamento processual penal.

6.7 DEFINIÇÃO DOS FUNDAMENTOS PARA A RECUSA

Para que haja efetiva cooperação jurídica entre os Estados, faz-se necessário que os fundamentos para a recusa estejam delimitados de forma clara, a fim de evitar arbitrariedade na apreciação das solicitações. Assim, tem-se que a recusa pode ser motivada pela violação a ordem pública ou da soberania nacional do Estado requerido.

No primeiro caso, a defesa da ordem pública, evidentemente, está vinculada aos fundamentos constitucionalmente estabelecidos pelo Estado. Não é admissível, por conseguinte, que se recuse a assistência devido à diversidade dos sistemas processuais, à indecisão quanto à lei aplicável ou ao caráter executório da solicitação.

No segundo caso, há de se levar em conta a interdependência entre os Estados, de modo que inexistente violação da soberania nacional quando

coexiste tratado internacional assinado pelo país. Há, portanto, um padrão normativo universal, o qual disciplina as relações, possibilitando ampla comunicação entre as autoridades centrais de cooperação jurídica, afastando-se assim o fundamento arbitrário da soberania nacional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O francês Voltaire, personagem máxima do Iluminismo do século XVII, preconizou sabiamente que 'devemos julgar um homem mais pelas suas perguntas que pelas suas respostas'. Nesse sentido, surge a oportunidade de ressaltar que o presente estudo não visa, de forma alguma, esgotar a matéria, vide sua amplitude. Pelo contrário: nosso objetivo principal é o de ampliar, cada vez mais, os debates acadêmicos, cujo resultado é o aperfeiçoamento contínuo dos instrumentos processuais, porque entende-se que a busca por novas formas de se operar o Direito perpassa necessariamente pelos caminhos da dialética. Portanto, o estudo aprimora a prática.

Pode-se neste ponto propor soluções que agreguem maior eficácia e celeridade ao procedimento da cooperação jurídica internacional. A definição do marco de garantias individuais em assistência internacional, do objeto, da iniciativa, dos procedimentos e da recusa afiguram-se extremamente importantes para a constituição de um padrão normativo. Este, inclusive, pode globalizar seus métodos a fim de uniformizar a matéria. Havendo a adequada normatização dos dispositivos de cooperação internacional, diminui-se a margem de discricionariedade das autoridades na concessão de auxílio a países solicitantes. Logo, dá-se maior segurança jurídica ao instituto, de modo a evitar a existência de Estados "nebulosos", como os paraísos fiscais, em que os grupos criminosos encontram ampla possibilidade de disseminar os ativos advindos de atividades ilícitas.

Fez-se, no presente, a apresentação dos aspectos fático-históricos do crime de lavagem de dinheiro, porquanto a interpretação da tipificação penal somente seria suficientemente possível na medida em que se demonstrassem os itens historicamente relevantes da conduta. Ao analisar o tópico, nota-se o incontrolável aumento na prática da lavagem de

dinheiro, configurando-se esta hodiernamente como o meio de financiamento e remuneração das atividades dos grandes grupos criminosos. Atualmente, a lavagem de capitais é essencial para o funcionamento dessas corporações, pois que sustenta seu patrimônio e dissimula sua origem, de forma que a compreensão acerca de suas fases torna-se crucial para a apreensão de suas finalidades.

O estudo sobre os danos sociais por ele ocasionados, os instrumentos rotineiros por ele utilizados, e, finalmente, sua estrita relação com os grupos criminosos organizados é essencial para que se delimitem os parâmetros da extensão contextual delituosa. Somente assim será viável a identificação da estrutura do crime e de suas consequências. Nesse sentido, vide os exemplos do *Isis* e dos cartéis de drogas: suas operações e suas receitas só são possíveis pelas vias da clandestinidade, sendo, portanto, o combate ao branqueamento de capitais fundamental para o combate desses mesmos grupos criminosos.

A utilização, por exemplo, das inovações na metodologia de comunicação entre autoridades interestatais facilita a difusão de informações importantes sobre as atividades dos grupos criminosos transnacionais. Ocorrendo a efetiva cooperação, os países tendem a simplificar as investigações, na medida em que a estrutura do crime de lavagem de dinheiro é essencialmente gradual, possuindo fases em diversos lugares e tempos. Portanto, a assistência por intermédio de comunicação eficiente complementa as investigações realizadas pelos diversos pólos do procedimento.

Houve, outrossim, a demonstração dos modelos normativos efetivamente aplicados nos mais influentes grupos interestatais, como a ONU, a União Européia e o MERCOSUL, já que a cooperação jurídica internacional necessita da interação de experiências que ofereçam o desenvolvimento das ferramentas aplicadas com eficácia. Assim, seguindo a metodologia comparativa, foram analisados os distintos padrões normativos que, possuindo pontos semelhantes, devem convergir para unificar as relações interestatais.

Conclui-se que a lavagem de dinheiro é transnacional e nuclear no âmbito do crime organizado, do que se depreende que unicamente a concepção de métodos mais práticos e padrões normativos mais sólidos de cooperação jurídica internacional possuem o condão de suplantar sua estrutura e funcionalidade. Logo, a utilização de ferramentas mais céleres facilitará o combate ao crime e dismantelará o seio dos grandes grupos criminosos, enquanto a codificação de um padrão normativo de assistência internacional garantirá a segurança jurídica necessária ao procedimento.

8. REFERÊNCIAS

Anselmo, Márcio Adriano. **O regime internacional de lavagem de dinheiro: da jurificação à efetividade**. São Paulo: 2015.

Badaró, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. 2a ed. São Paulo: RT, 2013. Banco do Brasil. **Conheça as tipologias do crime de lavagem de dinheiro**. 20 de 04 de 2017. <http://www.bb.com.br/portalbb/page251,105,5269,0,0,1,1.bb?codigoNoticia=4709&codigoMenu=580>.

Banco Interamericano de Desenvolvimento relativo ao Progresso Social e Econômico na América Latina. **"Money Laundering: What do we know?"** IDB Docs. 24 de 09 de 2006. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=457178> (acesso em 20 de 04 de 2017).

Bechara, Fabio Ramazzini. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Braga, Juliana Toralles dos Santos. **Lavagem de dinheiro - Origem histórica, conceitos e fases**. 16 de 09 de 2007. http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8425 (acesso em 04 de 05 de 2017).

Braga, Romulo Rhemo Palitot. **Fenômeno da Lavagem de Dinheiro e Bem jurídico protegido**. Curitiba: Juruá, 2010.

Carli, Carla Veríssimo de. ***Lavagem de dinheiro: Ideologia da Criminalização e Análise do discurso.*** Porto Alegre: Faculdade de Direito da PUC-RS, 2006.

Cervini, Raul. ***Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do MERCOSUL.*** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Conselho de Controle das Atividades Financeiras. ***Fases da lavagem de dinheiro.*** 19 de 09 de 2014. <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro> (acesso em 20 de 04 de 2017).

Conselho Europeu de Nice. ***“Conclusões da Presidência.”*** European Parliament. 10 de 12 de 2000. http://www.europarl.europa.eu/summits/nice1_pt.htm (acesso em 20 de 04 de 2017).

Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. ***Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos.*** Brasília: Governo Federal, 2012.

Foucault, Michel. ***Vigiar e punir.*** Paris: Gallimard, 1987.

Fundo Monetário Internacional. ***“Financial System Abuse, Financial Crime and Money Laundering: Background Paper.”*** International Monetary Fund. 12 de 02 de 2001. <http://www.imf.org/external/np/ml/2001/eng/021201.htm> (acesso em 20 de 04 de 2017).

Galvão, Jéssica Alves. ***Lavagem de dinheiro: Surgimento, evolução, conceito e fases.*** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2014.

História do Mundo. ***“Lei seca.”*** História do Mundo. 31 de 10 de 2010. <http://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/lei-seca.htm> (acesso em 20 de 04 de 2017).

Jornal GGN. ***“A lavagem de dinheiro do PCC.”*** Jornal GGN. 19 de 10 de 2010. <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/a-lavagem-de-dinheiro-do-pcc> (acesso em 20 de 04 de 2017).

Jr., James Harmon. ***United States Money Laundering Laws: International Implications***. Nova Iorque: New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1999.

Martinez, Rosa Ana Moran. ***“El embrago preventivo y seguramiento de pruebas. La ejecución de sanciones pecuniárias y el comiso: las decisiones marco in Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional.”*** Cadernos de Derecho Judicial, 15 de 08 de 2003: 384.

Ministério da Justiça. ***Cartilha de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal***. Brasília: Governo Federal, 2012.

Ministério da Justiça e Cidadania. ***Cooperação Jurídica Internacional***. 2011. <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional> (acesso em 20 de Janeiro de 2016).

Moro, Sérgio Fernando. ***Crime de Lavagem de Dinheiro***. São Paulo: Saraiva, 2010.

Silva, Ricardo Perlingeiro Mendes da. ***O direito internacional contemporâneo - estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger***. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Soares, Guido Fernando Silva. ***Curso de Direito Internacional Público***. São Paulo: Atlas, 2002.

Storie d'Italia. ***O assassinato que mudou a história da Itália***. 01 de 11 de 2013. <https://storieitalia.wordpress.com/2013/11/01/o-caso-aldo-moro/> (acesso em 02 de 05 de 2017).

Strenger, Irineu. ***Teoria Geral de Direito Internacional Privado***. São Paulo: LTr, 2003.

Terra, Rosane Barcellos. ***Fontes do Direito***. Santa Maria: Centro Universitário Franciscano de Direito, 2012.

Toffoli, José Antonio Dias. ***Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil***. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2008.

United States Office on Drugs and Crime. ***Model Law on Mutual Assistance in Criminal Matters***. UNODC. 23 de 07 de 2007.

http://www.unodc.org/pdf/legal_advisory/Model%20Law%20on%20MLA%202007.pdf (acesso em 20 de 04 de 2017).

Veja. **“HSBC pagará US\$ 1,9 bi aos EUA por lavagem de dinheiro.”** Revista Veja. 11 de 12 de 2012.
<http://veja.abril.com.br/economia/hsbc-pagara-us-19-bi-aos-eua-por-lavagem-de-dinheiro/> (acesso em 20 de 04 de 2017).

NOTAS:

[1] O primeiro em relação à violação de bens jurídicos universais com ação generalizada ou sistemática; o segundo pela violação de bens jurídicos de dois ou mais países.

[2] Com efeito, o artigo 3º, I, da Constituição Federal brasileira define a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O artigo 4º, IX, ademais, destaca *a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* no âmbito das relações internacionais.

[3] Em se tratando de Direito Internacional Público, tem-se como fontes da assistência jurídica internacional a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias de 1975 e o Protocolo Adicional de 1979, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, a Convenção das Nações Unidas de Mérida de 2003 e o Tratado Interamericano de 1947. Já no Direito Internacional Privado tem-se o Código de Bustamante de 1928 e os acordos bilaterais firmados entre os Estados

[4] O primeiro dispõe que “a prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei desconheça”; o segundo, mais adiante, reza que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

[5] Art. 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.

[6] Em matéria penal, essas exceções podem ser exemplificadas pelos casos de auxílio mútuo com o Portugal e com o Canadá.

[7] Esta última particularidade, entende-se, é o ponto que a diferencia de todos os outros mecanismos de cooperação internacional. Há a desnecessidade de procedimento jurisdicional a ser deliberado, proporcionando ao Estado se abster de apreciar determinado direito, remetendo o ônus às Autoridades estrangeiras, para que elas realizem tal atividade. Faz-se, portanto, a remessa integral de determinado fato ao judiciário estrangeiro, cabendo a este não apenas a definição de uma sentença, mas sua efetiva execução baseado naquilo que foi decidido.

[8] Nesse contexto, há a entrada em vigor da EC nº 45/2004, cujo efeito foi transferir a competência originária para processar e julgar a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias do STF para o STJ. Concomitantemente, através da influência de Anteprojeto de Lei de Cooperação Internacional – Portaria nº 2.199, publicada no D.O. de 11/08/04 -, foi elaborada a minuta da Resolução nº 9, a qual consagrou procedimentos referentes ao tema.

[9] Antes, só era prevista a configuração do crime de lavagem de dinheiro caso houvesse a observância dos crimes antecedentes elencados num rol taxativo. Com a nova lei, além de se admitir a lavagem de dinheiro oriundo de contravenção penal, qualquer infração penal pode ser crime antecedente da lavagem de dinheiro.

[10] Tornou-se notório o caso do mafioso cuja vultuosa fortuna, angariada com a comercialização de bebidas ilegais, dominava o crime organizado em Chicago na década de 1920.

[11] A prática consiste em ocultar os rendimentos das ações criminosas, mediante o envio para centros financeiros com especial regulação (maior sigilo fiscal, poucos requisitos para a constituição de empresas e menor tributação), a fim de evitar a carga fiscal e dissimular o dinheiro de origem criminosa.

[12] “MODEL LAW ON MUTUAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS”

[13] O princípio supracitado encontra respaldo no Convênio relativo à lavagem, acompanhamento, embargo e perdas dos produtos do crime, firmado no Conselho da Europa em 1990, e no Tratado de Amsterdã e na

Cúpula de Tampere, ambos tratados no Espaço Judicial Europeu, respectivamente em 1998 e 1999.

[14] Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas) – MERCOSUL; Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996.

[15] Lei 6.815/80, art. 77, II: “Não se concederá a extradição quando: (...) II – o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente”.

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

BARBARA PATRICIA BARBOSA DOS ANJOS:

Bacharelada do Curso de Direito da
Universidade Brasil de Fernandópolis - SP.

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho, tem como propósito analisar a adoção entre casais homoafetivos. Para tanto, serão abordados obstáculos, o preconceito diariamente enfrentado pelos adotantes e adotado. Para solucionar a questão, este artigo irá socorrer-se ao Direito, com enfoque em Princípios, regras constitucionais que fazem referências às Garantias Fundamentais, sem deixar o fato do Direito à Sexualidade. A pesquisa será realizada por intermédio de entendimento doutrinário, jurisprudencial, direito codificado e legislação específica.

Palavras-chave: Direito. Adoção. Preconceito. Homoafetivo. Família.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze adoption among homoaffectionate couples. To this end, obstacles will be addressed, the daily prejudice faced by adopters and adopted. To solve the question, this article will help the Law, focusing on Principles, constitutional rules that refer to Fundamental Guarantees, without leaving the fact of the Right to Sexuality. The research will be conducted through doctrinal understanding, jurisprudence, codified law and specific legislation.

Keywords: Law. Adoption. Preconception. Homoafetivo. Family.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ADOÇÃO. 1.1. REQUISITOS. 1.2. A ADOÇÃO HOMOAFETIVA. 1.3. POSICIONAMENTOS QUANTO A ADOÇÃO HOMOAFETIVA. 2. DO DIREITO À SEXUALIDADE. 3. DOS PRINCÍPIOS. 3.1. DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.2. DA LIBERDADE DE CONSTITUIR UMA COMUNHÃO DE VIDA FAMILIAR. 3.3. DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA. 3.4. DA AFETIVIDADE. 3.5. DO MELHOR INTERESSE DA

CRIANÇA E ADOLESCENTE. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Brasil, ao decorrer do tempo, foi marcado por inúmeras novidades, entre elas, a evolução natural da sociedade. Para confirmar tal revolução social, daremos evidência a adoção por casais homoafetivos. Versando de temas como a família e homossexualismo. A maneira como o Judiciário atua, gera uma série de polêmicas. Havendo uma constante discussão sobre chance de casais homoafetivos estarem adotando, menores. Primeiro, há uma crença de que aquele que é adotado por um casal homossexual, possivelmente, quando adulto, tornar-se homossexual também.

E, em sequência, argumenta-se a preocupação da sociedade, daquele que é adotado passar a integrar uma família em que não terá uma figura masculina do pai, e uma figura feminina como mãe. Tratando-se da adoção entre um casal homoafetivo, dois homens, exerceram o papel de pai e mãe, bem como quando a união homoafetiva, existe entre duas mulheres, onde ambas exerceram também, o papel de pai e mãe, e por tal fato, futuramente causaria um preconceito. Ainda não há uma legislação específica, onde possa auxiliar aqueles interessados nesta espécie de adoção (homoafetiva). E, possivelmente, por esta lacuna, em muitos casos, direitos são negados um segundo plano. Contudo, deve ser lembrado que, ainda que não exista uma norma jurídica para o caso, temos a jurisprudência, decidindo favoravelmente a pessoas do mesmo sexo adotarem juntos, algum menor.

Nesses julgamentos foram utilizados princípios do direito, e garantias fundamentais, que serão demonstrados ao decorrer do presente trabalho. Há outros elementos formadores do Direito, como, por exemplo, o nosso entendimento jurisprudencial, e doutrinário, os princípios gerais do Direito. É muito complexo conceituar família, tendo em vista, quantas alterações sofreu a nossa sociedade. Conforme surgiram novas formas de família, de maneira que ela não é mais caracterizada exclusivamente por aquela integrada por homem, mulher e os respectivos filhos.

1. ADOÇÃO

De acordo com o dicionário Aurélio (2001, p.18), é um verbo transitivo direto, que pode ter vários significados como: optar, escolher, assumir, aceitar, acolher, admitir, reconhecer, entre outros.

Muito além do que consta no dicionário, adotar significa proteger, acolher pelos meios taxados na Lei, e por livre e espontânea vontade, um menor, tratando-o como filho. Instituto antigo, que sofreu diversas alterações. Sempre houve existência de menores que por motivo qualquer, os pais biológicos não os querem ou não podem mais tê-los consigo.

Ao adotar, deve ser transmitida a sensação de acolhimento, proporcionando afeto por livre e espontânea vontade. Mostrando ao adotado que ele não está mais desprotegido, e, primordialmente, muito além do que está na lei, é o valor que consiste no ato de adotar, a representatividade na vida do adotante e do adotado, garantindo ao menor, após ser abandonado, oportunidade de ter uma família composta por amor, ofertando uma boa educação moral e material. De acordo com o que a Constituição prevê. Neste sentido, dispõe Maria Helena Diniz:

“É uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.”

(DINIZ 2010, p. 523)

Desta forma, fica consignado de que mais importante que constituir uma família para quem é abandonado e para quem sonha em tornar-se pai ou mãe, a adoção é a garantia aos adotados a terem um lar digno, proteção, educação, buscando sempre o melhor interesse para eles.

1.1. REQUISITOS

O artigo 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, traz a previsão de quem pode adotar. Vejamos então

Art. 42º - Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º. O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º. Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º. Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Muito embora não tenha previsão legal, o adotante tem que dispor de condições morais e financeiras para desempenhar o papel de pai ou mãe. Em um processo de adoção, aquele que pleiteia o Direito, necessariamente deve ter capacidade civil. Os considerados relativamente ou absolutamente incapazes não têm permissão para adotar. Confira-se:

ECA - Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

ECA - Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Para Elson Gonçalves de Oliveira (2010, p.136-137), o adotante deve expressar motivos legítimos para adotar, ou seja, o desejo de ter um filho deve ser verdadeiro. Em se tratando de um casal, ambos devem ter o mesmo desejo.

Adotar é uma atitude séria. Não se deve levar em conta, ansiedade, fragilidade, impulsão para que, futuramente, não ocorra arrependimento. E será uma situação nociva tanto para o adotante como para o adotado. A adoção tem que ser pensada, resultante de uma ideia firme. Tem de ser calcada em afeto, desejo, que são fatores importantes em um procedimento como este, tudo sem prejuízo da racionalidade. Uma vez consumada a adoção, não há autorização legal para sua revogação. Somente pode ser desfeita por nulidade ou anulabilidade.

1.2. A ADOÇÃO HOMOAFETIVA

A adoção homoafetiva pode ser considerada como um dos temas mais polêmicos no âmbito jurídico, bem como perante a sociedade. Desta forma, há doutrinadores com posicionamentos favoráveis e outros contrários. A polêmica gerada não ocorre somente no Brasil, mas no mundo todo.

A homossexualidade é bastante criticada. No tocante a parte religiosa, a alegação é de que o homossexualismo ultrapassa as Leis de Deus. Já, os tribunais se posicionaram de modo favorável, deferindo a pessoas do mesmo sexo a adoção de crianças e adolescentes. Essas pessoas apenas visam felicidade por intermédio da edificação de uma família. Portanto, casais homoafetivos podem adotar de forma legal, ainda que exista uma lacuna quanto a legislação existente em nosso ordenamento jurídico. Mas, também há aqueles que defendem a impossibilidade dessa adoção por não considerar a união homoafetiva uma entidade familiar, revelando inegável preconceito, o que contraria o Direito vigente, mormente recentes decisões do C. STJ e do Excelso STF. e também norma editada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – na Resolução 175/2013.

O heterossexual é livre para que, com o sexo oposto, futuramente venha a se casar, ter filhos, e deste modo formar uma família e, em consequência, tornar-se pessoalmente realizado e feliz. A luta enfrentada diariamente por homossexuais, requerendo o que é de direito, ainda que haja esta lacuna legislativa, onde não há previsão legal específica ao caso concreto, utilizando a Constituição Federal e princípios constitucionais, bem como princípios que regem o Direito de família, vem sendo cororada de êxito pelo Direito, via Doutrina e Jurisprudência.

1.3. POSICIONAMENTOS QUANTO A ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Como sabemos, o conceito familiar sofreu mudanças com o decorrer dos anos, e a evolução da espécie humana. Antigamente somente era considerada como família a que tinha origem pelo casamento, composta apenas por homem e mulher. Mudaram-se os anos, mudaram-se os conceitos. Atualmente, uma família não se compõe por um pai, uma mãe e irmãos. Temos, por exemplo, a família monoparental, cuja formação é dada pelo pai, ou mãe e o filho. Família homoafetiva, que vem sem filho, ou em segunda hipótese algum dos companheiros já tem filhos, e devido a tal circunstância, acabam criando juntos o filho do outro, ou até mesmo adotando em conjunto, e que merecem respeito, e ser considerada como entidade familiar. Família tem que ser regida por amor, carinho, afeto e cuidado.

Infelizmente, ainda vivemos em um mundo coberto de preconceitos, razão pela qual os homossexuais são considerados como se fossem criaturas de outro mundo, pelo fato deles se sentirem atraídos por uma pessoa do mesmo sexo. Necessariamente não sou obrigado a gostar de nada que seja imposto pela sociedade, pela Lei. Apenas tenho obrigação de respeitar o Direito do outro ser feliz.

Posto que, todos nós somos iguais, de acordo com a Constituição Federal, com destaque para o fato de se a forma escolhida pela pessoa para ser feliz não interferir na minha vida pessoal, nos meus direitos, não há porque não admitir que ela seja feliz do modo escolhido. Para Lidia Weber, o preconceito é:

“Preconceito é um conceito formado antecipadamente e sem fundamento razoável; uma opinião formada sem reflexão, sem base; é uma ideia que não leva em conta os fatos, mas o que se “diz sobre ele”. O preconceito se desenvolve a partir das influências que experiências passadas generalizadas têm sobre os indivíduos. A sociedade cria preconceitos sobre aqueles que são estigmatizados, exclui os diferentes como uma maneira de tentar garantir a sua própria normalidade...Na verdade, esse preconceito, consciente ou não, tem por base o medo que temos do diferente, daquele que não é igual a nós, do outro que não reflete a nossa imagem como gostaríamos”

(WEBER, 2002, p. 19/20)

A adoção homoafetiva não deve ser considerada como algo negativo. É em razão dessas adoções que menores são retirados de locais onde se encontram, muitas vezes durante anos, quando surgem na vida deles dois pais, duas mães, propiciando serem adotados. Trata-se de uma oportunidade de fazer parte de uma família e sentir o que é o amor familiar. Parte da sociedade defende tese contrária sob o argumento da ausência de uma mãe, quando no caso são duas pessoas exercendo o papel de ambos

os pais. Colocando em questão, as probabilidades de uma eventual confusão no tocante a sua identidade sexual e em consequência, ao tornar-se adulto, ser homossexual. Sofrer preconceito socialmente falando.

“Aí se confunde sexualidade com função parental, como se a orientação sexual das figuras parentais fosse determinante na orientação sexual dos filhos. A função parental não está contida no sexo, e, sim, na forma como os adultos que estão no lugar de cuidadores lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos, com as questões relativas a problemas disciplinares, de controle de comportamento e de tomada de decisão. As atitudes que compõem a função parental são responsividade que favorece a individualidade e a autoafirmação por meio de apoio e aquiescência, exigência que nada mais é do que atitude de supervisão e de disciplina para com os filhos. Essas atitudes não estão relacionadas ao sexo das pessoas”

(CASTRO, 2008, p.24)

Socialmente, temos a corrente de pessoas que lembram da existência de inúmeras crianças abandonadas. Muitas vezes jogadas em latas de lixo, deixadas em rios. Em situações tão precárias que não é possível acreditar em tamanha falta de amor dos pais biológicos. Esse abandono sugere a falta de importância acerca do padrão familiar, defendendo que primordial seria todo amor, cuidado, atenção, educação moral, e material.

Defender o pensamento onde um menor criado por um casal homossexual futuramente também se tornará homossexual, ou que este irá enfrentar discriminação pela sociedade, é esquecer o mundo ruim, que, infelizmente, temos aqui, onde a criança abandonada nas ruas sofre diversos prejuízos. Esses danos são bem maiores que o preconceito moral e discriminação. Diariamente são vítimas da violência dos bandidos que os levam para o mundo do tráfico, ou uso de drogas, passarão fome, frio,

totalmente desprovidos de educação, moral e material. O casal homoafetivo baseia-se no amor, no afeto, independente de como a família foi formada. Nossas crianças devem ser criadas por pessoas de bem, que as incentive estudar, trabalhar, conquistar os sonhos; ademais, crianças frutos do abandono devem ser tratadas com amor, proteção, esquecendo aquilo que menos importa, a sexualidade de seus pais. Não muda a vida de ninguém se Maria gosta de Maria, ou se João gostar de João. É algo íntimo, que só diz desrespeito aos envolvidos, e a quem estes considerarem importantes saber. Do mesmo modo, ser homossexual não faz de ninguém mal caráter, desonrado e irresponsável.

O ano de 2015 foi marcado por uma decisão inédita e histórica, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de adoção por um casal homoafetivo julgando o Recurso Extraordinário, nº 846102.

“DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo,

a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento (doc. 6). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 2. O Recorrente alega contrariado o art. 226, § 3º, da Constituição da República, afirmando haver duas questões jurídicas que emergem do contexto apresentado, para que se possa oferecer solução ao presente recurso: i) se há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar; ii) se a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual. Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar. E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não

respeitadas e previstas as idiossincrasias e particularidades dos relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais (doc. 7). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por votação unânime, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (DJe 14.10.2011). No voto, o Ministro Relator ressaltou que a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva

colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vênua de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos

que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 5 de março de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora.”

(STF - **RE: 846102 PR** - PARANÁ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015)

2. DO DIREITO A SEXUALIDADE

Os direitos fundamentais devem, acima de tudo, serem respeitados. E, no que se refere ao direito sexual, em 1997 foi instituída na Espanha a Declaração dos Direitos Sexuais. Mais tarde, no ano de 1999, na cidade de Hong Kong, foi aprovado pela Associação Mundial de Sexologia, e assinado o respectivo documento. Estes direitos são considerados como direitos humanos universais, que têm por sua base, a liberdade, a dignidade, a igualdade a todos os humanos. Saúde sexual é um direito fundamental.

Então, saúde sexual deve ser um direito humano básico. Para assegurarmos que os seres humanos e a sociedade desenvolvam uma sexualidade saudável, os seguintes direitos sexuais devem ser reconhecidos, promovidos, respeitados e defendidos por todas as sociedades e de todas

as maneiras. Saúde sexual é o resultado de um ambiente que reconhece, respeita e exercita estes direitos sexuais. Com base nisto, vejamos os dispositivos constantes na Declaração dos Direitos Sexuais:

I. O Direito a igualdade e a não discriminação.

“Todos têm o direito de usufruir dos direitos sexuais definidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer tipo, seja raça, etnia, cor, sexo, linguagem, religião, opinião política ou outra qualquer, origem social ou regional, local de residência, características, nascimento, deficiência, idade, nacionalidade, estado civil ou familiar, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, estado de saúde, situação econômica, social ou outra qualquer.”

II. O Direito a Vida, Liberdade, e Segurança Pessoal.

“Todos têm o direito à vida, liberdade e segurança, que não podem ser ameaçadas, limitadas ou removidas arbitrariamente por motivos relacionados à sexualidade. Estes incluem: orientação sexual, comportamentos e práticas sexuais consensuais, identidade e expressões de gênero, bem como acessar ou ofertar serviços relacionados à saúde sexual e reprodutiva.”

III. O direito a autonomia e integridade corporal.

“Todos têm o direito de controlar e decidir livremente sobre questões relativas à sua sexualidade e seus corpos. Isto inclui a escolha de comportamentos sexuais, práticas, parceiros e relacionamentos, desde que respeitados os direitos do próximo. A tomada de decisões livre e informada, requer consentimento livre e informado antes de quaisquer testes, intervenções, terapias, cirurgias ou pesquisas de natureza sexual.”

IV. O direito de constituir, formalizar e dissolver casamento ou outros relacionamentos similares baseados em igualdade, com consentimento livre e absoluto.

“Todos têm o direito de escolher casar-se ou não, bem como adentrar livre e consensualmente em casamento, parceria ou outros relacionamentos similares. Todas as pessoas são titulares de direitos iguais na formação, durante e na dissolução de tais relacionamentos sem discriminações de qualquer espécie. Este direito inclui igualdade absoluta de direitos frente a seguros sociais, previdenciários e outros benefícios, independente da forma do relacionamento.”

V. O direito a decidir sobre ter filhos, o número de filhos e o espaço de tempo entre eles, além de ter informações e meios para Tal.

“Todos têm o direito de decidir ter ou não ter filhos, a quantidade destes e o lapso de tempo entre cada criança. O exercício desse direito requer acesso a condições que influenciam e afetam a saúde e o bem-estar, incluindo serviços de saúde sexual e reprodutiva relacionados à gravidez, contracepção, fertilidade, interrupção da gravidez e adoção.”

3. DOS PRINCÍPIOS

O legislador, ao instituir o Código Civil, trouxe regras que foram unidas à Constituição Federal, corroborando com a evolução do Direito de Família. Neste passo, serão trazidos à baila os considerados como mais importantes.

3.1. DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sua disposição permanece no direito moral e natural, tendo como principal base a família, garantindo a qualquer ser humano que siga as normas levando em consideração a maneira com que o menor se desenvolverá. Biologicamente falando, ou sócio afetivamente, que tem a sua garantia em Nossa Carta Magna.

Art. 1º da Constituição Federal - 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:

III - a dignidade da pessoa humana.

Art. 226º da Constituição Federal - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Portanto, os seres humanos são merecedores dos vossos direitos, e deveres, conforme a Constituição Federal prevê.

3.2. DA LIBERDADE DE CONSTITUIR UMA COMUNHÃO DE VIDA FAMILIAR.

Retrata sobre a liberdade existente entre os casais, para os fins de edificação familiar. Porém, existem garantias previstas na constituição, bem como princípios do direito de família, segundo os quais as entidades familiares sejam formadas pelo matrimônio, ou pela união estável, não se obrigando aos respectivos casais qualquer impedimento para a escolha na formação da família, inclusive liberdade para o chamado planejamento familiar.

3.3. DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA.

Anos atrás, as aulas de Educação Moral e Cívica faziam afirmação de que “a família é a célula mater da sociedade”. Muito embora, estas aulas terem sido ministradas no período militar ditatorial, tal frase ainda tem serventia para contextualizar. É que o art. 226, caput, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. Portanto, relações familiares devem passar por suas análises, adentrando o contexto social e diante das divergências existentes em cada localidade. Não há dúvida de que a socialidade também tem que ser aplicada no âmbito jurídico que protege a família, como acontece com as demais áreas Civilistas.

3.4. DA AFETIVIDADE

Existe uma possibilidade de ser considerado como o maior e mais prazeroso sentimento que nós podemos sentir. Trata-se do chamado “afeto”. Através da dignidade da pessoa humana, testemunhamos que família não é apenas o laço consanguíneo. Esse laço familiar é enriquecido pelo afeto, caracterizado pelo amor, carinho, atenção e respeito existentes em uma relação dos pais com os filhos. O amparo da entidade familiar resulta em que um serve de apoio moral e material para o outro. Essa afetividade consegue ser encontrada em residências que têm como moradora alguma criança adotada. Muito embora não seja de sangue, essa criança é tratada com cuidado e respeitada como tal, trazendo para aquele menor o afeto que os pais biológicos não conseguiu dar.

3.5. DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O o art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá- los a salvo de

toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Corroborando, o art. 3º do ECA diz:

“A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Afetividade é algo que vai além do gostar. Cria-se um vínculo de proximidade, enseja o dever de cuidado, seja financeiro, ou moralmente falando. Conforme mencionados nos textos acima, fica evidente o direito do menor em ter resguardo, adentrar num lar que possa contribuir grandemente para a sua formação. Portanto, ser criado e educado por quem melhor ofereça condições para suprir todas as suas necessidades, lembrando que sempre é preciso ter em mente o que seria melhor para uma criança ou adolescente: permanecer nas ruas ou em Casas Abrigos , Orfanatos, ou serem adotados por uma casal homoafetivo, que tenha estabilidade familiar?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo isso podemos concluir que o instituto da adoção, com o decorrer do tempo, passou por grande evolução e priorizando sempre o bem-estar da criança e do adolescente. Adoção homoafetiva é polêmica, reconhecemos, mas é preciso levantar uma indagação social para se saber qual é o melhor dos interesses da criança e do adolescente, afastando-se do preconceito.

Sonhar em construir uma família é comum e possível para todos. Os indivíduos têm direito a conquistá-la, ainda que sejam diferentes as opções quanto a sexualidade. O fato de ser atraído por pessoas do mesmo sexo em nada prejudica na edificação familiar.

O artigo procurou definir os diversos prejuízos que serão ocasionados em sendo negada a adoção a um casal, simplesmente por ser considerado diferente do padrão imposto pela sociedade. É um ato de discriminação, embora a Constituição garanta igualdade à todos os indivíduos.

Adoção é regida por amor, afeto porque, convenhamos, cuidar de um ser, sem qualquer vínculo sanguíneo, é uma atitude de coragem, demonstrando amor ao próximo. Para ser concedida uma adoção deve ser deixado de lado o tipo de união, mas as boas intenções de quem irá adotar este menor, não importando se é um casal composto por um homem e uma mulher, ou um casal composto por pessoas do mesmo sexo.

Muitos Julgadores vêm concedendo o direito a constituição de novos lares mediante a adoção por casais homoafetivos, muito embora não exista uma lei específica que prejudique ou facilite o julgamento. Homossexuais são pessoas comuns, iguais aos heterossexuais, com direitos e deveres diante de uma integração familiar. Por isso que se faz a exigência de regulamentação de leis profundamente necessárias para o convívio e bem-estar de todos.

Conforme exposto, há uma necessidade de ter-se em mente que, para a proteção integral do menor, deve-se levar em conta a necessidade de uma vida familiar saudável, regada por amor, carinho, e afeto. E quanto aos casais compostos por homossexuais, mais respeito e dignidade, uma vez que possuem o direito a sexualidade, liberdade, igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURÉLIO. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0.** Coordenação e edição: Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Brasil: Editora positivo, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 25 ed. vol 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

Lei nº 8.090, de 13 de novembro de 1990.

Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

OLIVEIRA, E. G. Adoção: **Uma porta para a vida**. Campinas: Servanda, 2010.

WEBER, Lidia. Pais e Filhos por Adoção no Brasil – **Características, Expectativas e Sentimentos**. Curitiba: Juruá, 2002

CASTRO, Maria Cristina d'Avila de. **A adoção em famílias homoafetivas**. In:Cartilha Adoção: um direito de todos e todas.

LÚCIA, CÁRMEN. **Supremo Tribunal Federal STF – Recurso Extraordinário: RE 846102 PR – PARANÁ**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>>. Acessado em: 05 Mai, 2018, 22:57:03

ASSOCIAÇÃO MUNDIAL PELA SAÚDE SEXUAL. **Declaração dos direitos sexuais**. Was, 2013. Disponível em: <<http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portugese.pdf>>. Acessado em: 08 Mai, 2018, 12:02:57

O INSTITUTO DO HOMESCHOOLING E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE A EDUCAÇÃO DOMICILIAR E A REPERCUSSÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

CAMILA BILLIG: Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES
(Orientador)^[1]

RESUMO: A prática do *homeschooling* no Brasil é uma questão relativamente nova, uma vez que a lei brasileira não a proíbe expressamente, mas também não a regulamenta. As famílias que utilizam este método no país lutam na justiça pelo direito de o fazerem legalmente, já que a lei traz como obrigatória a matrícula de crianças e adolescentes na rede regular de ensino. Porém, ao contrário de outros países como os Estados Unidos em que este método já está bem avançado, no Brasil ele ainda engatinha no caminho para a sua regulamentação. Em 2016 o STF reconheceu a repercussão geral da matéria e suspendeu todos os processos que versavam sobre a matéria. Dessa forma, analisaremos de forma descritiva se a prática do *homeschooling* ou educação domiciliar trata-se de direito de escolha dos pais ou abandono intelectual. Analisando artigos e reportagens acerca do assunto e dados já coletados sobre as famílias praticantes do *homeschooling*.

Palavras-chave: Abandono intelectual; educação domiciliar; legalização; *homeschooling*;

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2- A escola através dos tempos. 3- A educação domiciliar ao redor do mundo. 4- A legislação atual vigente e a educação domiciliar. 5- O reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. 6- Conclusão. Referências.

1- INTRODUÇÃO

A educação escolar das crianças e adolescentes sempre foi um ponto bastante importante para os pais e o Estado brasileiro, uma vez que a lei impõe a matrícula e a frequência obrigatória de crianças e adolescentes entre a idade mínima de 4 e a permanência de até 17 anos em instituições

escolares. Em contrapartida, nos últimos anos no Brasil houve um perceptível aumento do número de crianças e adolescentes educados em casa, sistema no qual os próprios pais fazem o papel de professores.

Porém, a educação domiciliar ou *homeschooling* (termo em inglês para ensino doméstico) não é regulamentado expressamente nas leis brasileiras, o que gera inúmeras discussões a respeito de sua ou não legalidade. Antigamente os pais que adotavam este método podiam ser processados pelo Estado pelo crime de abandono intelectual, entretanto em 2016 o STF reconheceu a repercussão geral da matéria e suspendeu todos os processos que versavam sobre esta matéria até que haja uma decisão.

Iremos analisar o que diz as leis brasileiras a respeito da educação de crianças e adolescentes e se é possível educar legalmente uma criança fora da escola. Observa-se que a legislação brasileira nada diz especificamente sobre a educação domiciliar, ela não a proíbe e também não a permite expressamente, assim, vamos observar as implicações jurídicas como consequência desta lacuna na lei.

Dessa forma, este trabalho tem como objetivo apresentar a problemática relacionada à educação domiciliar no Brasil, os seus desdobramentos jurídicos e a possibilidade da legalidade do *homeschooling* através de pesquisas descritivas e por meio de pesquisas de artigos e depoimentos sobre o tema.

2- A ESCOLA ATRAVÉS DOS TEMPOS

A educação na era primitiva era baseada em um ensino informal e visava o ensino das atividades práticas da vida coletiva, focada basicamente na sobrevivência e perpetuação de padrões culturais, portanto, não havia uma educação destinada a um fim específico, pois esta acontecia naturalmente através da convivência em grupo.

Foi com a conquista grega que houve toda uma revolução na tradição do ensino, passando a ser vista de uma maneira mais racional, o termo escola vem do grego *scholé* que significa "lazer, tempo livre". Por volta de 343 a.C. em famílias ricas a educação era oferecida por um

preceptor, um mestre com mais conhecimentos que guiasse as crianças nos estudos. Em 343 a.C. Aristóteles, por exemplo, tornou-se preceptor de Alexandre, o Grande, rei da Macedônia.

Foi apenas no século 12 que surgiram as primeiras escolas nos moldes atuais, com crianças nas carteiras e professores dando aula. Eram obras de instituições de caridade católicas que ensinavam a ler, escrever, contar e, junto, iam transmitindo as lições do catecismo.

No ano de 1549 foi fundada a primeira escola do Brasil, em Salvador, por um grupo de jesuítas, que também fundaram a segunda, em 1554, em São Paulo – a data marca também a fundação da cidade. Ensina-se a ler, escrever, matemática e doutrina católica. Foi também em 1792 que foi fundada a primeira faculdade do Brasil por Dom João VI, a Faculdade de Medicina da Bahia.

Já no ano de 1827 surgiram as duas primeiras faculdades de Direito no Brasil, Dom Pedro I funda a Faculdade de Olinda e a do Largo São Francisco, em São Paulo. E finalmente no ano de 1912 surgiu a Universidade Federal do Paraná, a primeira do Brasil a já surgir com esse status.

3- A EDUCAÇÃO DOMICILIAR AO REDOR DO MUNDO

Quando falamos em educação domiciliar no Brasil tendemos a pensar que é algo novo, moderno e que poucas pessoas de fato o praticam no país. Porém, devemos ressaltar que o movimento do homechooling na verdade começou há muito tempo atrás nos Estados Unidos como um movimento de reforma educacional nos anos 70 defendido por John Holt, este qual afirmava que as escolas deveriam ser mais humanas e menos formais. De acordo com Holt as crianças deveriam aprender de acordo com as experiências que lhes fossem vivenciadas, a educação poderia ser não seria algo imposto, ao contrário, para ele a aprendizagem deveria ocorrer de forma natural, fora de um ambiente formal.

As idéias defendidas por Holt inspiraram a criação dos primeiros homechoollers, naquela época alguns grupos de pais decidiram começar a educar os seus filhos em casa, com a única obrigação de

apresentarem continuamente seus planos de ensino doméstico aos conselhos de educação de sua região.

Atualmente os Estados Unidos é o país com o maior número de crianças e adolescentes em educação domiciliar, são aproximadamente 2,2 milhões de alunos em idade escolar adeptos, segundo o National Home Education Research Institute (NHERI). O início do homeschooling nos Estados Unidos também não foi fácil, nos anos 80 algumas famílias foram condenadas judicialmente por tirarem seus filhos da escola, foi somente nos anos 90 que a prática foi regulamentada em todo os Estados Unidos devido a luta da população.

Porém, tipicamente como ocorre com as leis do país, cada um dos 50 Estados possuem a sua própria legislação referente ao tema, em alguns estados como em Oklahoma não é necessário notificar o estado, já em outros como Nova York e Massachusetts, são necessários passos específicos para uma família educar os seus filhos em casa que englobam os seguintes aspectos:

- notificar a secretaria local de educação que irá praticar homeschooling com a criança ou adolescente.
- preencher um documento a ser entregue na secretaria sobre qual será o plano de educação adotado com o filho;
- manter o registro de datas e horas das aulas por pelo menos 180 dias por ano;
- produzir um relatório trimestral e/ou anual relatando o desempenho da criança;
- alguns estados aplicam testes independentes para avaliar os estudantes, mas a avaliação geral é feita em provas nacionais como a SAT e ACT

De acordo com estudos do NHERI, a educação domiciliar nos Estados Unidos apresenta características bastante interessantes, cerca de 15% das famílias praticantes são fora da parcela branca da população (como negros e hispânicos). Além disso, a diversidade de perfil engloba ateus, cristãos, mórmons, conservadores e liberais. Inclui também famílias de classe baixa, média e alta, pais com doutorados ou sem diploma de ensino médio.

É importante frisar também que dados mostram que em estados onde o *homeschooling* é regulamentado há mais de duas décadas o desempenho dos alunos que estudam em casa em provas comparado com crianças que estudam em escolas, mostrou que os primeiros obtêm de 15 a 30% a mais de nota.

No Canadá o número de adeptos do homeschooling é menor, porém bastante significativo, são mais de 21 mil crianças registradas como homeschoolers, um aumento de 29% nos últimos cinco anos, conforme o Instituto Fraser. Na Europa vários países permitem a prática como Noruega, Finlândia, França, Itália, Portugal e Grã-Bretanha. Na Espanha a situação é bem parecida com o Brasil, há uma obscuridade na lei, embora mais de 2 mil famílias o pratiquem.

De acordo com pesquisas os países anglo-saxões são os maiores adeptos do sistema, como África do Sul, Reino Unido, Austrália e Nova Zelândia. Estes são alguns números pelo mundo: E.U.A (2 milhões), África do Sul (150 mil), Rússia (70 a 100 mil), Reino Unido (20 a 100 mil), Canadá (80 a 95 mil), França (12 a 23 mil).

4- A LEGISLAÇÃO ATUAL VIGENTE E A EDUCAÇÃO DOMICILIAR

Conforme foi analisado anteriormente o número de famílias que escolhem a educação domiciliar aumentou exponencialmente no Brasil, trazendo inúmeras discussões e debates acerca do assunto, afinal, o homeschooling, com base na legislação brasileira atual é um direito de escolha dos pais ou uma negligência intelectual?

É bastante comum encontrar pais na internet que afirmam que a escolha do tipo de educação que os filhos vão receber seja feita em sua maioria pelos responsáveis dos menores, pois, estes sabem o tipo de educação que querem que as suas crianças recebam, de acordo com as crenças e ideologias de cada núcleo familiar.

A lei brasileira é omissa ao tratar esse tema, já que ela não proíbe expressamente a sua aplicação e também não a regulamenta, o que abre brechas para a sua discussão, porém, o Estatuto da Criança e do

Adolescente trata como obrigatória a matrícula na rede regular de ensino, sob pena de cometimento do delito do art. 246 do Código Penal.

A frequência do aluno na escola é obrigatória por lei e o seu abandono é crime no Brasil, colocando assim diversas famílias em situação de ilegalidade por não obedecerem essa norma. Essa situação poderá mudar, pois, já está em discussão na justiça brasileira a possível regulamentação da educação domiciliar, decisão que poderá mudar o futuro de famílias que vivem marginalizadas ou escondidas por medo de serem denunciadas.

Este sistema como vimos não é expressamente proibido e nem permitido pela legislação brasileira atual, uma vez que a lei é omissa ao se tratar especificamente da educação domiciliar, conforme relata este artigo de Alexandre Aguiar (2011, on line):

O ensino domiciliar, como substituto do ensino escolar, não é proibido expressamente por nenhuma norma no ordenamento jurídico brasileiro, seja constitucional, legal ou regulamentar. Nem, tampouco, é expressamente permitido ou regulado por qualquer norma. O fundamento dessa omissão é bastante simples: o assunto somente está sendo debatido no Brasil recentemente e, ainda, de forma tímida. Existe, pois, uma lacuna na legislação brasileira: os dois principais documentos que tratam de educação (Constituição Federal – CF, art. 205 a 214, e Lei 9.394/98 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) sequer mencionam a educação domiciliar. Também não consta dos debates legislativos que deram origem a esses textos a discussão a respeito da educação domiciliar.

Desta forma percebemos que a carência legislativa abre brechas para diversas interpretações jurídicas, para os que defendem o sistema e para os que consideram o mesmo uma negligência dos pais.

O tema se faz extenso e obscuro já que ainda não existe uma resposta correta, o Código Penal traz como crime de abandono intelectual a falta de matrícula do menor em uma instituição escolar, porém devemos observar o que diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos que é acatada pelo Brasil “Os **pais têm prioridade de direito** na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (artigo XXVI – grifou-se), (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

De acordo com isto poderíamos interpretar que os pais possuem liberdade de escolha no tipo de educação administrada aos seus filhos, levando o leitor a um erro, devido a contraditória situação vivida no Brasil, já que o Estado junto com os pais são responsáveis por prover a educação das crianças e adolescentes. Percebemos então que não há hierarquia entre a vontade dos pais ou do Estado no que se refere a educação dos menores, as duas se equiparam.

Para o Código Penal brasileiro pratica o crime de abandono intelectual “quem deixa sem justa causa de prover à instrução primária de filho em idade escolar”, assim, “Praticará o crime omissivo, portanto, quem não providenciar, diligenciar, acudir para que o menor tenha a instrução adequada em escolar públicas ou particulares” (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 41). Contudo, as famílias praticantes do *homeschooling* afirmam que elas não privam os seus filhos do acesso à educação, uma vez que esta é feita em casa, não configurando, portanto, o crime de abandono intelectual.

Um dos maiores defensores deste método no exterior é o ex-professor da rede pública americana, John Taylor Gatto, em seu artigo publicado em 1991 intitulado “*I quit, I think*” (em tradução livre, “Eu paro, eu penso”), ele relata as suas experiências pessoais ao lecionar durante 26 anos na rede pública de ensino americana e o seu aprendizado. Em um trecho do seu artigo ele salienta:

Cheguei lentamente a compreender o que é que eu realmente ensino: um currículo de confusão, posição de classe, justiça arbitrária, vulgaridade, descortesia, desrespeito à privacidade, indiferença à qualidade e absoluta dependência. Eu ensino como se

encaixar em um mundo em que eu não quero viver.
(GATTO, 1991, on line)

Para Gatto (1991) a escola pode ser vista como um sistema de treinamento de animais, onde as crianças obedecem a um comando e não podem seguir o seu próprio caminho pessoal. Para ele a escola desrespeita a criança e fere a sua individualidade, pois, por exemplo, duas crianças podem aprender a ler em idades diferentes e isso não quer dizer que uma seja mais inteligente que outra, adjetivo que provavelmente seria dado em uma escola.

David aprende a ler aos quatro anos; Rachel, aos nove anos: no desenvolvimento normal, quando ambos tiverem 13 anos, você não poderá saber qual deles aprendeu primeiro – a diferença de cinco anos não significará nada. Mas na escola vão rotular Rachel com "déficit de aprendizado" e David um pouco lento também". (GATTO, 1991, on line)^[2]

Em 20 de dezembro de 1996 foi publicada a lei 9.394 conhecida como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que veio para regular o sistema de ensino brasileiro. Ela preceitua os direitos e deveres dos pais e do Estado em relação à educação dos menores brasileiros, a LDB significou um grande avanço no Governo Brasileiro, uma vez que unificou as normas sobre educação, tornando dessa forma obrigatória a sua interpretação quando analisamos a situação escolar no Brasil.

Em seu artigo sexto ela diz "É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade", portanto verificamos a obrigatoriedade dos pais em matricular os filhos na escola, mostrando incompatibilidade com o sistema da educação domiciliar. Por esse motivo muitas famílias que praticam o *homeschooling* vivem em clandestinidade por medo de serem denunciadas, com isso pode se prever que existam muito mais famílias adotando este método do que é contabilizado oficialmente.

Devemos observar e citar também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ela é uma carta de princípios onde se estabelecem direitos do

ser humano que são irrenunciáveis. Foi proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 1948, resultado das atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial pelos nazistas, neste documento foram elencados os direitos fundamentais do ser humano, individuais ou coletivos, sem discriminação de qualquer natureza.

Entre outras coisas, ela tratou do direito à instrução, no artigo 26, III ela enuncia "Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos". Interpretando este artigo de forma literal poderíamos entender que os pais possuem a autonomia familiar se tratando da educação de seus filhos, podendo escolher o que melhor convém para a sua família sem a interferência do Estado. Percebemos assim, o choque de duas normas vigentes e que são divergentes, ora o Código Penal pune os pais que não matriculam os seus filhos em uma instituição escolar, ora a Declaração Universal dos Direitos do Homem diz ser legítimo a autonomia familiar na escolha do tipo de instrução escolhido para os menores.

A Constituição Federal de 1988 através de seu artigo 205 a respeito do tema diz que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Logo o Estatuto da Criança e do Adolescente no mesmo sentido em seu artigo 22 também trata do assunto citando

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais". Os dois artigos citam o dever dos pais com relação à educação dos filhos menores, mostrando que há sim uma espécie de autonomia familiar, porém, não absoluta. O Estado pode e deve interferir na dinâmica da família, principalmente em questões fundamentais, como educação e bem-estar dos menores.

Foi sancionado em 19 de dezembro de 2005 o decreto nº 5.622 que regulamentou o artigo 80 da lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 que estabeleceu sobre as diretrizes e bases da educação nacional. O decreto em seu artigo 30 tratou sobre a possibilidade de educação a distância como vemos a seguir

Art. 30. As instituições credenciadas para a oferta de educação a distância poderão solicitar autorização, junto aos órgãos normativos dos respectivos sistemas de ensino, para oferecer os ensinos fundamental e médio a distância, conforme § 4o do art. 32 da Lei no 9.394, de 1996, exclusivamente para:

- I - a complementação de aprendizagem; ou
- II - em situações emergenciais.

Parágrafo único. A oferta de educação básica nos termos do caput contemplará a situação de cidadãos que:

I - estejam impedidos, por motivo de saúde, de acompanhar ensino presencial;

II - sejam portadores de necessidades especiais e requeiram serviços especializados de atendimento;

III - se encontram no exterior, por qualquer motivo;

IV - vivam em localidades que não contem com rede regular de atendimento escolar presencial;

V - compulsoriamente sejam transferidos para regiões de difícil acesso, incluindo missões localizadas em regiões de fronteira; ou

VI - estejam em situação de cárcere.

Neste artigo é explícito as situações em que a educação à distância é permitida, situações de emergência, por motivos de saúde, situação de cárcere, etc. Não foi citado em nenhum momento sobre a educação

domiciliar por motivos de escolha da família, pois, se as crianças têm acesso à uma unidade escolar e possuem condições físicas e mentais para frequentá-la, os pais devem matriculá-los nas mesmas.

Em um artigo publicado na internet intitulado Estourando a “Bolha”, é possível entender mais sobre a rotina e pensamentos de um jovem que é educado em casa, sob a forma de depoimento, ele conta

Eu já tive a oportunidade de estudar em uma escola particular por 10 anos, e após essa idade eu comecei a fazer o Homeschooling. E admito: possuo uma socialização melhor na Educação Domiciliar do que na escola que frequentei. Por exemplo, atualmente em uma quarta – feira normal no meu dia-a-dia, pela manhã vou para uma aula de Botânica com um senhor muito querido de nossa família. Depois almoço na casa dos meus avós e ficamos lá até 1 da tarde. À tarde faço minha lição de Inglês, tomo meu lanche e vou para minha escola de Inglês, que fica a 1 quarteirão de distância da minha casa. Após voltar do inglês, assisto algum vídeo interessante no YouTube e depois vou para a minha academia de artes marciais (que deve ter 20 alunos no meu horário) junto com meu irmão. Então chego em casa, janto e durmo. Tenho um dia agitado para quem está dentro de uma bolha, não é? (SANTOS, 2017, ON LINE)

Neste depoimento é visível a satisfação do adolescente com a educação domiciliar. De acordo com ele a socialização dele hoje é melhor do que na época em que ele frequentava uma escola tradicional, hoje ele consegue administrar melhor o seu tempo e dessa forma praticar outras atividades. Em outro trecho do artigo ele relata

Quando eu estava na escola, eu ficava 4 horas por dia em uma sala de 20 alunos, sem poder conversar ou brincar com algo, com direito de 25 minutos de recreio – tempo suficiente para comer, ir no banheiro

e dar uma conversada rápida com meus colegas. Quando chegava em casa, almoçava e depois começava a fazer as infinitas lições de casa que os professores me passaram para o dia seguinte. Terminava às 18 horas e assistia TV até a hora de dormir. E esse é o conceito de “socialização” de muitas pessoas. (SANTOS, 2017, ON LINE).

Em dezembro de 2009 foi apresentado à Câmara dos Deputados a PEC 444/2009 de autoria do deputado Wilson Picler do PDT/PR, a PEC visava uma alteração à Constituição Federal de 1988, acrescentando o § 4º ao artigo 208. A proposta dispunha sobre a regulamentação da educação domiciliar para crianças e adolescentes de 4 a 17 anos

Art. 208. [...] § 4.º O Poder Público regulamentará a educação domiciliar, assegurado o direito à aprendizagem das crianças e jovens na faixa etária da escolaridade obrigatória por meio de avaliações periódicas sob responsabilidade da autoridade educacional.

Em sua justificativa o deputado pontuou que

[...] em nosso entendimento é possível amparar a experiência da educação domiciliar em nosso País, por um lado, com base nos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, assegurando aos pais e responsáveis o direito de escolher o tipo de educação que querem dar a seus filhos e, por outro lado, garantindo às crianças e aos adolescentes o direito à educação, ou seja, à aprendizagem dos conteúdos mínimos fixados para os ensinos fundamental e médio obrigatórios, com a recente extensão da obrigatoriedade do ensino também à faixa etária correspondente ao ensino médio pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009. (PICLER, PEC 444/2009).

A proposta reconhecia o direito dos pais em escolher para os seus filhos o tipo de educação que estes receberiam, ao Estado caberia o dever de regulamentar este direito, promovendo avaliações regulares pela rede oficial de ensino e concebendo a autorização da renovação pelo bom desempenho das crianças e adolescentes nas avaliações. Porém, a proposta foi encaminhada à CCJC, onde não houve registro de sua tramitação no ano de 2010; contudo a mesma foi arquivada em 31/01/2011.

Contudo, no mês seguinte foi aceito o requerimento do Deputado Giovanni Queiroz do PDT/PA para o desarquivamento da proposta, logo após em junho de 2011, a CCJC designou o Deputado Marçal Filho do PMDB/MS como relator, o qual apresentou relatório no mesmo ano favorável a admissibilidade da PEC. Devendo o tema ser debatido pela Comissão Especial de mérito para o aperfeiçoamento do texto e o aprofundamento das questões nele presentes, porém a PEC ainda aguarda continuidade da tramitação.

Com base neste relato devemos refletir sobre a aprovação deste sistema pelos jovens que já o praticam e os benefícios na vida dos mesmos, uma vez que o judiciário deve analisar os dois lados para a legalização ou não deste tema. Devendo avaliar também as consequências na vida e formação de crianças, adolescente e pais que lutam fortemente pela sua regulamentação para não viverem mais na ilegalidade.

5- O RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em junho de 2016, o Plenário Virtual do Supremo reconheceu, por maioria de votos, a existência de repercussão geral na matéria, assim, todos os processos referentes a este assunto estão suspensos até o Supremo se pronunciar. O relator do processo, o ministro Luís Roberto Barroso afirmou que apesar de não ser frequentemente judicializada, a matéria em debate não está adstrita ao interesse das partes.

É importante salientar que o assunto já era debatido nos tribunais brasileiros, havendo, portanto, jurisprudências favoráveis às famílias dos menores, como nas duas decisões a seguir, onde foi reconhecido o direito

ambas as famílias matricularem os seus filhos que cursaram a série anterior na modalidade do homeschooling em escola tradicional:

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AUTORIZAÇÃO PARA MATRÍCULA DE MENOR. SÉRIE ANTERIOR CURSADA EM SISTEMA DE ENSINO DOMICILIAR COM ORIENTAÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO PARTICULAR. HOMESCHOOLING. PAIS MISSIONÁRIOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO DISTRITO FEDERAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO ESTADO E DA FAMÍLIA DE FORMA COMPARTILHADA PARA PROVER A EDUCAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Distrito Federal é parte legítima, juntamente com a escola particular, para figurar no polo passivo de demanda que visa a compelir a expedição de autorização para que a menor possa ser matriculada em instituição de ensino privada, após cursar a série anterior em sistema de homeschooling, tendo em vista que a política educacional é formulada pela administração pública. 2. A família tem obrigação concorrente com o Estado e à sua tutela não se submete, uma vez que aos pais é conferida autonomia plena para dirigir a criação e a educação dos filhos, bem como na escolha do gênero de instrução que será a eles ministrada. 3. Não há norma em nosso ordenamento pátrio que proíba expressamente o ensino escolar na modalidade domiciliar, devendo, obviamente, ser ressalvada a peculiaridade do caso concreto 4. Recurso desprovido. (TJ-DF. Processo nº 0002147-17.2016.8.07.0018, Relator: Josapha Francisco dos Santos, Data de Julgamento: 10/05/2017. Publicado no DJE : 19/05/2017, p. 544/547)

No mesmo ano em novembro, a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) peticionou nos autos requerendo a suspensão dos processos em todo o país que versassem sobre a matéria. Em face da

relevância dos argumentos apresentados e do reconhecimento da repercussão geral, em seu despacho o ministro determinou “a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, nos termos do artigo 1.035 (parágrafo 5º) do Código de Processo Civil e do artigo 328 do Regimento Interno do STF”.

Decisão que trouxe uma sensação de vitória para as famílias que já lutavam na justiça pela regulamentação do ensino domiciliar e que abriu novas portas para aqueles que já pensavam em aderir ao método. Porém, será uma questão de difícil pacificação, uma vez que existem opiniões desfavoráveis a sua legalização, em dezembro de 2015, o procurador geral da República, Rodrigo Janot, se manifestou contrário à medida. Para ele o *homeschooling* fere o artigo 205 da Constituição Federal, que prevê que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da família”.

Neste mesmo sentido o Ministério da Educação se pronunciou no sentido de condenar a prática, “O Poder Público tem a obrigação de recensear, fazer a chamada escolar e zelar para que os pais se responsabilizem pela frequência à escola”, teria alegado o órgão, com base em um parecer no Conselho Nacional da Educação. Porém, não há de se negar que a decisão do STF trouxe segurança e confiança para as famílias de todo o Brasil, que já consideravam a educação domiciliar uma opção e um direito legal de os responsáveis proverem o ensino básico as crianças e adolescentes.

6- CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro ainda é controverso ao tratar da educação domiciliar, de forma que atualmente não há nenhuma resposta concreta em relação ao futuro das famílias que praticam o *homeschooling*, o tema ainda causa muitas dúvidas e receios sobre os seus reais benefícios e malefícios as crianças e adolescentes. Atualmente com a decisão do STF os pais não podem ser condenados judicialmente por optarem em educar os seus filhos em casa, todavia, o *homeschooling* ainda não está regulamentado pelas leis brasileiras. Contudo, poderá haver uma grande virada neste sentido, uma vez que o tema está em pauta no STF para ser apreciado, restando as

famílias a promessa de que um dia a educação domiciliar possa ser de fato uma opção sem negativas consequências jurídicas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2929, 9 jul. 2011. Disponível em: . Acesso em: 21 out. 2017

ANED. A inexistência de expreso tratamento legislativo e constitucional sobre o tema. Disponível em:

**<[https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-direito/ed-
parecer-juridico](https://www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-direito/ed-
parecer-juridico)>. Acesso em: 22 mar. 2018**

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. Propostas que visam à legalização do ensino em casa no Brasil. **Revista de Direito Educacional**, São Paulo, v. 5, p. 41 – 57, jan./jun. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 04 maio 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 30 mar.2018

REVISTA CRESCER. Homeschooling: Brasil já tem 6 mil crianças sendo educadas em casa: **Número de famílias que aderiram ao modelo dobrou em um ano.** Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Crianças/Escola/noticia/2017/01/homeschooling-brasil-ja-tem-6-mil-criancas-sendo-educadas-em-casa.html>>. Acesso em 15 mar. 2018

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: . Acesso em: 02 maio 2018.

FUJITA, Luiz. **Qual foi a primeira escola**, 31 jul 2008. Disponível em: . Acesso em: 22 out. 2017

GATTO, John Taylor. **The Wall Street Journal**, 25 julho 1991. Disponível em: . Acesso em: 21 out. 2017

MARTINS, Vicente. **A lei magna da educação**, 2002. Disponível em: . Acesso em: 22 out. 2017

MIRABETE; Julio Fabrinni. **Código Penal interpretado**.7. ed. São Paulo: Forense 2011.

NOVAES, Luana. **Homeschooling**: conheça o método dos pais que ensinam os filhos em casa. Disponível em: . Acesso em: 15 mar. 2018

PIVOTTO, Debora. **Saiba os prós e os contras da educação domiciliar**. Revista Cláudia, 12 out. 2016. Disponível em: . Acesso em: 15 mar. 2018

SANTOS, Davi. **Estourando a “bolha”**. Educação familiar: ensinando o caminho. Disponível em: . Acesso em: 06 maio 2018.

SALES, Antonia de Jesus. **A escola através dos tempos**.: Análise do processo histórico brasileiro de educação. Disponível em: . Acesso em: 15 mar. 2018

SPERANDIO, Luan. Homeschooling deveria ser permitido no Brasil?.

29 nov. 2017. Disponível

em: <[https://www.studentsforliberty.org/homeschooling-permitido-](https://www.studentsforliberty.org/homeschooling-permitido-no-brasil)

no-brasil>. Acesso em: 20 mar. 2018

NOTAS:

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

[2] “I’ve come slowly to understand what it is I really teach: A curriculum of confusion, class position, arbitrary justice, vulgarity, rudeness, disrespect for privacy, indifference to quality, and utter dependency. I teach how to fit into a world I don’t want to live in”. (GATTO, 1991)

“David learns to read at age four; Rachel, at age nine: In normal development, when both are 13, you can’t tell which one learned first — the five-year spread means nothing at all. But in school I will label Rachel “learning disabled” and slow David down a bit, too”. (GATTO, 1991).

AUTORIA NO DIREITO PENAL

CAMILA NASCIMENTO BARCELLOS:
Advogada. Bacharela em Direito pela
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES.
Pós Graduada em Direito Público:
Constitucional, Administrativo e Tributário.

RESUMO: Este artigo apresenta teorias que buscam conceituar a Autoria no Direito Penal Brasileiro e qual destas é utilizada em seu diploma normativo.

Palavras Chave: Direito Penal. Teorias de Autoria.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve Conceito de Autoria 3. Teorias de Autoria 4. Teoria adotada no Direito Brasileiro 5. Conclusão 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo busca trazer as teorias existentes para conceito de autoria no Direito Penal. O Código Penal não traz esse conceito, que fica a cargo da doutrina, que não é pacífica a esse respeito.

Tendo em vista não serem suportados, para tais conceituações, conceitos estanques, estes se amoldam a cada caso concreto, intermediário conforme necessidade, haja vista as inúmeras possibilidades de aferição de autoria, co-autoria ou participação em crimes.

1. BREVE CONCEITO DE AUTORIA

Autor é quem executa ilícito penal definido em lei (autor imediato), ou se serve de instrumento para agir (autor mediato), cometendo por intermédio de outra pessoa o ato de execução do tipo penal.

Conforme Guilherme Guimarães Feliciano^[1], “para S. Soler, autor em Direito Penal é quem executa a ação expressa pelo verbo típico da figura delituosa. Na preleção de Von Listz [...] autor é aquele que executa por si mesmo o ato de execução do ilícito penal definido na lei”.

Na doutrina de Alberto Silva Franco^[2], é o executor material do fato criminoso.

Existe também a figura do co-autor, explicada por Rogério Greco^[3]:

“coautores serão aqueles que têm o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro do conceito de divisão de tarefas, serão coautores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração, não se exigindo que todos sejam executores, isto é, que todos pratiquem a conduta descrita no núcleo do tipo”

Ou seja, co-autor é um sujeito que atua junto com o autor imediato no sentido de realizar o fato descrito no tipo penal.

2. TEORIAS DE AUTORIA

Conforme Franco, pela Teoria de Autoria Subjetiva ou Subjetiva Causal, o conceito de autor tem caráter extensivo: “É autor todo aquele que gerou condição para causação de um evento típico”.

Levando-se em conta esse conceito, qualquer participação mínima no crime seria atingida pelo conceito de autoria, seriam autores todos que de alguma forma interferissem no resultado. Esse entendimento leva ao máximo o conceito de autor, e ao mínimo o conceito de participação.

Em contraponto à Teoria de Autoria Subjetiva, surgiu a Teoria Formal Objetiva, de caráter restritivo:

⁴ FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 226

“Nesta teoria, Autor é somente aquele que realiza, ainda que em parte, uma figura típica. É apenas quem comete por si mesmo a ação típica, já que só a contribuição à causação do resultado, mediante ações não típicas, não pode fundamentar nenhuma autoria

(Hans Heirinch Jescheck. Tratado de Derecho Penal – Parte General)”

Segundo Alberto Silva Franco^[4], na Teoria Formal Objetiva:

“[...] não há zonas cinzentas entre autoria e participação; os conceitos mostram-se radicalmente distintos. Um exame mais atento revelará, no entanto, que tal separação conceitual não poderá ser levada a extremo. [...] Seria razoável qualificar como partícipe quem, para a execução material de um fato típico, se serviu de um menor inimputável ou de um doente mental?[...]”

No caso abordado, não pode ser participante do crime aquele que evidentemente teve domínio dos acontecimentos típicos, pois é autêntico autor.

Mas quais são, então, as diferenças entre autoria e participação?

A resposta é dada pela doutrina de Costa, Machado e Outros – Código Penal Interpretado^[5]:

“O *autor* se apresenta como aquele que perpetua a ação típica, que age consoante o comando do verbo indicado no modelo legal. Tem ele domínio sobre o fato, por conseguinte, o resultado depende de sua atividade.

A eventual exclusão de sua conduta do feixe de causas do crime implica incoerência do fato típico.

Coautores são aqueles que praticam o mesmo comportamento típico. Não obstante não precisam desempenhar a mesma atividade para consecução do delito, todos cooperam para realização do injusto.

O *partícipe* ostenta papel secundário, pois sua conduta não possui relevo penal igual ao do autor. Embora até contribua para o resultado típico, os limites intrínsecos de seu comportamento impedem que se lhe imponha a culpa pelo todo do curso causal.

3. TEORIA ADOTADA PELO DIREITO BRASILEIRO

O Código Penal Brasileiro adotou a Teoria Restritiva, conforme art. 29 daquele diploma: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Ocorre, no entanto, que nem a Teoria Restritiva nem a Extensiva podem ser usadas totalmente para se atribuir a Autoria, sendo necessário à doutrina utilizar-se de uma terceira teoria que reúna conceitos da Teoria Objetiva e da Teoria Subjetiva: a Teoria Objetivo-Subjetiva, ou Teoria do Domínio do Fato.

A Teoria do Domínio do Fato inspira-se na Teoria Finalista da Ação, criada por Hans Welzel em 1939, que analisa a finalidade do agente com a prática da conduta, e qual era o objetivo do sujeito ao praticar o crime.

Nesta, o autor é aquele que domina a situação do crime, não realizando atos executores diretamente, mas o fazendo por meio de terceiros a seu mando, sendo este mandante considerado também autor.

Rogério Greco (Curso de Direito Penal, 2017), citando Pierangeli, explica como se dá tal forma de autoria:

“Pierangeli, com precisão, aduz ainda que pode ocorrer muitas vezes que “uma pessoa que se encontre à frente de toda uma operação delitiva, orientando-a integralmente e tendo-a sob seu absoluto controle, e, apesar disso, não execute qualquer parcela da conduta que o tipo descreve.” Cita como exemplo o chefe de uma organização mafiosa que ordena aos seus asseclas que elimine o capo do grupo rival. Nesse caso, conclui

o conceituado professor, não pode ser considerado mero partícipe, mas, sim, o verdadeiro autor.”

Vários julgados corroboram a teoria, como o subscrito do STF no ARE 961460-DF Distrito Federal 0072018-64.2011.8.07.0001, publicação no DJe-083 29/04/2016, julgamento em 25 de Abril de 2016 pelo Min. Roberto Barroso:

“[...] APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA PREVISTO NO ARTIGO 1º, INCISO V, DA LEI 8.137190. REJEITADA PRELIMINAR DE NULIDADE DA NÃO-PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTE A APRECIACÃO EM SENTENÇA DAS TESES ACOSTADAS EM MEMORIAIS. REJEITADA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTES EM VIRTUDE DA COMPROVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA RÉ NA GESTÃO DA EMPRESA. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. CONFIGURADO O DOLO DE SUPRESSÃO DE TRIBUTO DEVIDO, COM O FIM DE FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - Tendo em vista que a sentença manifestou-se expressamente sobre as teses suscitadas pelas partes, não há nulidade por negativa de prestação jurisdicional. II A participação da ré na gestão da empresa está devidamente comprovada nos autos e fundamentada em sentença, muito embora o seu nome não conste no contrato social. III - Resta comprovada a autoria delitiva do crime de sonegação fiscal, qual seja, omissão de receita tributável apurada com base, no confronto entre as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito/débito e as saídas declaradas pela empresa no livro fiscal eletrônico, por parte dos sócios administradores da empresa, através da **aplicação da teoria do domínio do fato, a qual considera autor**

quem tem o controle final do fato e decide sobre a prática, circunstâncias e interrupção do crime. [...]"

4. CONCLUSÃO

Observa-se, portanto, que o Código Penal Brasileiro adotou a Teoria Restritiva da Ação, e a doutrina utiliza-se da Teoria do Domínio do Fato para conduzir sua conceituação de forma sólida.

É de se registrar que a Teoria do Domínio do Fato não tem lugar para crimes culposos, apenas dolosos, e fica mais evidente quando diversos atores se unem na empreitada criminosa.

Observa-se ainda que o Código Penal deu tratamento mais rígido a este autor, tendo em vista agravante do concurso de pessoas, previsto naquele diploma: "Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;".

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 13 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 961460. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe de 29-04-2016. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4959697>>. Acesso em 13 de abril de 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Autoria e Participação Delitiva: Da Teoria do Domínio do Fato à Teoria da Imputação Objetiva. Revista dos Tribunais, vol. 839, set. 2005, p. 462.

FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MACHADO, Costa; AZEVEDO, David Teixeira de. Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7ª Ed. Barueri/ SP, Manole, 2017.

NOTAS:

[1] FELICIANO, Guilherme Guimarães. Autoria e Participação Delitiva: Da Teoria do Domínio do Fato à Teoria da Imputação Objetiva. Revista dos Tribunais, vol. 839, set. 2005, p. 462.

[2] FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225.

[3] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

[4] FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225.

[5] MACHADO, Costa; AZEVEDO, David Teixeira de. Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7ª Ed. Barueri/ SP, Manole, 2017.

A NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

LUCAS KERTESZ DE OLIVEIRA

Resumo: O texto trata de alguns motivos pelos quais o Estatuto do Desarmamento deve ser revogado, tendo em vista que a sua implementação somente aumentou a criminalidade, trazendo sensação de insegurança e impotência ao cidadão comum, frente à criminalidade.

Palavras Chave: Estatuto do desarmamento. Criminalidade crescente. Revogação.

1. Introdução

Uma das maiores discussões que existe hoje no Brasil - e bastante polêmica -, refere-se ao armamento ou não da população civil. Argumentos não faltam para ambas as correntes e muitas vezes a paixão aflora durante o debate. Atualmente, está em vigor a Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que concedeu a algumas categorias o direito de ter armas, mas, regra geral, proibiu o cidadão comum de possuí-la, salvo se atender alguns critérios, dentre eles um de natureza subjetiva: a comprovação de necessidade. Assim prescreve a legislação:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

I – os integrantes das Forças Armadas;

II – os integrantes de órgãos referidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 144 da Constituição Federal e os da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP) (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço; ([Redação dada pela Lei nº 10.867, de 2004](#))

V – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

VI – os integrantes dos órgãos policiais referidos no [art. 51, IV](#), e no [art. 52, XIII, da Constituição Federal](#);

VII – os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, os integrantes das escoltas de presos e as guardas portuárias;

VIII – as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei;

IX – para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei, observando-se, no que couber, a legislação ambiental.

X - integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário. ([Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007](#))

XI - os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição Federal e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo

Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. [\(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012\)](#)

Para o cidadão comum obter uma arma de fogo legalmente, ele deve atender aos seguintes critérios:

Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, **além de declarar a efetiva necessidade**, atender aos seguintes requisitos:

I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; [\(Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008\)](#)

II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

2. Dificuldade na obtenção de porte/posse

O problema maior reside no fato de se exigir a comprovação de necessidade, isto porque essa expressão é vaga e imprecisa, cabendo subjetivismos por parte do Delegado de Polícia Federal, dificultando, em muitos casos, a aquisição de posse ou porte, pelo cidadão comum. Muitas vezes, inclusive, pode existir interferência externa da cúpula do Executivo Federal orientando a negar uma determinada quantidade de posse/porte, ao vislumbrar que está se expedindo um número excessivo, ou mesmo a existência de preferências pessoais do próprio Delegado para concedê-lo. Por isso, necessária uma alteração, para que todos os critérios sejam de origem objetiva e uma vez preenchidos, seja expedido o documento pertinente.

Note-se que há uma distinção entre as formas de obtenção de arma, a posse e o porte. A primeira se refere a possuir uma arma de fogo, legalmente, em sua residência ou em seu local de trabalho, desde que, neste caso, seja o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa. Na segunda, a arma pode ser trazida consigo, ou seja, o porte permite que o indivíduo ande com a arma fora de seu lar ou do trabalho. Deve, obviamente, existir maior rigor na concessão do porte do que para a posse, basicamente porque com ele há o direito de levar a arma para qualquer lugar, todavia, esse rigor não pode ser tanto a ponto de inviabilizar ou dificultar sobremaneira sua obtenção, como ocorre atualmente com o Estatuto do Desarmamento.

Em que pese haver muita gente que se posiciona contrariamente à liberação de armas para as pessoas civis, não é essa a melhor saída para a diminuição da criminalidade. Primeiramente porque o cidadão civil que quer obter sua arma legalmente, busca sua proteção e de sua família. Não é normal colocar como regra que o brasileiro não tem cultura para ter uma arma e que se tiver sairá por aí atirando, no estilo velho oeste. A questão primordial é a autodefesa, que está sendo negada pelo Estado. Não dá para dizer, depois de 15 anos de Estatuto de Desarmamento, que ele funcionou para o objetivo principal a que pleiteava, qual seja, a diminuição de crimes violentos. Pelo contrário, os homicídios chegam a níveis cada vez maiores, aumentando ano após ano. E mais, serviu para que as pessoas, cada vez mais, tranquem-se em suas casas, e nem mesmo lá se sintam seguras. O criminoso simplesmente perdeu o medo de invadir residências ou atacar as pessoas na rua e fazer todo o tipo de barbárie que quiser, já que não encontrará qualquer resistência por parte da vítima.

Não à toa existe essa “explosão” de criminalidade, já que para o bandido o Estatuto do desarmamento não impede absolutamente nada, uma vez que o mesmo já infringe a lei, não sendo um problema para ele adquirir uma arma ilegalmente. Pelo contrário, qualquer pessoa pode facilmente comprar uma arma ilegal, basta saber procurar e ter dinheiro. Simples assim! Desse modo, a única coisa que o desarmamento fez foi tirar o direito de defesa do cidadão, que trabalha todos os dias, paga seus impostos e quer proteção. Alguns dizem que com isso aumentará o número

de homicídios, crimes violentos e que por qualquer banalidade as pessoas resolveriam suas diferenças. Ora, se as pessoas estão buscando obter uma arma legalmente, o que já é bastante difícil, não há porque esse temor. Até mesmo porque a arma e munições estarão em nome do proprietário, facilitando e muito a identificação de qualquer desvio de conduta. O problema da violência nunca foi o cidadão de bem, mas sim os criminosos. Quem tem a índole assassina ou uma personalidade voltada à prática de delitos violentos, os praticarão tendo uma arma de fogo ou não, utilizando uma faca, um bastão, ou qualquer outro objeto. Caso algum civil cometa um crime violento, não há porque culpar a arma, a culpa é da pessoa, que deverá ser punida rigorosamente. Culpar a arma é o mesmo que culpar a vítima de estupro ao invés do autor do crime. Além do mais, não se pode colocar casos pontuais como regras, já que antes do Estatuto do Desarmamento armas eram livremente comercializadas, e não havia tantos homicídios como se tem hoje. Portanto, a relação de número armas por quantidade de homicídios parece bastante equivocada.

Outro ponto importante de se falar é que a polícia não consegue estar em todos os locais ao mesmo tempo, o efetivo e demais fatores lógicos impedem isso. Não somente no Brasil, mas em qualquer país do mundo. Todavia, os crimes não param e qualquer um pode ser eleito a vítima da vez, já que o crime é bastante democrático, atingindo a todos, indistintamente. Por isso, para quem quiser e cumprir os requisitos, que devem ser objetivos, é de fundamental importância que tenha sua arma, já que do outro lado, na grande maioria dos casos, o criminoso estará. Isso não quer dizer que todo mundo vai sair atirando por aí, mas sim que os bandidos pensarão duas vezes antes de adentrar uma casa para furtar, roubar ou praticar qualquer crime que seja.

Imagine a situação de uma mulher estar andando sozinha na rua tarde da noite, voltando para sua casa, depois de um dia cansativo de trabalho, passando por um bairro conhecido por ser perigoso. Por que não pode essa mulher ter uma arma dentro de sua bolsa para se defender de eventual crime, como estupro, por exemplo? Quem poupa o lobo, sacrifica a ovelha, isso é um fato. O que se quer com a facilitação e permissão de compra de armas por um cidadão comum é a proteção. Não significa que as armas serão distribuídas em prateleiras de supermercados, haverá regras para

obtenção, como testes psicológicos, comprovação de emprego fixo e residência certa, certidão negativa de antecedentes criminais, capacidade técnica para utilizar a arma, etc.

3. Conclusão

Não se quer aqui dizer que com a flexibilização na obtenção da posse e do porte, irá se resolver o problema da criminalidade, logicamente que não. Existem inúmeras outras providências a serem tomadas em conjunto pelo Poder Público, para que haja uma diminuição significativa. Dentre elas são necessários investimentos maciços em segurança pública, principalmente para aumentar os índices de solução dos crimes; políticas públicas no combate à criminalidade; maior rigor nas leis penais, para que os criminosos realmente fiquem presos, combatendo-se assim a impunidade, tão presente no cotidiano do brasileiro; retaguarda jurídica aos policiais; dentre outras medidas imprescindíveis, que com vontade política podem sim diminuir a criminalidade.

4. Referências

Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento).

SUCESÕES NA UNIÃO ESTÁVEL

RAFAEL DO NASCIMENTO SILVA

RENATO GODINHO
(Orientador)

RESUMO: A presente exposição, tem como alvo explicar a verdadeira situação do companheiro no momento da sucessão, levando em consideração as disposições Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no que se diz respeito à união estável e o artigo 1.790 do vigente Código Civil Brasileiro. Logo, este trabalho realiza uma apreciação quanto aos direitos do companheiro e os direitos do cônjuge no ato sucessório.

Palavras-chaves: União estável. Cônjuge. Companheiro. Direitos sucessórios.

ABSTRACT: This exhibition aims to explain the true situation of the companion at the time of the succession, taking into account the provisions of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 with respect to the stable union and article 1.790 of the current Brazilian Civil Code. Therefore, this work makes an appreciation as to the rights of the partner and the rights of the spouse in the act of succession.

Keywords: Stable union. Spouse. Companion. Succession rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.

1.1. Principais características da união estável. 1.2. União estável e o concubinato. 1.3. Conversão da união estável em casamento. 1.4. União estável entre pessoas do mesmo sexo. 2. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO. 2.1. Requisitos para sucessão do companheiro. 3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART 1.790 DO CC. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O direito das sucessões é o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento (CC, art. 1.786). Consiste, então, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão do ativo e do passivo do *de cujus* ao herdeiro. (DINIZ, 2010).

O presente trabalho aborda o direito à sucessão decorrente do falecimento do autor da herança dentro da união estável. Entidade familiar reconhecida pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, parágrafo 3º e regulamentada pelas Leis Especiais 8.971/94, 9.278/96 e pelo Código Civil. Busca refletir sobre a possível inconstitucionalidade do artigo 1.790, do Código Civil, que ao prever um direito sucessório para o companheiro diferente daquele previsto para o cônjuge fere, não apenas o direito a igualdade, como anos de evolução história e social.

Em 1988, a Constituição Federal apresentou um avanço reconhecendo a união estável entre homem e mulher como forma de constituição de família ou entidade familiar, e garantindo direitos as pessoas que antes eram vistos apenas como uma sociedade de fato.

Em 2002, entra em vigor no Brasil, o Código Civil de 2002, que ao tratar da sucessão do cônjuge, elevando-o a condição de herdeiro necessário.

Tal como ocorreu em relação ao cônjuge, a sucessão do companheiro sofreu profundas alterações no novo Código. Alterações que eram esperadas ansiosamente por uma sociedade em constante evolução, que em momentos anteriores admitiu a Lei de Divórcio e na jurisprudência passou a reconhecer o concubinato.

Ao tratar do direito de herança do companheiro no artigo 1.790, a nova lei força caminho na contramão da evolução. Isso porque, apresenta não apenas, diferente ordem sucessória daquela prevista para o cônjuge, como limita o direito de herança aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

O trabalho pretende demonstrar que esses direitos não recepcionadas pelo Código Civil de 2002, trouxe uma desigualdade de direitos, ferindo princípios constitucionais.

1 CONCEITO DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Monteiro (2007, p.21) define o instituto do casamento como “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

Pode-se concluir que o instituto do casamento consiste justamente numa junção entre o homem e a mulher com o intuito de procriar e criar seus filhos em plena harmonia com os preceitos jurídicos e sociais.

A união estável representa a ligação entre o homem e a mulher, sem a realização do casamento.

A união entre homem e mulher sem casamento, sempre existiu, e como sabemos na antiguidade era algo reprovável e condenável.

Em outras palavras, a união estável é a ausência do casamento para aqueles que vivam como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento. (MONTEIRO, 2007).

Assim, como não define a maioria dos institutos que regulamenta, o Código Civil também não traz o conceito de união estável. Nem deveria. Aliás, esse é o grande desafio do direito das famílias contemporâneo, pois definir união estável, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, começa e termina por entender o que é família. Não é fácil codificar tema que está sujeito a tantas e tantas transformações sociais e culturais. E não é nada simples, na atualidade, conceituar família, que deixou de ser núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de afeto e de amor. Este novo conceito de família acabou consagrado pela Lei Maria da Penha (L 11.340/06), que identifica como família qualquer relação íntima de afeto (DIAS, 2010, p. 170).

Para que se configure união estável é necessário o preenchimento de alguns requisitos, como a constituição de família, não sendo suficiente de acordo com Monteiro o simples “objetivo de constituição de família”, devendo, assim, ser interpretado o dispositivo legal. (MONTEIRO, 2007, p. 31).

A união estável difere do casamento, fundamentalmente, pela inexistência da adoção da forma solene exigida por lei para que as pessoas de sexos diversos sejam consideradas civilmente casadas.

Com segurança, o que se pode afirmar é que a união estável se inicia com um vínculo afetivo. Vínculo esse que gera um envolvimento que transcende os limites da relação, fazendo com que duas pessoas passem a ser identificadas na sociedade como uma entidade familiar merecedora de tutela jurídica.

1.1 Principais características da união estável

O artigo 1.724, do Código Civil estabelece que a união estável obedecerá aos seguintes deveres: lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Para Dias (2007), o código civilista, ao impor à união estável tão-só o dever de leal, prevê que inexistente a obrigação de ser fiel. Todavia, esse não é o melhor entendimento. Isso porque, os demais deveres ali impostos, como assistência e guarda, permite que se conclua a lealdade como uma obrigação mais ampla, que envolve não somente o impedimento de vínculos paralelos, mas a obrigação de ser sincero, franco e honesto.

Para que haja o reconhecimento da união estável devem estar presentes alguns requisitos, sendo eles:

[...] a) diversidade de sexo; b) a inexistência do impedimento matrimonial entre os conviventes; c) a exclusividade; d) a notoriedade ou publicidade da relação; e) a aparência de casamento perante a sociedade, como se os conviventes tivessem contraído matrimônio civil entre si; f) coabitação; g) a fidelidade;

h) a informalização da constituição da união; i) a durabilidade, caracterizada pelo período de convivência para que se reconheça a estabilidade da união. (LISBOA, 2002. 135p.)

Da mesma maneira Cavalcanti (2004), destaca que a união entre homem e mulher, legalizada ou não, pode ser caracterizada através do animus e de alguns elementos configuradores.

Afirma ainda, Cavalcanti (2004), que a união exclusiva é interligada principalmente pelo princípio da monogamia, e enfatiza que "A lei não admite é o reconhecimento de relacionamento múltiplos, paralelos ou concorrentes, que não são marcados pela exclusividade e pela monogamia como quer a sociedade e o sistema legal vigente".

1.2 União estável e o concubinato

Há uma distinção da doutrina e jurisprudência entre as relações afetivas livres das adúlteras, com o fim de afastar a identificação desta união como estável.

Antigamente, a união estável era denominada de concubinato. Apesar da discriminação conferida a ela, correspondia a um fato social marcante na sociedade e que, por isso, ganhou juridicidade frente ao ordenamento jurídico pátrio (DIAS, 2007).

A união estável, entidade equiparada à família pela Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 3º, pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato.

Por outro lado, a relação concubinária pode ser entendida como aquela que abrange relacionamentos e convivências à margem do casamento e que vulneram os impedimentos existentes para a concretização de nova relação matrimonial, como as que consistem em quebra do dever de fidelidade, quando uma pessoa casada, por exemplo, mantém vida concubinária simultaneamente com sua convivência conjugal.

A súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, procurou beneficiar a companheira, ao expressamente dispor: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

1.3 Conversão da união estável em casamento

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, determinou que fosse facilitada sua conversão em casamento. É o que prevê a parte final do art. 226, parágrafo 3º. A ideia é promover com maior simplificação, a instituição matrimonial, visto que os nubentes já formam entre si uma outra espécie familiar – a união estável –, o que retiraria a originalidade da relação a ser estabelecida pelo casamento.

Para Dias (2010) o Código Civil deixou de obedecer dita recomendação. Exigir a interferência judicial não é facilitar, é burocratizar, é onerar. Deixa a lei de atender à determinação constitucional ao determinar que o pedido seja dirigido ao juiz, para ser posteriormente levado ao registro civil (CC 1.726). Esse procedimento, às claras, em nada facilita a conversão. Ao contrário, a dificulta. Por isso, a doutrina vem considerando inconstitucional esse dispositivo.

De fato, a alteração da competência para a conversão, da administrativa para judicial, além de representar, na verdade, não uma substituição, mas um acréscimo do âmbito jurisdicional, agrega despesas e dispêndios aos requerentes, como honorários advocatícios e custas processuais. Sem dúvida, sob o ponto de vista prático, continua sendo muito mais fácil casar do que converter uma união estável em casamento.

Não trouxe a lei civil qualquer regra sobre a forma de operacionalizar a transformação da união estável em casamento. Resoluções dos tribunais estaduais regulamentam o procedimento da conversão. Porém, continuarão sendo normas sem aplicabilidade, já que não foram eliminadas formalidades nem afastadas burocracias. Além disso, como lembra Paulo Lôbo, a transformação acaba sendo desinteressante até porque há deveres aplicáveis apenas aos cônjuges, e não aos companheiros, como da fidelidade recíproca e a coabitação.

1.4 União estável entre pessoas do mesmo sexo

União Homoafetiva são relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo que possuem afeição semelhante, ainda que com orientação sexual diversa. (LISBOA, 2004).

[...] A união familiar entre pessoas do mesmo sexo, também denominada união homoafetiva, é entidade familiar própria, tutelada pela norma de inclusão do artigo 226 da Constituição, que não a discrimina. A ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque a norma constitucional é autoaplicável, independentemente de regulamentação. As uniões homoafetivas são constitucionalmente protegidas como tais, com sua natureza própria. Em sua singularidade, equiparam-se para fins de direitos e deveres jurídicos, às uniões estáveis, por aplicação analógica, na forma do artigo 4º da Lei de Introdução. (LOBO, 2014, p. 152).

Em 2011 foi julgado a ADI 4.277, pelo Supremo Tribunal Federal, que classificou a relação homoafetiva como união estável. Já o Tribunal, conforme o artigo 1.723 do Código Civil não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção do Estado, em virtude do que lhe deu interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento dessa união como entidade familiar. Logo, concluiu o Tribunal que o reconhecimento jurídico deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heterossexual. A decisão recebeu efeito vinculante, o que impõe aplicação obrigatória pelos tribunais brasileiros, tal como se dá com a lei editada pelo Poder Legislativo. (LÔBO, 2014).

Conforme decisão do STF, os direitos sucessórios do companheiro em união estável homossexual ou homoafetiva é considerada e equiparadas à união estável heterossexual.

Conforme Paulo Lôbo, na Constituição atual, não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento”, sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu.

Para Dias (2010), a sexualidade integra a própria condição humana. É direito humano fundamental que acompanha a pessoa desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Ainda que tenha se omitido o legislador de referir às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem.

2 DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO

O direito de sucessão inicia-se a partir do falecimento de um dos cônjuges, ela determina a abertura da sucessão hereditária. A transmissão de bens ao herdeiro se dá no momento da morte do falecido, independentemente de quaisquer formalidades.

No caso da morte, ao transferir a herança, transmite-se ao apenas a propriedade e a posse de bens e direitos do *de cuius*, mas também tudo que esse era titular, como as dívidas, as pretensões e ações contra ele, pois compreende o ativo e passivo.

O direito sucessório está previsto no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.790 trata a sucessão daqueles que vivem em união estável.

Para o estudo da divergência sobre a caracterização do companheiro como herdeiro necessário ou não, é necessária a análise do artigo 1.845, do CC/02, que assim dispõe “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”, qual verifica-se que o companheiro não está expresso no rol legal do artigo 1.845, supra.

[...] A sucessão concorrente converte tanto o cônjuge quanto o companheiro em herdeiros necessários. O companheiro concorre com qualquer

herdeiro do de cujus, do descendente ao colateral de quarto grau, sendo nesse sentido herdeiro necessário. Assim, não pode o testador excluí-lo de sua sucessão, se tiver deixado qualquer parente sucessível. (LOBÔ, 2014, p. 148).

Ainda que a união estável não se confunda com casamento, gera um quase casamento na identificação de seus efeitos, dispondo de regras patrimoniais praticamente idênticas.

Há uma circunstância que faz a união estável mais vantajosa do que o casamento, ao menos quando um, ou ambos, têm mais de 60 anos. Para quem casar depois dessa idade, o casamento não gera efeitos patrimoniais. É o que diz a lei (CC 1.641 II), que impõe o regime da separação obrigatória de bens. Essa limitação, no entanto, não existe na união estável, não cabendo interpretação analógica para restringir direitos (DIAS, 2010, p. 179).

No casamento, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens, por meio de pacto antenupcial, podem optar entre um dos regimes previamente definidos na lei ou estabelecer o que melhor lhes aprouver, desde que não haja afronta a disposição absoluta da lei (CC 1.655). Na união estável, os conviventes têm a faculdade de firmar contrato de convivência (CC 1.725), estipulando o que quiserem. Quedando-se em silêncio tanto os noivos como os conviventes, a escolha é feita pela lei: incide o regime da comunhão parcial de bens.

No regime da comunhão parcial, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em parte iguais. Instala-se um estado de condomínio entre o par, que é chamado de mancomunhão. A presunção de propriedade do titular aparente no registro não é mais absoluta, e o companheiro é patrimonialmente equiparado a cônjuge. Adquirido o bem por um, transforma-se em propriedade comum, devendo ser partilhado por metade na hipótese de dissolução de vínculo. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o

seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a cotitularidade do outro. Trata-se de presunção *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade (CC 1.659 e 1.661): bens recebidos por herança, por doação ou mediante sub-rogação legal. Ao convivente que quiser livrar da divisão determinado bem adquirido durante o período de convívio, cabe a prova de alguma das exceções legais. Em face da presunção de comunicabilidade, incumbe a quem alega comprovar a situação que exclui o patrimônio da partilha (DIAS, 2010, p. 180).

2.1 Requisitos para sucessão do companheiro

É necessário a existência da união estável com o *de cujus*, não precisa necessariamente ter o reconhecimento em vida, podendo o companheiro (a) requerer o reconhecimento após a morte.

Em relação aos bens, é necessário um segundo requisito, é que esses tenham sido adquiridos onerosamente no período em que havia a união estável. Nesse ponto, a doutrina observa a confusão que o legislador fez entre sucessão e meação. Isso porque, conforme prevê o artigo 1.725 do Código Civil, na união estável, não havendo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se no que couber o regime de comunhão parcial de bens, logo, na meação, não se exige prova de esforço comum na aquisição de bens, bastaria existir a união estável para que a meação seja devida. (NETO CARVALHO, 2007).

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, entende que esse artigo é inconstitucional sob a ótica do Direito Material, pois restringe a amplitude da proteção determinada pela própria Constituição Federal. (GAMA, 2003).

[...] Indaga-se se esse tratamento discriminatório entre cônjuges e companheiros pode ser acolhido no âmbito da discricionariedade da lei infraconstitucional ou é incompatível com a Constituição, incorrendo em inconstitucionalidade. Ou, ainda, se é possível emprestar ao artigo 1.790 do Código Civil

interpretação em conformidade com a Constituição, sem redução de seu texto. Nosso entendimento é de total incompatibilidade do dispositivo com a Constituição. (LÔBO, 2014, p. 150).

A carta magna, ao estabelecer, a proteção a toda entidade familiar, segue o princípio da isonomia, dando a todas elas o mesmo tratamento legal. Tanto é verdade que iguala ambas sob a alcunha de “entidades familiares”.

No mesmo sentido, o “artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco”, e por fim conclui “a discrepância entre a oposição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais. (VELOSO, 2005, p. 248).

Considerando inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, não há vazio legal quanto aos direitos sucessórios do companheiro. É aplicado as mesmas regras do Código Civil sobre os direitos sucessórios do cônjuge. De acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia.

O Supremo Tribunal Federal julgou no dia 10 de maio de 2017 o RE 878694 que tratava de união de casal heteroafetivo e o RE 646721 abordava sucessão em relação homoafetiva. Enfim, chegou-se à conclusão de que não existe fator de discriminatório que justifique o tratamento desigual entre companheiro e cônjuge como impõe o Código Civil, nem o mesmo o fator biológico.

Por fim, com essa decisão do STF, os demais Tribunais deverão seguir a mesma linha, pois a decisão é de caráter repetitivo.

CONCLUSÃO

Vimos que o direito de sucessões é amplo, podendo ter vários entendimentos, buscou-se nesse presente trabalho com o advento do

Código Civil de 2002 mostrar que a união estável e o casamento são institutos diferentes e assim são tratados, cada qual com suas peculiaridades.

Podemos concluir que o casamento é uma junção entre o homem e a mulher com o objetivo de gerar e criar seus filhos em plena harmonia com os preceitos jurídicos e sociais, já a união estável representa a ligação entre o homem e a mulher, sem a realização do casamento.

Em outras palavras, a união estável é a ausência do casamento para aqueles que vivam como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento.

Além do mais, verifica-se também o fato de ter sido atribuído ao cônjuge como herdeiro necessário, não se foi estendido o benefício ao companheiro.

O art. 1.790 do Código Civil apresenta desconexões entre os direitos antevistos ao cônjuge no art. 1.829 CC, no comovedor a ordem da capacidade hereditária, em relação ao companheiro, de forma que contrariou os princípios norteadores da Constituição Federal.

Conclui-se que apesar da Constituição Federal em seu artigo 226, §3º, reconhecer e dar proteção jurídica as uniões formadas pelos laços de afeto e do convívio duradouro, sem o formalismo legal, atendido os requisitos legais, torna-se realmente lamentável a posição anteriormente adotada pelo ordenamento jurídico, em relação à diferenciação no plano sucessório entre as duas espécies de família, ou seja, a surgida a partir do casamento e a originada da união estável, o que acarreta lamentável afronta ao princípio constitucional da isonomia.

No entanto, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC, espera-se que os aplicadores do direito possam operar com retidão, respeitando a igualdade, analogia, como prega os princípios norteadores da Constituição Federal,

aparecendo no mundo jurídico uma nova era para o direito das sucessões que vem se moldando as necessidades da sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ALMEIDA, RENATA BARBOSA DE. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar do Direito Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.5, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões**. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, 2004.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e União Estável: requisitos e efeitos pessoais**, São Paulo: Manole, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO CARVALHO, Inácio de. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Sucessões**. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003.

VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**. In. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito da família e o novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ANGHER, Anne Joyce (Org). **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 16 ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O CRIME DE "ESTUPRO VIRTUAL"

LEONARDO DE SALES DIAS:

Advogado, especialista em direito e processo penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

1. Introdução

Com o avanço e a disseminação do uso da tecnologia, em especial as relacionadas ao acesso e a utilização da rede mundial de computadores, é certo afirmar que as sociedades incorporaram novos padrões de comportamento havendo, portanto, uma quebra de paradigma em diversas áreas das ciências sociais. Podemos tomar como exemplo, no campo da comunicação via a rede mundial de computadores, a interface quase que integral e em tempo real, entre as pessoas, sejam elas conhecidas ou não entre si. Já no campo da educação, passou a ser comum a disponibilização de plataformas de ensino à distância, as quais podem ensinar a flexibilização dos períodos de aula e podem ajudar a fomentar o dinamismo na forma de aprendizado. Na esfera das ciências jurídicas, a tecnologia causou uma enorme mudança no que tange aos fatos sociais submetidos a apreciação do Poder Judiciário e também revolucionou o próprio processamento da ação judicial. Especificamente no campo do Direito Penal, podemos afirmar que está em andamento uma fase de adequação das normas penais e de suas regras de aplicação aos crimes denominados "informáticos".

Nesse novo contexto social, verifica-se que novas situações vão surgindo e quando da busca da tutela jurídico-penal, há vezes em que fica difícil ou controversa a definição do tipo penal a ser aplicado ao caso concreto. E é nesse contexto que os juristas tem buscado construir novas definições e aplicações teóricas, a fim de contemplar o que se chama de crime informático. A construção dessa dogmática tem passado por diversos estágios, tanto que em 2007 a advogada Patrícia Peck Pinheiro, especialista em direito digital, asseverou que o crime informático "não é crime-fim por natureza, ou seja, o crime cuja modalidade só ocorra em ambiente virtual, à exceção dos crimes cometidos por hackers, que de algum modo podem ser

enquadrados na categoria de estelionato, extorsão, falsidade ideológica, fraude, entre outros”. [1]

Contudo, a evolução tecnológica e o conseqüente crescimento das condutas ilícitas praticadas em meios digitais trouxeram um novo entendimento sobre as características de crimes informáticos, de forma que, atualmente, é pacífica a ideia de que o crime informático tanto pode ser o crime cometido por meio da internet, onde a rede mundial de computadores é apenas um instrumento para o cometimento da atividade-fim ilícita, quanto pode ser objeto da própria atividade ilícita. Nesse sentido Damásio de Jesus e José Antonio Milagre definem crime informático como:

(...) fato típico e antijurídico cometido por meio da ou contra a tecnologia da informação. (...) Assim, é um fato típico e antijurídico, cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores. Em verdade pode-se afirmar que, no crime informático, a informática ou é o bem ofendido ou o meio para a ofensa a bens já protegidos pelo Direito Penal.[2]

Como exemplo de tal situação, temos a questão do denominado “estupro virtual”. O tema tem sido notícia nos principais meios de comunicação do país e como exemplo podemos citar o caso ocorrido no Estado do Piauí, noticiado pelo site da Folha de São Paulo, em 10 de agosto de 2017. Na situação em comento um homem teria sido preso por estupro por exigir, via a rede mundial de computadores, que sua ex-companheira lhe enviasse fotos em que ela apareceria se masturbando, sob a ameaça de ter suas fotos íntimas vazadas na internet. A vítima teria inicialmente cedido às ameaças do autor, contudo, no anseio de obter novas imagens da vítima o acusado teria reiteradamente realizado a conduta ilícita. [3]

Inicialmente, cabe esclarecer que apesar de ser um tema relativamente novo, alguns países já demonstram ter enormes problemas com relação a esse tipo de conduta, nos Estados Unidos, por exemplo, onde o tema geralmente é definido como “sextortion” há um estudo elaborado por Janis Walok e David Finkelhor, ambos pesquisadores da Universidade

de Hampshire, onde foi verificado que tal conduta ilícita é capaz de causar um grande impacto emocional nas vítimas. A pesquisa foi realizada entre um público de homens e mulheres e aponta que cerca de 24% das vítimas entrevistadas tiveram que recorrer a tratamento médico ou psicológico e, ainda, que cerca de 12% das vítimas tiveram que mudar de residência, como resultado da conduta ilícita sofrida.^[4] O estudo destaca que apenas 1 em cada 5 vítimas noticiam o fato a terceiros.

2. Da tipicidade da conduta

A Lei nº 12.015/09, a qual representou uma relevante alteração na tipificação dos crimes contra a liberdade sexual, trouxe uma nova redação ao art. 213 do Código Penal, passando, portanto, a definir o crime de estupro como sendo a constrição de alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Dessa forma, temos que o núcleo do tipo penal do estupro é o verbo constranger, que, segundo Rogério Greco, tem o sentido de obrigar, forçar, subjugar a vítima, a fim de obter uma vantagem sexual, mediante violência ou grave ameaça. ^[5] Trata-se de crime doloso, onde o elemento subjetivo do tipo é a satisfação da lascívia do agente, ou seja, a satisfação de sua libido.

A violência, *vis corporalis*, se dá mediante a utilização de força física (lesão corporal ou vias de fato), enquanto a grave ameaça, *vis compulsiva*, pode ser expressa ou implícita, direta ou indireta. Essas definições ressaltam a ideia de que a violência ou a grave ameaça podem, portanto, recair sobre a pessoa da vítima ou ainda sobre terceiros, geralmente pessoas próximas à vítima, uma vez que a ameaça tem o escopo de subjugar a vontade da vítima mediante o temor dessa frente ao agente. É certo afirmar também que a definição de ato libidinoso é ampla e contempla qualquer ato sexual diverso da conjunção carnal, o que pode incluir atos que vão desde a contemplação lascívia até o coito anal ou inter femora.

Na análise do crime de estupro designado “virtual”, temos que um agente, o qual pode ser do sexo masculino ou feminino, constrange outra pessoa, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com

ele se pratique outro ato libidinoso, tudo via a rede de tecnologia da informação.

A principal celeuma que se instaura nessa modalidade de ação é a ausência de contato físico entre o agente e a vítima, uma vez que todo o contexto das ações ocorre por meio virtual. Sobre o tema, Rogério Grecco leciona que:

Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar.^[6]

Ainda sobre tal questão, urge destacar a recente decisão proferida pelo STF em 17/08/2017, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1066864 RS, cuja relatoria é do Ministro Dias Toffoli e no qual ficou assentado o entendimento no sentido de que a caracterização do crime de estupro prescinde a existência de contato físico entre o agente e a vítima. Em sua decisão o ilustre Ministro expôs que:

(...) a maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. (...) Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal.

Diante do acima exposto, ao analisarmos o ato criminoso efetivado no Estado do Piauí, conforme anteriormente citado, podemos afirmar que estamos diante de ato tipificado nos termos do art. 213 do Código Penal, uma vez que encontram-se presentes todas as elementares do tipo penal, a saber: o constrangimento mediante grave ameaça, uma vez que o agente pressionou a vítima, ameaçando divulgar suas imagens íntimas na internet e o fim específico consistente na prática de ato libidinoso.

Não obstante os casos de estupro virtual serem, em sua grande maioria, fatos ocorridos por meio da grave ameaça, seja ela efetuada por e-mail, *chats*, *whatsapp*, ou qualquer outro meio de comunicação eletrônica, de forma a causar o arrebatamento psicológico da vítima, entendo que o delito possa vir a ser praticado também mediante violência, nesse caso, a violência deveria recair sobre um terceiro que esteja em contato com o agente agressor. Nessa hipótese a vítima teria ciência da violência sofrida pelo terceiro e, por esse motivo, cederia aos desejos do delinquente.

Porém, há entendimentos no sentido de que o fato ocorrido no Estado do Piauí não caracterizaria o crime de estupro, como é o caso do advogado José Renato Martins, o qual entende ser indispensável a contato físico entre o agente e a vítima para a caracterização do crime de estupro. Dessa forma, há uma corrente que não aceita a possibilidade de que o crime de estupro ocorra por meio da rede mundial de computadores. [7]

3. Conclusão

Da análise do acima exposto, considero ser possível a tipificação, como crime de estupro, de conduta atentatória à dignidade e liberdade sexual efetivada por meio de sistemas de tecnologia, em especial a internet, independentemente do contato ou proximidade física entre o autor e a vítima.

Cabe observar, ainda, que, não obstante o posicionamento de importantes juristas, tais como Rogério Grecco, Fernando Capez e Guilherme de Souza Nucci, no sentido de que fatos atentatórios ao pudor considerados de pouca importância não deveriam ganhar a repercussão prevista para o crime de estupro, [8] devemos considerar que, com o avanço da tecnologia, tal fato considerado como “de pouca importância” pode

ganhar grande visibilidade por meio da internet. Nessa condição, há a possibilidade de serem maximizadas as consequências do dano sofrido pela vítima, sendo, portanto, temerário se falar em fatos de pouca importância.

BIBLIOGRAFIA

- PINHEIRO, Patrícia Peck. Apud. JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. Manual de Crimes Informáticos.

- WOLAK, Janes. FINKELHOR, David. Sextortion: findings from an online survey about threats to expose sexual images. Disponível em: <http://www.unh.edu/ccrc/Sextortion%20Report%20final%206-22-2016.pdf>. Acesso em: 17/12/2017.

- GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, Vol. III. 14ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

- GRECO, Rogério. Apud. SUZUKI, Cláudio. Afinal de contas, existe ou não "estupro virtual". Disponível em: <https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/490709922/afinal-de-contas-existe-ou-nao-estupro-virtual>. Acesso em: 17/12/2017.

- MARTINS, José Renato. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/opiniao-crime-estupro-real-nunca-virtual>. Acesso em: 17/12/2017.

- SILVA, Jéssica Fernanda. O princípio da proporcionalidade, o conceito de ato libidinoso no crime de estupro e a criação de um tipo penal intermediário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4737, 20 jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49529>. Acesso em: 16 dez. 2017.

NOTAS:

[1] PINHEIRO, Patrícia Peck. Apud. JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. Manual de Crimes Informáticos.

[2] JESUS, Damásio de. Milagre; José Antonio. Manual de Crimes Informáticos. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

[3] Disponível

em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1908758-policia-prende-homem-suspeito-de-praticar-estupro-virtual-no-piaui.shtml>. Acesso em 15/12/2017.

[4] WOLAK, Janes. FINKELHOR, David. Sextortion: findings from an online survey about threats to expose sexual images. Disponível em: <http://www.unh.edu/ccrc/Sextortion%20Report%20final%206-22-2016.pdf>. Acesso em: 17/12/2017.

[5] GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, Vol. III. 14ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

[6] GRECO, Rogério. Apud. SUZUKI, Cláudio. Afinal de contas, existe ou não "estupro virtual". Disponível em: <https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/490709922/afinal-de-contas-existe-ou-nao-estupro-virtual>. Acesso em: 17/12/2017.

[7] MARTINS, José Renato. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/opiniao-crime-estupro-real-nunca-virtual>. Acesso em: 17/12/2017.

[8] SILVA, Jéssica Fernanda. O princípio da proporcionalidade, o conceito de ato libidinoso no crime de estupro e a criação de um tipo penal intermediário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4737, 20 jun. 2016. Disponível em: . Acesso em: 16 dez. 2017.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO AOS FILHOS

FERNANDA DURÃES DO NASCIMENTO MONTEIRO BARBOSA: Bacharelanda do curso de Direito pela Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA
(Orientadora) [1]

RESUMO: O presente artigo visa discutir a respeito do abandono afetivo nas relações de família. As relações familiares com sua evolução passaram a ser identificadas pelo vínculo de afetividade entre seus membros, comprovando que o princípio da afetividade vem se tornando cada vez mais popular dentro da legislação brasileira, como um princípio fundamental no âmbito do direito de família. Sendo assim, dentro da legislação são impostos no âmbito do afeto direitos e obrigações aos pais em relação aos seus filhos e, no momento que estas normas são descumpridas, os pais devem ser responsabilizados. Tendo em vista, os pais têm a incumbência de educar, assistir, cuidar, dar atenção, participar do desenvolvimento e dispor de condições necessárias para que seus filhos possam ser criados em um ambiente saudável. O abandono afetivo é um assunto que vem ganhando grande repercussão em tribunais e no cotidiano das pessoas, tornando-se uma questão de grande relevância, pois suas conseqüências podem acarretar ao filho sérios prejuízos para sua vida, podendo até gerar transtornos mentais e assim causando danos ao bem mais precioso do ser humano, que é a sua saúde psicológica. Contudo, considera-se que o objetivo central do presente artigo é sobre a análise jurisprudencial a respeito deste assunto, das questões sobre a responsabilidade dos genitores, configuração do abandono afetivo nas relações familiares frente ao ordenamento jurídico brasileiro e os princípios que regem a instituição Família. Este é um tema que está cada vez mais apreciado pelos tribunais com a prerrogativa de analisar a responsabilidade civil pelo abandono afetivo do filho. Como metodologia, utilizou-se o estudo de Doutrina, artigos científicos e jurisprudências

voltadas ao assunto em questão, bem como a legislação civil e constitucional.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Direito Da Personalidade. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article aims at discussing affective abandonment in family relationships. Family relations with its evolution began to be identified by the bond of affectivity among its members, proving that the principle of affectivity has become increasingly popular within Brazilian legislation, as a fundamental principle in the scope of family law. Thus, under the law, parents' rights and obligations are imposed on their children, and at the time these standards are disregarded, parents should be held accountable, in the context of affection. In view, parents have the incubation to educate, assist, care, give attention, participate in development and have the necessary conditions so that their children can be raised in a healthy environment. The abandonment of affection is a subject that has gained great repercussion in the courts and in the daily life of the people, becoming a matter of great relevance, as a consequence of this can cause the child serious damages to his life, and may even generate mental disorders and thus causing damage to the most precious asset of the human being, which is the psychological health caused by abandonment. However, it is considered that the central objective of the present article is the analysis of the questions regarding the affective abandonment in the family relations in front of the Brazilian legal order. This is a topic that is increasingly appreciated by the courts in their jurisprudence, with a critical analysis based on civil law and the basic principles of Law and with the prerogative to analyze the harm suffered by the child affectively abandoned by some of the parents. As methodology, the study of bibliographies of some Brazilian doctinators, with websites and articles focused on the subject in question, as well as civil and constitutional legislation, was used.

Keywords: Affective Abandonment. Right of Personality. Civil Responsibility.

INTRODUÇÃO

A família reconhecida como núcleo da sociedade, passou por diversas modificações até que se alcançasse a situação jurídica atual. Através da

Carta magna de 1988, os novos dispositivos vieram trazer as primeiras inovações sobre a união entre homem e mulher, tratando a efetiva existência da entidade familiar através do casamento e o novo instituto da união estável, bem como trazendo a margem o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e o reconhecimento civil do casamento religioso, além de um rol extenso de direitos e obrigações à criança e ao adolescente, componentes na formação familiar.

O Código Civil de 2002 adotou então uma nova forma de tutelar o instituto de família, reconhecendo e aprimorando novos dispositivos para o acompanhamento da sociedade. Sua entrada em vigor proporcionou ao ordenamento jurídico uma verdadeira transição de novos pensamentos e ideias doutrinárias que até então eram consideradas indevidas.

Dentro dessa nova concepção de família, novos questionamentos foram surgindo, trazendo ao jurista o desafio de se adequar e acompanhar as novas situações decorrentes de tantas transformações, como por exemplo, o divórcio. Essas novas mudanças fazem se presente a questão do abandono afetivo, ou seja, a não prestação por parte dos pais ou de um deles no tocante a afetividade ao seu descendente, sendo esta conduta para todos os efeitos advindos do laço parental e sentimental que une pais e filhos. Questiona-se: Seria esse abandono afetivo capaz de gerar a responsabilidade civil dos pais perante os filhos?

O artigo irá fundamentar juridicamente uma resposta para a pergunta supracitada, abordando, sem a intenção de oferecer uma análise taxativa, mais a existência de obrigatoriedade ou não dos genitores desse amparo afetivo e as consequências legais da responsabilidade dos mesmos em caráter omissivo na vida dos filhos.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABANDONO AFETIVO

A partir do Século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a Carta das Nações Unidas veio para regulamentar os valores, a integridade e o bom relacionamento entre os povos, colocando o respeito e a dignidade da pessoa humana sobre a égide da sociedade. A Carta das

Nações Unidas no seu preâmbulo, reafirma que tenhamos “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana” e “manter a paz e a segurança internacional”. O princípio consubstanciado na Carta é aplicável em toda a legislação brasileira, e este princípio pode ser reforçado ao tema que será abordado, estabelecendo o vínculo entre a necessidade de proteção do afeto com a valorização do ser humano.

A família considerada como um instituto do Direito Civil, sempre esteve presente na sociedade, desde os nossos antepassados e que vem sofrendo grandes mudanças, tendo em vista a evolução social. O Código Civil de 1916 reconhecia apenas a juridicidade da união conjugal, sendo a família decorrente apenas do casamento, uma vez que o cristianismo considerava o relacionamento afetivo apenas entre homem e mulher para a procriação.

Uma das características da família do passado, é ligada ao poder patriarcal, onde o pai detinha todos os poderes familiar, tanto na mulher e nos filhos como na administração da casa. Foi no início da Revolução Industrial, onde homens e mulheres passaram a ser introduzidos no mercado de trabalho, e foi também onde a mulher pôde auxiliar na mão-de-obra de sua família, e se viu nela a necessidade de desenvolver valores afetivos, com a aproximação de seus componentes.

Ao passar dos anos, no século XX a família patriarcal foi desaparecendo pelos os fatores da urbanização acelerada, a emancipação feminina, e a questão econômica e profissional, pois com isso houve uma modificação no papel da mulher como doméstica, e assim ensejando a sua independência por entrar no mercado de trabalho. Contudo, o conflito de quem detinha o poder dentro de casa terminou totalmente com os valores introduzidos na Constituição de 1988. Da mesma forma, a economia das famílias foram mudando, não somente pela a independência da mulher como a redução de filhos nas famílias, que segundo o IBGE no final do Século XX, a sociedade brasileira apresentava em média 3 membros por família.

Com a Constituição Federal de 1988, o Direito de Família sofreu importantes alterações, merecendo especial destaque: o reconhecimento de outros tipos de constituição familiar, a igualdade entre os filhos havidos

dentro e fora da união conjugal, o princípio do melhor interesse da criança bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, foi criada uma nova concepção familiar.

Segundo Maria Berenice Dias, no seu artigo: *Álbum de família* (2009) "foi a jurisprudência que abriu caminho para a Constituição albergar as uniões extramatrimoniais sob o nome de união estável, ensejando a constitucionalização do conceito de entidade familiar sem estar condicionado à tríade: casamento, sexo e reprodução."

O conceito de família e sua visão foi um marco para o Direito Civil, pois pela primeira vez, o afeto foi reconhecido juridicamente. Antes a família era vista como núcleo econômico e de reprodução, e que agora passou a ser o lugar do amor e do afeto.

Com isso as uniões familiares passaram a não ser mais limitadas somente ao vínculo conjugal, mas sim na existencia de laços afetivos, onde foram também constituídas as famílias monoparentais, que seriam os grupos apenas chefiados por um homem ou por uma mulher sem cônjuge ou companheiro.

2. RELAÇÃO DE FILIAÇÃO NA ATUALIDADE

Certamente, a família é onde se tem a primeira visão do mundo, das obrigações, do respeito e da ética para a vida em sociedade, ou seja, as experiências vividas no núcleo familiar. Essas orientações ganham especial relevo na relação entre pais e filhos em razão da proximidade do vínculo existente.

O Código Civil estabelece que o pátrio poder pertença a ambos os pais, o que reforça o princípio da isonomia dos genitores em relação aos filhos menores de idade. Além desta previsão do Código Civil de 2002, o poder familiar também está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e também na Constituição Federal, tratando da convivência familiar e comunitária. Vejamos em seu artigo 227 "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta

prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

A Legislação vigente existe para a preservação do melhor interesse para as crianças e adolescentes, como a assistência moral e material possibilitando uma convivência harmoniosa entre pais e filhos independente da ruptura da relação conjugal.

A Constituição Federal de 1988, como lei maior, traz todos os direitos e garantias estabelecidos para preservação da família, na qual se evidencia o princípio da afetividade, relacionado com a dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

3. DO ABANDONO AFETIVO

O tema traz a discussão sobre o dever de indenizar da mãe ou do pai por ter abandonado afetivamente os seus filhos, por não dar a devida atenção ou tratá-los com rejeição e frieza. Essa é uma situação que geralmente decorre com o divórcio, principalmente quando este divórcio é litigioso, pois o casal não consegue entrar em acordo na dissolução do casamento, nos assuntos relacionados a partilha de bens, pensão, guarda de filhos, ou ainda o não reconhecimento da paternidade.

Este é um assunto delicado, e que vem sendo discutido pelos tribunais visto ser muito difícil à justiça obrigar um pai ou a mãe amar, dar carinho e atenção a um filho, além de se estabelecer um valor pecuniário pela falta de afeto nessa relação familiar ou condenar a uma indenização pelo não reconhecimento voluntário da mãe ou do pai. Apesar disso, como abandono afetivo está gerando diariamente repercussões, os tribunais também estão acatando os pedidos e se posicionado de forma positiva para a indenização aos danos decorrentes do não cumprimento da afetividade dos pais ao filho.

Mas não podemos deixar de pensar que perante este assunto existem controvérsias na doutrina. Parte dos juristas acredita que não há no ordenamento jurídico previsão de obrigatoriedade, uma vez que a prestação alimentícia já sendo cumprida pelo genitor, este já não possui mais nenhuma obrigação. Estes juristas entendem que não pode a Lei obrigar o responsável a sentir amor e carinho pelo filho, sendo impossível impor a manutenção de um laço sentimental que muitas vezes nem existiu. Tal laço é elemento que advém do interior, do psíquico humano, não podendo a Lei determinar a sua criação ou extinção. O legislador não poderia segundo esta corrente, invadir tal campo humano, no que concerne aos seus sentimentos. O Superior Tribunal de Justiça, com entendimento pretérito e caracterizado um tanto como defasado, se manifestou sobre esse conteúdo.

PROCESSO: REsp 757411 MG 2005/0085464-3
RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL.
REPARAÇÃO.DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

Por outro lado, há aqueles que defendem ser de fato o dever de afeto dos pais. Tendo em vista a formação da criança que é influenciada diretamente pela presença de seus genitores na formação de sua opinião, caráter e relações pessoais, fica evidente assim a extrema importância do relacionamento entre pais e filhos. Este relacionamento, pautado no amor, carinho, afeto e entre outros, é fundamental para o crescimento emocional da criança.

Segundo Rolf Madaleno (2013, p. 382) "Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos

ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole, cuja expressão, representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro"; diante do descuido em situações de dependência e carência, o abandono certamente afeta a higidez psíquica do descendente rejeitado."

É essencial que nas hipóteses de separação, que a guarda seja a mais compartilhada possível, para que a criança possa ser compensada na prestação dessa necessidade que a todos nós somos dependentes. Essa linha de raciocínio prega a harmonia entre a prestação pecuniária de alimentos e o apoio psicológico e moral ao infante, ambas incluídas no dever de assistência prevista no artigo 1583 do Código Civil, vejamos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

(..)

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Quando a entidade familiar falha nos seus deveres de assistência aos filhos, há grande risco de futuramente o infante se desviar para os caminhos da ilegalidade, criminalidade e entre outros destinos incompatíveis para se viver em sociedade. Ademais, é evidente o interesse da sociedade em geral que o afeto, bem como a prestação econômica, seja oferecida, já que a “ressocialização” após o cumprimento de uma pena é mais dificultosa. Para o Promotor de Justiça Miguel Velasquez em seu artigo Hecatombe X ECA preceitua que: “O abandono e a negligência familiares e a falta de afeto e diálogo também são problemas comuns que afligem os jovens, não sendo de espantar que mais de 90% dos adolescentes infratores internados provenham de famílias bastante desestruturadas, marcadas por agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos e pela ausência das figuras paterna e materna, seja pela rejeição pura e simples, seja pela morte ou doença, muitas vezes causada também pela violência urbana.” (VELASQUEZ, 2010).

Ao fazermos a interpretação sistemática e teleológica da Constituição, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em mente seus princípios norteadores, percebemos que o legislador idealizou uma legislação voltada ao bem estar da criança e do adolescente.

Conforme supracitado, podemos observar que o bem-estar para o infante é composto pela união do dever de alimentos e no dever moral/emocional, não podendo haver reajuste desse bem jurídico tutelado sem que ambos os elementos estejam presentes na formação da criança, até mesmo conforme as palavras de Pablo Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 571) “Logicamente, dinheiro nenhum compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.”

Há também o abandono afetivo, pelo o não Reconhecimento de Paternidade por vontade própria do genitor, pois também fere um direito da personalidade e lesiona a honra do menor, ferindo assim a sua identidade pessoal representada pelo genitor para a sua qualificação social na comunidade em que vive, como por exemplo na certidão de nascimento. Assim salienta Antonio Jeová Santos (1997, p. 197) " O não reconhecimento de filho pode ser causa de alterações psíquicas, pois a criança cresce em sua vida de relação com a pecha de que não tem pai. Na escola, entre vizinhos e até no trabalho, é vista com o estigma de que não foi reconhecido pelo pai."

Portanto, resta-se entender que o afeto é sim dever dos pais, uma vez que cabe a estes a responsabilidade pela formação saudável do infante, a fim de que este seja inserido na sociedade de modo a contribuir e acrescentar positivamente na evolução da comunidade e de sua futura família. De fato, a lei não pode obrigar alguém a amar a outrem, mas no caso de reconhecimento paterno isso é uma prerrogativa garantida pela legislação brasileira, e o mínimo que se espera é a dedicação ao filho, fornecendo a base moral que para este é imprescindível. Ainda que não haja o afeto propriamente dito, deve haver a presença e o comparecimento, já que o descumprimento dos deveres dos pais gera a responsabilidade civil.

4. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como observado, o abalo psicológico causado no filho decorrente do abandono é incontestável, ferindo portanto o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade e da solidariedade familiar, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, a Carta Magna fortalece a noção da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º defendendo a justiça social e a defesa dos direitos humanos, bem como assegurando a todo o indivíduo a reparação por parte de quem não respeite o que está disposto em lei. Não se pode esquecer que a dignidade humana deve estar sempre à frente de todos os fundamentos assegurados na legislação brasileira.

Assim, como este princípio está para o direito constitucional, também está para o Direito de Família, pois este princípio significa dizer que uma pessoa não pode ser substituída por outra, ser descartável, como uma coisa, ou ser esquecida como se não existisse, pois ela tem dignidade. Assim o filho, criança ou adolescente passa a integrar a comunidade familiar, devendo ser tratado com respeito e consideração, por ser direito inerente a sua personalidade.

Os seus efeitos não são fáceis de realizar, pois a família e a sociedade precisam se adequar aos novos padrões familiares. A proteção absoluta à criança e ao adolescente está prevista na Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos o artigo 227 da Constituição Federal e o art. 7 do Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Artigo 7º do Estatuto Da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90):

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi escolhido pelo legislador como fundamento maior de todo nosso sistema jurídico. Nas palavras de José Afonso da SILVA (2008, p 105), "Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos

fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Trata-se da base de nosso ordenamento jurídico, pois, nele estão alicerçados os demais princípios constitucionais. Nas mesmas palavras, Luiz Roberto de Assumpção (2004, p. 54/55) explicita que:

Uma vez eleita a dignidade como princípio norteador do sistema, coloca-se a pessoa como principal fim de proteção e o desenvolvimento de sua personalidade como objetivo primordial, que se espraia pelo sistema jurídico, vinculando o ordenamento jurídico como um todo. A tutela da dignidade espalha-se pelo texto constitucional e por todo ordenamento jurídico, de modo que, a partir desse princípio fundante, outros, mais específicos, irão orientar a interpretação e a aplicação da norma ou do direito às situações concretas. Dignidade é um conceito que foi, paulatinamente, sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do terceiro milênio repleto de si mesmo como um valor supremo, construído pela razão jurídica.

Dessa forma, este princípio, é uma prerrogativa de todo o ser humano, trata-se de princípio fundamental, inseparável e irrenunciável. Observamos que a constitucionalização do direito de família, conduzida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, objetiva uma família mais humana, com a capacidade de cumprir sua finalidade de apoio, sustento e realização de seus filhos.

No contexto de família em que outros seres humanos também integram, existe a necessidade de que o olhar esteja voltado com maior atenção para criança ou adolescente, mas, sem desprezar os demais membros da família pela importância do respeito e da consideração mútua, com base no princípio da solidariedade familiar,

O princípio da solidariedade familiar está também ligada ao princípio da afetividade, sobre a igualdade entre os filhos além do respeito e da consideração. Ambos os princípios estão com a essência constitucional ligada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS

Adentrando ao tema propriamente dito, faz-se necessário conceituar o que seja responsabilidade civil, para a melhor compreensão do presente trabalho. Presume-se que é dever de reparar e ressarcir, quando alguém causar prejuízo ou dano a uma pessoa mesmo que tenha agido de forma dolosa ou culposa. O Código Civil Brasileiro estabelece em seu artigo 186 que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Segundo Lobo (2011, p. 312):

O poder familiar não apenas diz respeito às relações entre pais e filhos. Interessam suas repercussões patrimoniais em relação a terceiros. Os pais respondem pelos danos causados por seus filhos menores, que estejam submetidos a seu poder familiar. Trata-se de responsabilidade civil transubjetiva, pois a responsabilidade pela reparação é imputável a quem não causou diretamente o dano.

Com isso, os pais são responsáveis pelos filhos que estiverem sob sua autoridade, no sentido de ser titular do poder familiar. Pode se perguntar sobre a responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores de idade quando estes vierem a causar dano a terceiros. E quanto ao contrário, os pais podem indenizar seus filhos quanto causarem danos a estes?

Essa situação de abandono já foi considerada incomum, portanto sua incidência no cotidiano vem se tornando cada vez maior entre as famílias, a negligência e o desamparo dos genitores causam na sociedade certa

repulsão ou indignação, onde a família tem o dever na criação, educação e cuidado principalmente.

A responsabilidade se enquadra na consequência decorrente de um ato praticado por uma pessoa que surtiu efeito negativo em outra, devendo aquela reparar o dano.

Por que deve haver reparação quando ocorre um dano? Segundo Pablo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 54)

[...] a Responsabilidade Civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior das coisas.

A não punição de quem causou um dano, seria uma forma de injustiça a pessoa que foi violada, isso acarretaria uma instabilidade social. Assim, deve haver a reparação civil mesmo com a inexistência da culpa, mas pelo simples fato de ter ocorrido uma violação, que é um dos elementos da responsabilidade civil, junto ao dano e ao nexo de causalidade.

Através da análise da responsabilidade civil nas relações familiares, equipara-se ao pensamento de que não se trata da reparação ou restituição de uma coisa, cujo conteúdo tenha cunho pecuniário, mas sim no descumprimento da obrigação dos pais no poder familiar, referentes à assistência moral e ou até mesmo material. Assim Rolf Madaleno (2013, p. 383/384) contribuiu:

Contudo, exatamente a carência afetiva, tão essencial na formação do caráter e do espírito do infante, justifica a reparação pelo irrecuperável agravo moral que a falta consciente deste suporte psicológico causa ao rebento, sendo muito comum escutar o argumento de não ser possível forçar a convivência e o desenvolvimento do amor, que deve ser espontâneo e

nunca compulsório, como justificativa para a negativa da reparação civil pelo abandono afetivo.

A ausência de qualquer uma dessas assistências, no que tange ao amparo propriamente dito, deveria ser prestada pelos genitores, onde essa falta pode gerar na vida dos filhos sérios transtornos psicológicos, pois não é tão difícil se cobrar na justiça a prestação de alimentos, mas o dever de amar e dar afeto já se torna um pouco mais complexo.

A falta de afeto dos pais ainda no início da formação da personalidade na infância pode desenvolver, na criança e no adolescente, problemas psíquicos, baixa autoestima, sensação de rejeição e abandono possuindo dificuldade de relacionar-se socialmente em virtude da ausência de orientação e proteção, na instrução e na presença de como viver em sociedade.

Constata-se que é na família que a criança desenvolve sua primeira noção da vida em comunidade, partir das experiências vividas no núcleo familiar e como se deve respeitar os outros. O tema do abandono afetivo envolve não apenas interesses privados, mas em questão de ordem pública que gera consequências para toda a sociedade, tendo em vista que a criança com dificuldade para se relacionar sem a correta educação em casa e quanto aos valores que deve seguir, leva para a sociedade o seu comportamento desregrado.

Essa questão de abandono afetivo é situação muito sensível, mas que já vem quebrando paradigmas e firmando entendimentos concretos e favoráveis quanto ao direito dos filhos buscarem na justiça uma indenização pelos danos sofridos na ausência de afeto.

6. DAS DECISÕES QUE DERAM CAUSA A REPARAÇÃO CIVIL DO NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO E A ANÁLISE DAS DECISÕES EM DIVERGENCIA.

O presente artigo visa analisar a configuração do dano moral causado ao filho menor em razão da atitude omissiva do pai ou da mãe no cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar. Com isso

analisaremos um julgado que foi o ponto de partida para as repercussões na atualidade sobre o tema.

Recentemente o STJ, julgou no dia 24 de abril de 2012 o recurso especial de nº **1.159.242/2012-SP**, que trouxe inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, quando reconheceu o afeto como valor jurídico e concedeu o direito à indenização à filha proveniente do abandono afetivo pelo pai. Segue abaixo parte do Voto da Ministra Nancy Andrighi, que exemplifica a reparação civil na filiação por abandono afetivo:

STJ - REC.ESP. Nº 1.159.242/2012- SP- RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. FAMILIA. FILHO. PODER FAMILIAR. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. BUSCA A LIDE EM DETERMINAR SE O ABANDONO AFETIVO DA RECORRIDA, LEVADO A EFEITO PELO SEU PAI, AO SE OMITIRDA PRÁTICA DE FRAÇÃO DOS DEVERES INERENES À PATERNIDADE, CONSTITUI ELEMENTE SUFICIENTE PARA A CARACTERIZAR DANO MORAL COMPENSÁVEL. VERBA FIXADA EM R\$ 200.000,00. CF/88, ARTS 5, V E X E 227. CCB/2002, ARTS 186, 927, 1634, II E 1638, II, CF/88, ART 227.1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da [CF/88](#). 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se

pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Em outros posicionamentos jurisprudenciais, a Sétima Câmara Cível de Minas Gerais e o Tribunais de Justiça de São Paulo e Rio de Janeiro na revisão de apelação não deixou também de apreciar a matéria estudada e tecer alguns comentários.

MG- (AC nº 408.550-5, de 01.04.2004), Sétima Câmara Cível -INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

TJSP- (Apelação com revisão nº 5119034700, Rel. Des. CAETANO LAGRASTA, J.12,8,2008). Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de

ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizado. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim.

TJRJ- (AC 0007035-34.2006.8.19.0054, 8ª C.Cível, Rel.Des. ANA MARIA OLIVEIRA, JULGADO 20.10.2009).Responsabilidade Civil.Ação de indenização por dano moral que autora teria sofrido em razão do abandono material e afetivo por seu pai que somente reconheceu a paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando ela já completara 40 anos. Procedência do pedido, arbitrada a indenização em R\$ 209.160,00. Provas oral e documental. Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus filhos. Dano Moral configurado. Quantum da indenização que adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a apelada deixou de receber até atingir a maioridade. Indenização que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovisionamento de apelação.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, condições para uma adequada formação psíquica e inserção social. Analisando as decisões proferidas, há de se convencer que amar é algo subjetivo, que não tem um valor estimado, e nem valor pecuniário. O ilícito civil ocorre sob a forma de omissão do bem juridicamente tutelado, relacionado ao dever de criação, educação, companhia, cuidado e igualdade entre os outros irmãos caso o tenha. Essa responsabilidade se encontra inserida no contexto da assistência moral, quando descumprida, gera o ilícito civil e a indenização devida.

Seguindo a mesmo raciocínio, Paulo Lobo (2011, p. 311/312), afirma que: "São casos difíceis com ponderáveis razões em cada lado. Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento somente no dever de

assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos com “absoluta prioridade”, oponíveis à família – inclusive ao pai separado, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral.”

Para a configuração da indenização conforme o estudo apresentado entende-se que aos casos de abandono afetivo, torna-se necessário o enquadramento desta situação os requisitos da responsabilidade civil. Quanto a conduta mister analisar se há ilicitude do genitor de privar o filho ao afeto, proteção, orientação e formação de sua personalidade, ou seja a conduta deve estar sempre revestida de ilicitude. É evidente que a obrigação de afeto no caso é extracontratual, haja vista que os pais não são obrigados por contrato ou outra negociação para oferecerem carinho e atenção ao filho. Essa obrigação decorre das normas no ordenamento jurídico brasileiro, como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Indenização na relação paterno-filial ao dever de cuidado, que foi demonstrada por diversos doutrinadores citados no presente artigo, teve como finalidade, superar as divergências existentes no direito brasileiro. A legislação não está totalmente apta para a busca do filho à uma reparação na justiça.

É importante frisar que não existe unanimidade nas jurisprudências no dever de indenizar nas relações familiares. Isso por que existem argumentos de não haver o ato ilícito no caso concreto levantado. O dano moral exige extrema cautela no direito de família.

Analisando as decisões proferidas no estado do Rio Grande de Sul e do Tocantins, é importante destacar jurisprudências que se posicionaram perante o assunto de forma contrária e fundamenta para a motivação da não reparação, conforme o TJTO e o TJRS:

TJTO- (AP 5005618-57.2013.827.0000) Rel. Des MAYSA VENDRINI ROSAL, 4ª Turma da 1ª Câmara Cível, Julgado em 17/06/2015. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - DOLO OU CULPA NÃO COMPROVADOS - RECURSO IMPROVIDO. 1. Não mais se discute a respeito da relação de hereditariedade havida entre recorrente e recorrida, uma vez que a perícia médica feita pelo método do exame de DNA comprovou categoricamente a existência desse vínculo genético. 2. Também não mais se perquire sobre a possibilidade de se fixar indenização por dano moral na hipótese em que o genitor omitiu se do seu dever de cuidado para com o filho, tendo deixado de lhe prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico (precedentes do STJ). 3. No sistema da responsabilidade subjetiva extracontratual, deve haver nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito praticado pelo agente, exigindo-se, ademais, a prova do dolo ou da culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), sem o que não cabe a indenização. 4. Na hipótese, o conjunto probatório não é apto a comprovar que o apelado tivesse conhecimento, antes do exame pericial, de que o apelante era seu filho e, ainda, que o abandono afetivo derivou de negligência ou de ato consciente e voluntário de não lhe prestar assistência. Assim, ausente a prova da existência de culpa ou de dolo, não há como responsabilizá-lo por eventual abandono afetivo e pelos danos morais dele decorrentes. 5. Recurso improvido.

(TJRS, Apelação Cível n. 0087881-15.2017.8.21.7000, Porto Alegre, Sétima Câmara Cível, Relª Desª Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31/05/2017, *DJERS* 06/06/2017). "o dano moral exige extrema cautela no âmbito do direito de família, pois

deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral. Para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexos de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral”.

Os magistrados entendem que a responsabilidade civil para ser configurada, é imprescindível haver o ato ilícito entre o dano e o nexos de causalidade, além da prova do dolo ou da culpa stricto sensu (negligência, imprudência ou imperícia) de um dos genitores. A partir destas fundamentações, podemos verificar ainda o ponto de vista de outros magistrados pelo Brasil nas suas decisões, na qual entendem que para se configurar só no dever de afeto, é necessário também a não prestação material por parte do genitor, para uma possível indenização moral. Ou seja, a indenização somente por abandono afetivo é mais dificultosa, pois para ser configurada requer o encaixe dos requisitos da Responsabilidade Civil, ainda mais, se o pai já estiver dando a assistência financeira, o que dificulta uma decisão ser favorável ao filho rejeitado.

A doutrina traz uma boa argumentação jurídica do assunto pertinente ao reconhecimento desta reparação, contudo no ambiente jurisprudencial, ainda há discussão, pois os Juízes e desembargadores têm seus pontos de vista diferente um dos outros, suas criações de infância e adolescência foram diferentes e conseqüentemente as análises sobre o fato também serão. Isto torna o Direito de Família complexo e que precisa ser analisado com ponderação na hora de julgar.

Considerando a reparação por abandono afetivo impetrada pelo filho, é notório que a relação entre ele e o genitor, restará desgastada pelos conflitos gerados no judiciário em busca de uma compensação financeira, mas que, contudo é uma prerrogativa que todo o ser humano tem, de

buscar no judiciário a compensação de um dano causado a sua integridade emocional por ter sido preterido de carinho e amor.

Para fins de responsabilidade civil por abandono afetivo, é essencial observar se um dos genitores teve a oportunidade e condições de dar afeto, desde que não feito por vontade própria, que, por conseguinte pode ser provado por laudos técnicos psicossociais e a verificação aos deveres de cuidado, sendo estes dois elementos indispensáveis para comprovar o ato ilícito e gerar a possibilidade de uma reparação.

Contudo, requer que o ordenamento jurídico brasileiro seja preenchido, por um capítulo específico na legislação civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou até mesmo uma lei específica abordando este direito para o melhor entendimento dos tribunais e da população, pois é imprescindível que essa matéria seja bem explicada na legislação brasileira, tecendo o seu procedimento, a busca por este direito, a configuração do abandono afetivo, os meios de prova que devem ser apresentados e tipificando os requisitos para a sua penalidade e reparação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos que os deveres dos genitores em relação aos filhos provenientes do poder familiar, o qual pertence a ambos os cônjuges em igualdade nos seus deveres, assim aquele que descumprir qualquer uma dessas obrigações deve reparar o dano, seja este derivado de uma falta de assistência material ou moral. O sofrimento oriundo da rejeição ou da frieza dentro dessa relação entre pais e filhos compromete, sem dúvida, a formação da personalidade do ser que ainda se encontra em processo de formação, e a dor e o sofrimento irá fazer parte até a vida adulta. O descumprimento do dever de cuidado deve ser reparado do ponto de vista jurídico, além de ser considerado um ato ilícito com violação do direito da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, passível de indenização conforme determina a lei. Sobre o ponto de vista do princípio da dignidade humana, o filho abandonado ou rejeitado, vem investido de integridade e deve ser respeitado e reconhecido como tal, pois ele é uma pessoa com direitos da personalidade, garantidos por lei.

Sobre as discussões dos tribunais nota se que o Direito de Família quanto ao abandono afetivo, deve ser julgado minuciosamente, pois o dever de cuidado deve estar bem explícito na ação judicial, sobre o direito violado, sobre as provas documentais e testemunhais, pois este é um direito imaterial (afetivo) que não é sentido por ninguém e sim pela pessoa rejeitada que está sofrendo. Logo deve haver uma análise mais aprofundada pelo julgador.

Portanto, a importância do afeto, do carinho, do cuidado, da proteção e do respeito garantidos aos filhos, e os direitos da personalidade são irrenunciáveis e não devem ser violados. Pois uma vez violados e gerando sofrimento ou grave emoção, devem ser ressarcidos não somente pelo seu valor pecuniário, mas sim pelo descumprimento da obrigação inerentes ao poder familiar e também como um meio de inibir que outros genitores futuros, venham abandonar os seus filhos afetivamente.

REFERENCIAS

VELASQUEZ, Miguel Granato, Hecatombe X ECA. Disponível na internet via http://www.mpal.mp.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2848&Itemid=149 Capturado no dia 11 de outubro de 2017.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª Ed. Rio de Janeiro 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil, Volume III. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Direito de Família. Volume VI, 4ª Ed. rev. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva 2014.

LOBO, Paulo, Direito Civil. Famílias. 4ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva 2011

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 9ª edição. Rev. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora Método, 2014.

NETO, Arthur M.Ferreira e EICK, Luciana Gemelli. Abandono Afetivo: os limites do Direito na coerção de manifestações emocionais humana. Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v.6, n.1, p. 218-264, jan/jun. 2015.

MOREIRA, LissandraEspíndula e TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Abandono Afetivo: Afeto e Paternidade em instâncias Jurídicas. Psicologia: Ciência e Profissão. Florianópolis, v.4, n.35, p 1257-1277, 2015.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão Acerca da Responsabilidade Civil no Direito de Família: Filho- Dano Moral X Pai- Abandono Afetivo. E a Família. Direito & Justiça. Porto Alegre, v.35, n.1, p.61-69, jan/ jun 2009.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Responsabilidade Civil por abandono afetivo: Decisão do STJ. RIDB, n.3, p. 1821-1841, Ano 2 (2013).

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do Dano Moral no Direito de Família. RIDB. Maringá, n.6, p. 1673-1714, Ano 1 (2015).

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise Doutrinária e Jurisprudencial Acerca do Abandono Afetivo na Filiação e Sua Reparação - 2013 - link <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-doutrin%C3%A1ria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filia%C3%A7%C3%A3o-e-sua-repara%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 24 de abril. 2018.

TARTUCE, Flávio Murilo Silva. Da Indenização por Abandono Afetivo na Mais Recente Jurisprudência brasileira - 2017- link <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>. Acesso em: 24/04/ 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p.(Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Lei n 10.406, 10 de janeiro de 2002. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Poder Executivo, Brasília, DF.

DIAS, Maria Berenice. **Álbum de família**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 12 Jan. 2009. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2464-album-de-familia. Acesso em: 29 Abr. 2018

NOTA:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP; orientadora deste artigo de conclusão de curso; karine.mota@catolica-to.edu.br.

A APLICAÇÃO DA LEI 8.072/90 (LEI DOS CRIMES HEDIONDOS) NO CRIME DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO

MAERCIO WILTON SOARES FILHO:

Bacharelado do Curso de Direito, pela UNIBRASIL - Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis-SP.

Resumo : Busca-se, com o presente artigo, realizar uma análise sobre a aplicação da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) no delito doutrinariamente denominado como homicídio privilegiado-qualificado. Primeiramente, será feita uma breve análise dos crimes que constam do rol de hediondos, bem como as consequências legais para tanto. Posteriormente, adentrar-se-á à definição de homicídio, tanto em sua forma qualificada, quanto na privilegiada; tendo, ainda, uma visão da junção de privilégio e qualificadora, nascendo o homicídio privilegiado-qualificado. Por fim, será discutida a possibilidade de o homicídio privilegiado-qualificado sofrer as consequências legais da Lei dos Crimes Hediondos, uma vez que a forma qualificada está expressa na Lei como hedionda, já a privilegiada não é hedionda, portanto, ao realizar a junção de ambas as formas, necessário será estudar se a hediondez do crime permanece. Concluindo-se pela não incidência da Lei 8.072/90 no homicídio privilegiado-qualificado. A metodologia utilizada neste artigo segue a diretriz de documentação indireta, qual seja, o trabalho teve como alicerce a pesquisa em bibliografias, periódicos acadêmicos, artigos científicos e sites de pesquisas.

Keywords: Murder qualified. Privileged homicide. Privileged qualified murder. Law of heinous crimes.

Abstract : It seeks, with this article, to conduct an analysis on the application of the Law nº 8.072/90 (Law of heinous Crimes) in the doctrinally offence termed as privileged homicide-qualified. Firstly, there will be a brief analysis of the crimes in the list of heinous, as well as the legal consequences for that. Subsequently, he will enter into the definition of murder, both in its qualified form and in the privileged; Having, also, a

vision of the junction of privilege and qualifier, being born the privileged murder-qualified. Finally, it will be discussed the possibility of the privileged murder-qualified to suffer the legal consequences of the heinous Crimes Act, since the qualified form is expressed in the law as hideous, already the privileged is not hideous, therefore, in carrying out the Junction of both ways, necessary will be to study if the hideousness of the crime remains. Concluding by the non-occurrence of the law nº8.072/90 in the privileged homicide-qualified. The methodology used in this article follows the indirect documentation guideline, which is, the work had as a foundation the research in bibliographies, academic journals, scientific articles and research sites.

Sumário: Resumo; Introdução; Lei dos Crimes Hediondos; Homicídio privilegiado-qualificado; O homicídio privilegiado-qualificado e a Lei de Crimes Hediondos; Conclusão; Referências.

Palavras-chave: Homicídio qualificado. Homicídio privilegiado. Homicídio privilegiado-qualificado. Lei dos Crimes Hediondos.

1 Introdução

Há tempos, a sociedade não suporta e cada vez mais repele os crimes praticados de forma abrupta, de maneira asquerosa, tampouco ampara os fatos bárbaros. Com isso, o legislador resolveu dar mais ênfase à punição de alguns crimes, a fim de que a sociedade possa ter, ao menos, a sensação de maior punidade àqueles que praticam esses delitos; criando, assim, a Lei 8.072/90, denominada Lei dos Crimes Hediondos.

Sendo a vida humana o primordial bem a ser tutelado pela Lei, já que todos os demais direitos decorrem da manutenção íntegra da vida humana, o crime de homicídio (especificamente o homicídio qualificado) está no rol dos crimes listados no art. 1º da Lei de Crimes Hediondos, tornando-se hediondo, pois o motivo ou modo de execução do crime é extremamente rude, ante o resultado causado (morte).

De outra face, há o homicídio com menor reprobabilidade social, chamado de homicídio privilegiado, pois deriva de uma situação excepcional, onde a eliminação da vida alheia não causa um grande impacto na população, não sendo este homicídio hediondo.

Por fim, há a junção doutrinária da qualificadora e da privilegiadora em um mesmo momento fático, surgindo o denominado homicídio privilegiado-qualificado, saltando aos olhos a necessidade de definir se o homicídio privilegiado-qualificado deve ou não ser considerado crime hediondo.

2 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)

Com a evolução social, os modos de execução dos crimes também foram evoluindo, tornando-os, em muitos casos, crimes bárbaros. Teve-se, então, a necessidade de atuação do Estado, por meio de seus parlamentares, criando mecanismos que dessem respostas à sociedade. Uma forma encontrada foi a elaboração, em 25 de julho de 1990, da Lei nº 8.072/90 - a Lei dos Crimes Hediondos - uma Lei enxuta, com treze (13) artigos.

O surgimento legal da necessidade de criação da Lei dos Crimes Hediondos consta do art. 5º, XLIII (inciso romano 43), da Constituição Federal

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Tem-se, então, que a Constituição atual já previu os crimes hediondos, ficando a cargo de criação de lei posterior a definição de quais seriam esses delitos, bem como as consequências legais trazidas aos criminosos, deixando, por certo, as punições mais severas, bem como seus modos de cumprimentos.

Destaca-se o precedente para criação do rol dos crimes hediondos

O constituinte, desde logo, assegurou que o tráfico de drogas, a tortura e o terrorismo são merecedores de tratamento penal mais severo. Cumpria ao legislador ordinário a tarefa de escolher um critério para classificar e definir os crimes hediondos, que mereciam o mesmo tratamento rigoroso. (CAPEZ, 2016, p. 195)

Desde sua criação, em 1990, a Lei de Crimes Hediondos sofreu algumas alterações, com inserção de incisos, alteração de alguns trechos, tudo para se amoldar ao estágio social que o país se apresenta, tentando, na medida do possível, acompanhar a evolução dos fatos e valores da população.

São crimes hediondos, taxativamente definidos pela Lei 8.072/90

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - latrocínio (art. 157, § 3o, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2o); [...] (BRASIL, 2017)

Nota-se, portanto, que todos os crimes elencados pelo art. 1º da Lei de Crimes Hediondos são considerados de grande repercussão social, afetando de maneira mais direta o centro da família, podendo, muitas vezes, abalar toda a região do acontecimento do fato, sendo o intuito da lei evitar (ou diminuir) esse efeito social.

Após a Constituição Federal determinar que o legislador crie uma lei para regular os crimes hediondos, surgiram três critérios de definição para esses delitos: judicial, legal e misto.

Entende-se por sistema judicial de definição de crimes hediondos a utilização de critérios baseados na discricionariedade de cada juiz, ficando a cargo da convicção íntima do magistrado definir se determinado crime é ou não hediondo. O ponto positivo deste sistema é a análise do caso concreto nas diversas situações do cotidiano. Porém, a crítica que se faz é a notável falta de segurança jurídica, uma vez que cada juiz poderá entender um crime como hediondo e outro como não (CUNHA, 2017).

O sistema adotado pela legislação brasileira para verificação se um crime é hediondo ou não é o legal, assim definido por CAPEZ (2016, p. 195)

De acordo com o sistema legal, somente a lei pode indicar, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos. O juiz não pode deixar de considerar hediondo um delito que conste da relação legal, do mesmo modo que nenhum delito que não esteja enumerado pode receber essa classificação. Assim, ao juiz não resta nenhuma avaliação discricionária.

Critica-se o critério legal pelo fato de engessar o direito penal, ou seja, se o delito cometido está previsto no rol de crimes hediondos, pouco

importa o caso concreto, será considerado hediondo de qualquer forma, tendo como lado positivo a menor insegurança jurídica (CUNHA, 2017).

Por fim, o terceiro sistema proposto para definição de crimes hediondo é o misto, onde a lei apresentaria um rol exemplificativo de delitos hediondos, e o juiz, no caso concreto, poderia acrescentar outros crimes que não estivessem na lista (CAPEZ, 2016).

O sistema misto reúne as críticas e elogios dos dois sistemas anteriormente expostos, uma vez que o legislador não leva em consideração o caso concreto, ao apresentar um rol exemplificativo; bem como não há segurança jurídica, ao abrir a possibilidade de o juiz, ao analisar cada caso, considerar outros crimes como hediondos (CUNHA, 2017).

Assim, dentre os sistemas possíveis para a definição de crime hediondo, aquele que usa o critério legal é o que mantém a segurança jurídica, apesar de, muitas vezes, ignorar o caso concreto.

As consequências para quem pratica um crime hediondo são severas, removendo, por exemplo, a possibilidade de pagamento de fiança, bem como determina o início de cumprimento de pena em regime fechado.

Assim dispõe o art. 2º da Lei em comento

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

II - fiança.

§ 1o A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2o A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3o Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4o A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Com isso, resta cristalino dizer que a Lei 8.072/90 trata daqueles crimes horrendos, ficando a cargo exclusivamente do legislador (sistema legal de definição), após fazer uma análise de valor do fato, definir quais crimes são considerados hediondos, informando quais as consequências penais para o infrator.

Apesar de todas consequências trazidas para quem pratica um crime hediondo, as punições aplicadas no Brasil, quando comparadas com outros países, ainda são brandas, tomando como exemplo o crime de homicídio qualificado, que tem aqui a pena máxima de trinta (30) anos de reclusão, no Código Penal Francês aplica-se a pena de prisão perpétua

Article 221-4

Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis :

1° Sur un mineur de quinze ans ;

2° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur;[...](FRANÇA, 2017)

Nesse mesmo sentido estabelece a legislação argentina sobre o homicídio qualificado

ARTICULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1° de la [Ley N° 26.791](#) B.O. 14/12/2012)

2° Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3° Por precio o promesa remuneratoria.[...](ARGENTINA, 2017)

Assim, a legislação argentina e a francesa punem com prisão eterna o crime de homicídio qualificado, aqui classificado, também, como hediondo. Não se discute se a mesma pena deveria ser aplicada no Brasil, até porque é expressamente proibida pela Constituição, mas sim se compara como as penas são completamente distintas para o mesmo crime, o mesmo bem jurídico tutelado, em países diferentes.

3 Homicídio privilegiado-qualificado

Primeiramente, insta isolar as figuras do homicídio qualificado e do homicídio privilegiado, para, então, uni-las em uma nova definição.

Qualifica-se o homicídio quando presentes algumas situações que revelam a diminuta razão para o cometimento do crime (circunstâncias subjetivas), bem como o meio grotesco empregado na execução (circunstâncias objetivas), que dificulte exponencialmente a chance de reação da vítima (CUNHA, 2016).

Como mencionado, há duas possibilidades circunstanciais para qualificar o homicídio: subjetivas e objetivas. Enquanto esta se diz respeito à maneira de execução do crime - os métodos utilizados pelo criminoso -, aquela leva em conta o aspecto psicológico do agente, ou seja, os motivos que ensejaram o cometimento do crime são deveras pequenos, tendo em vista o resultado alcançado.

Quando o homicídio é impulsionado por motivos pequenos, ou com a utilização de meios que denotem crueldade ou outra forma que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima, esse delito será qualificado (PRADO, 2007).

Tem-se, como exemplos de circunstâncias qualificadoras subjetivas os incisos I e II, e como circunstâncias qualificadoras objetivas os incisos III e IV, todos do §2º, art. 121, do Código Penal

Art. 121. Matar alguém:

[...]

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

[...](BRASIL, 2017)

Resta, pois, em apertada síntese, dizer que o homicídio será qualificado quando a razão ou o meio do cometimento do crime for extremamente desproporcional ao resultado morte, aumentando o tempo de reclusão e incluindo esta espécie do delito na lista de crimes hediondos.

De outro lado, tem-se o homicídio privilegiado, que é uma causa especial de diminuição de pena, estando, de certa maneira, do lado oposto do homicídio qualificado, uma vez que, agora, os motivos que ensejam à eliminação da vida alheia são socialmente menos reprováveis (CUNHA, 2016).

Previstos no art. 121, §1º do Código Penal, os casos de diminuição (privilegiadoras) de pena são

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

O homicídio privilegiado apresenta situações em que o homem médio em geral poderia cometer o crime, ante as razões apresentadas, sejam razões íntimas ou razões da coletividade, porém, ainda assim é um crime, e como este deverá ser punido, mas com a pena mais branda, não integrando no rol dos crimes hediondos.

Posteriormente, já apresentadas as características distintas do homicídio qualificado e do privilegiado, tem-se a figura doutrinária do homicídio privilegiado-qualificado, que é cometimento, ao mesmo tempo, de alguma circunstância estampada no §1º e outra do §2º, todas do art. 121 do Código Penal.

Para que haja tal situação, a qualificadora deve ser de caráter objetivo (relacionada ao modo de execução), uma vez que as privilegiadoras são todas de cunho subjetivo (relacionadas à convicção íntima do agente), não devendo haver, portanto, incompatibilidade circunstanciais (CUNHA, 2016).

Assim a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) trata o caso

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da possibilidade de homicídio privilegiado-qualificado, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias do caso. Noutro dizer, tratando-se de qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva). (BRASIL, 2010)

Portanto, como bem exaltado pelo STF, é perfeitamente possível a junção de privilégio com qualificadora, desde que sejam heterogêneas (uma subjetiva e outra objetiva), carreando, como exemplo de homicídio privilegiado-qualificado, o agente que prepara uma emboscada para matar a pessoa que estuprou sua filha, coexistindo, então, o privilégio com a qualificadora (JESUS, 2004).

Nota-se, no exemplo, o casamento de uma privilegiadora (relevante valor moral - circunstância subjetiva) e de uma qualificadora (emboscada - circunstância objetiva), restando configurado, assim, o crime de homicídio privilegiado-qualificado.

4 O homicídio privilegiado-qualificado e a Lei de Crimes Hediondos

Esclarecidos os crimes hediondos e os objetivos da Lei 8.072/90, bem como identificada a possibilidade de existência do delito de homicídio privilegiado-qualificado, resta saber se essa espécie de homicídio deverá receber os consectários legais estabelecidos na Lei de Crimes Hediondos, uma vez que, se for considerado crime hediondo, os efeitos serão em prejuízo ao acusado, principalmente no cumprimento da pena.

Em sua obra, CUNHA (2016, p. 71), ao indagar a possibilidade de o homicídio privilegiado-qualificado ser crime hediondo, traz a divergência doutrinária

A doutrina diverge. Uma primeira corrente, fazendo uma analogia com o disposto no art. 67 do CP, entende preponderar o privilégio, desnaturando a hediondez do delito (RT 754/689). Outra, lecionando que o art. 67 aplica-se somente para agravantes e atenuantes, e não fazendo a Lei 8.930/94 qualquer ressalva, entende que o homicídio qualificado-privilegiado permanece hediondo.

Identificar se o crime constará ou não do rol de hediondos é de suma importância, como mencionado

Tal distinção é de suma importância, na medida em que, a partir do momento em que um crime é enquadrado como hediondo, o indivíduo passa a sofrer os efeitos da Lei dos Crimes Hediondos (progressão de regime somente após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5,

se reincidente; proibição de anistia, graça ou indulto etc.)(CAPEZ, 2016, p. 203)

A corrente doutrinária que defende a hediondez do crime, estrutura-se no fato de que a Lei 8.072/90 é clara no sentido de que todos os homicídios qualificados são hediondos, independentemente de qualquer outra circunstância que os rodeiam, não admitindo eventual analogia com o art. 67 do CP, assim definido: "Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime [...]"., utilizando-se, desse modo, uma legalidade extremada ao analisar o caso concreto.

Assim, o pensamento da corrente que defende a configuração de hediondo o homicídio privilegiado-qualificado tenta se respaldar indicando que as circunstâncias subjetivas não retiram a hediondez do crime, e devem ser utilizadas apenas para quantidade de pena aplicada (MARTINS, 2012).

Apesar de todo o esforço para tentar incluir o homicídio privilegiado-qualificado como crime hediondo, trazendo todas as consequências legais, tal entendimento não deve prevalecer.

Inicialmente, destaca-se a vertente falta de previsão legal do homicídio privilegiado no rol taxativo dos art. 1º da Lei 8.072/90, até porque seria controverso eventual inclusão das privilegiadoras como hediondas, ante a pretensão da criação de uma lei que visa ao combate dos crimes considerados repugnantes (MARTINS, 2012).

Assim, a Lei dos Crimes Hediondos abraça os crimes asquerosos para sociedade, e o homicídio privilegiado vai de encontro ao objetivo da Lei, uma vez que os motivos que causam a diminuição da pena do homicídio são considerados válidos socialmente, portanto, mesmo que o modo de execução do crime o qualifique, o fato gerador de tal delito deverá prevalecer.

O STJ, a propósito, já entende de maneira de não ser hediondo o crime de homicídio privilegiado-qualificado: "I - Por incompatibilidade axiológica e por falta de previsão legal, o homicídio qualificado-privilegiado

não integra o rol dos denominados crimes hediondos (Precedentes)." (BRASIL, 2010).

Uma vez comprovado o concurso de privilégio e qualificadora, afasta-se a qualificação, pois as circunstâncias subjetivas (motivos determinantes do crime) prevalecerão sobre as circunstâncias objetivas, nos termos do art. 67 do Código Penal (CAPEZ, 2014).

Por sua vez, Damásio de Jesus, citado por CAPEZ (2016), defende a não hediondez do homicídio privilegiado-qualificado: "Tanto mais quando, havendo bons argumentos em favor das duas posições, tratando-se de norma que restringe o direito subjetivo de liberdade, o intérprete deve dar preferência à que beneficie o agente."

Portanto, a situação prévia que levou ao cometimento do crime deverá, sempre, prevalecer em relação a seu modo de execução, uma vez que o caráter subjetivo presente no art. 121, §1º, do CP, em nada influenciará a finalidade da Lei dos Crimes Hediondos, que é a prevenção e repressão de crimes bárbaros que repercutem ainda mais na sociedade, além de, em respeito ao princípio da legalidade, o homicídio privilegiado não constar como hediondo.

5 Conclusão

Conclui-se, após enaltecer que a Lei 8.072/90, com suas alterações posteriores, possui o objetivo de reprimenda dos crimes que horripilam a população, tornando o modo de cumprimento da pena mais severo e dá outras providências.

Ainda, com a diferenciação dos homicídios privilegiados e qualificados, criando-se, doutrinariamente, uma terceira hipótese, a do homicídio privilegiado-qualificado, chega-se ao ponto final de que o homicídio privilegiado-qualificado jamais poderá figurar como hediondo, principalmente pela falta de previsão legal, bem como a finalidade da lei que trata os crimes hediondos, pois o privilégio (circunstância determinante do crime) prevalecerá sobre a qualificadora objetiva.

Portanto, ante o estudo apresentado, a Lei 8.072/90 não será aplicada quando houver o reconhecimento, em um mesmo caso fático, de privilegiadoras e qualificadoras, desde que haja compatibilidade entre as circunstâncias.

Referências

ARGENTINA. **Código Penal Argentino**. Disponível em . Acesso em 01 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em . Acesso em 25 abr. 2017.

BRASIL. **Lei 8.072/90**: Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em . Acesso em 23 abr. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 153728/2010**. Disponível em . Acesso em 29 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 97.034**. Disponível em . Acesso em 29 abr 2017

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: legislação penal especial. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 8. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FRANÇA. **Código Penal Francês**. Disponível em . Acesso em 01 mai. 2017.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal**: parte especial. 26ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEI de crimes hediondos. Produção de Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Complexo de Ensino Renato Saraiva, 2017. Disponível em . Acesso em 27 abr. 2017.

MARTINS, Ilana. **Homicídio privilegiado-qualificado é crime hediondo?**. Disponível em . Acesso em 23 abr. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

JOSÉ DA COSTA OLIVEIRA NETO:

Especialista em Direito Tributário pela
Universidade Candido Mendes - UCAM.

RESUMO: O presente trabalho buscar fazer uma abordagem histórica dos modelos jurídicos oriundos da *commow law* e da *civil law* desembocando no modelo jurídico adotado pelo Brasil que hoje diz-se misto. Faz-se o uso da doutrina especializada para mostrar a evolução do modelo anglo-saxão e sua inserção no direito brasileiro.

Palavras-Chave: *Commow Law* – *Civil Law* – Precedentes judiciais – fonte do direito – jurisprudência – efeito vinculante.

INTRODUÇÃO

Diante a liberdade atribuída ao juiz, o ordenamento jurídico pátrio se viu recheado de decisões dispares quando questões de idêntico teor eram analisadas por diferentes órgãos julgadores promovendo um sentimento de insegurança jurídica a todo o jurisdicionado.

Com efeito, passaram a ser introduzidos procedimentos destinados a pacificação da jurisprudência, baseada em precedentes estabelecidos no âmbito dos tribunais superiores que foram dotados de eficácia vinculante e, portanto, de aplicação obrigatória pelos demais tribunais e togados singular no país, a exemplo dos países que seguem o modelo jurídico da *commow law* e nos países de tradição romano-germânica e a força atribuída as decisões judiciais em cada um desses modelos jurídicos.

Nos países que seguem o modelo jurídico romano germânico, uma única decisão proferida vinculará aos demais casos que a ela se assemelhem. Lá temos a aplicação do precedente judicial em sua plenitude, pelo que não é necessária a formação de uma jurisprudência sobre a matéria para dotá-la de eficácia vinculativa.

Nesse toar, demonstra-se a introdução de conceitos oriundos da *commow law* no ordenamento jurídico brasileiro.

1. SISTEMAS DE PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA EVOLUÇÃO

1.1. Sistema Romano-Germânico (*Civil Law*)

O *civil law*, sistema jurídico que tem a Lei como principal fonte do direito, também chamado do direito de família romano-germanica, se desenvolveu principalmente na Europa Continental e, em virtude da colonização, espalhou-se pelos demais povos.

Sua formação advém, em especial, do Direito Romano que nos séculos XII e XIII passou a ser estudado nas universidades. O renascimento do Direito Romano seria, para muitos, o marco inicial do direito romano-germânico enquanto ciência jurídica. Nesse toar,

A partir do final do século XII e início do século XIII, o direito romano desperta um novo interesse. Após séculos de quase total esquecimento, a jurisprudência romana adquire um vigor só comparável ao seu período clássico. O Corpus Juris Civilis de Justiniano, recém-descoberto pelos juristas europeus, tornou-se a principal fonte para o estudo do direito romano.^[1]

Em meados do século XII a sociedade exige o fim das anarquias e o arbítrio dos reis para que as relações sociais sejam regidas por meio de lei fundada na justiça e na razão, com o intuito de atribuir maior segurança aos cidadãos.

Em razão das legislações vigentes àquela época serem eminentemente locais e, muitas vezes, bárbaras, as universidades lastream seus estudos no Direito Romano, que ao longo do seu franco desenvolvimento estava “esquecido” pelos europeus. Com feito, os compilados de legislação de origem romana, em especial, o Código de

Justiniano, passaram a ser estudados em toda Europa, universalizando, os estudos do Direito.

Dessa forma, as ciências do Direito entraram em evolução acentuada e em meados dos séculos XVIII surge à renomada Escola de Direito Natural que suprime o pensamento que o direito parte do divino. Nesse momento, o ser humano estabelece-se como centro do universo relevando seus direitos naturais, os quais derivam exclusivamente de seus atos, afastando as rudimentares legislações que se baseavam no direito divino.

O direito natural pressupõe o que é certo e justo e declara a existência de um direito universal e dotado de imutabilidade, comum a todos os homens e a todos os tempos.

Em que pese às acirradas discussões existente à época entra as correntes do direito natural e do direito positivo, é certo que suas bases doutrinárias em conjunto com o fortalecimento do Estado permitiram o movimento para as codificações. Para Renné David,

A codificação é a técnica que vi permitir a realização da ambição da escola de direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequencia, ser aplicado nos tribunais[2]

As codificações, por seu turno, são as grandes responsáveis pela difusão do sistema romano-germânico pelo mundo. Todavia, tendo em vista o crescente nacionalismo dos países o direito positivado tornou-se cada vez mais o objeto de estudo das universidades deixando de lado a idéia pregada pelo jusnaturalismo de um direito universal e comum a todos[3].

A fonte primária do direito no sistema jurídico da *civil law* tornou-se produto de uma atividade legislativa, imposta pelo Estado – soberano – em substituição ao povo visando à regulação social e o bem comum.

O *civil law* sendo um modelo jurídico que busca nas Leis a resolução de todos os conflitos e tendo em vista o frenético crescimento social e as possibilidades de lides existentes, poderá o julgador deparar com situações não sistematizadas impondo-lhe suprir lacunas através da jurisprudência, costumes e da doutrina denominadas de fontes secundárias do direito.

Portanto pela estrutura do sistema romano-germânico, ao jurista só é dado socorrer-se as fontes secundárias quando a Lei imposta não resolver a lide em questão, denotando seu caráter subsidiário, e à legislação como fonte primordial do direito e da justiça.

1.2. Sistema anglo-saxão (*Common Law*)

O sistema jurídico *common law*, do ponto de vista histórico-geográfico, advém de países denominados de origens anglo-saxônicas, em especial a Inglaterra, onde ao longo da história foram firmadas as bases teóricas e procedimentais do aludido modelo^[4].

Entendido como sistema jurídico em que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores têm força vinculante, obrigando os juízes que se depararem com situações semelhantes posteriores, a decidirem a causa em congruência com o juízo de valor já proferido anteriormente.

Os pilares do sistema ora estudado, foram construídos fundamentalmente no direito inglês. Tendo em vista a forte influência das bases históricas em sua atual sistematização, imprescindível, para sua correta compreensão, alguns apontamentos históricos.

Inicialmente destaca-se que por se desenvolver em uma ilha, o direito inglês sofreu pouca influência das bases jurídicas advindas do continente europeu, que em sua essência é do direito francês oriundo da família romano-germânica.

Ao longo da evolução histórica da Inglaterra, há quatro grandes períodos do sistema *common law*. Tais períodos seriam:

I) O período romano, que se estende da conquista romana à invasão bárbara;

II) O período anglo-saxão, compreendido da invasão babará até a conquista normanda;

III) O período normando, que vai da conquista normanda até o surgimento da equity;

IV) O período da rivalidade com a equity que se estende do surgimento da corte do chanceler até o período moderno com a convivência das duas espécies de jurisdição[5]

O período romano compreendeu cerca de três séculos, teve início com a conquista da Inglaterra em 43 d.c. e perdurou até meados da queda do Império Romano. Nesse período, as bases culturais da ilha eram fincadas especialmente pela preponderância do cristianismo e da cultura romana.

Apesar de nos primórdios da historia as bases culturais da ilha e do continente serem as mesmas, ressalta-se que as influências do governo romano e da Igreja no território britânico, não apresentaram a mesma intensidade que possuía no continente, desse norte, estudiosos apontam um fator de desagregação entre os direitos inglês e continental.[6]

Por sua vez, o período anglo-saxão iniciou-se com a conquista da ilha inglesa por tribos bárbaras de origem germânica, em especial os anglos e os saxões. Após a invasão, o cristianismo foi erradicado de seu território, tornando o povo da Bretanha a ser convertido e à religião cristã prevalecer após a chegada de São Agostinho.[7]

Quatro séculos mais tarde observa-se o início da feudalização do reino com diversos territórios governados por senhores feudais e leis eminentemente locais, neste período ainda não havia um direito comum a toda Inglaterra.

Apenas após a conquista normanda (1066) que o *commow law* se formou. Guilherme, O Conquistador, Duque de Normadia (ligada à

França) invade a Inglaterra e instaura o feudalismo com características que lhe são peculiares, pois no território insular os senhores feudais submetiam-se ao poder real centralizado e soberano.^[8]

Os feudos não possuíam grandes extensões territoriais de modo que nenhum barão pudesse rivalizar poder com o rei^[9], além de ser proibida a subfeudação^[10] deixando os senhores de terra totalmente dependentes do poder real.

Assim, conforme aponta Renné David, “este caráter militar organizado do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento do *common law*”.^[11]

Com efeito, o *common law* através do Tribunal de Westminster que inicialmente era a “alta justiça”^[12] se tornou o único a administrar o poder jurisdicional de modo que implicou na necessidade de criar mecanismos para socorrer-se à sua jurisdição, iniciando-se com isso a aplicação das denominadas *writs*.

Tal técnica (*writs*) tornou a *commow law* um procedimento extremamente formalista e insuficiente para resolver todos os conflitos existentes na sociedade. Assim os cidadãos passaram a recorrer diretamente à intervenção do rei – através de seu chanceler – que dirimia as lides propostas com base na *equity*.

Tendo em vista a amplitude de casos submetidos à *equity*, o fato de ser um procedimento escrito e o reduzido grau de formalidade em seu procedimento, a jurisdição de *equity* passou a ser largamente utilizada pelos cidadãos, ao passo que o *commow law* foi sendo abandonado correndo o risco de quedar-se no desuso.

Todavia, a má organização dos Tribunais do Chanceler e sua morosidade, implicou o apoio dos parlamentares à permanência do *commow law* resultou num compromisso pela subsistência equilibrada de ambas a jurisdições.

Por fim, no período de 1873 à 1875 com os *Judicanture Acts* chega ao fim a distinção formal existente entre os Tribunais da *equity* e os da *commow law* permitindo-se a aplicação das regras provenientes de qualquer tribunal à situação *sub judice*.^[13]

Hoje, entende-se o *commow law* como um sistema de direito eminentemente jurisprudencial onde suas regras são retiradas da *ratio decendi* dos pronunciamento dos Tribunais Superiores. Trata-se de um "sistema aberto" que possui um método próprio de solução de litígios sem, contudo, recorrer a regras postas capazes de regular qualquer circunstância em abstrato.

Nos dizeres de Renné David,

A técnica do direito inglês não é uma técnica de interpretação de regras jurídicas; consiste, partindo das *legal rules* já estabelecidas, em descobrir a *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie; esta tentativa é conduzida levando-se em conta fatos de cada espécie e considerando com cuidado as razões que existem para distinguir a situação que hoje se apresenta das que foram apresentadas no passado. A uma nova situação corresponde, deve corresponder segundo o jurista inglês, uma nova regra. A função do juiz é administrar a justiça. Não é sua função formular, em termos gerais, regras que ultrapassem, pelo seu alcance, a litígio a ele submetido. A concepção inglesa de *legal rule*, mais restrita que a nossa concepção de regra jurídica, encontra sua explicação histórica no fato de que a *commow law* se ter formado por obra dos juizes; ela está intimamente ligada as técnicas da *distinations* que, por oposição à interpretação, continua a ser o método do direito inglês^[14].

Tendo a jurisprudência – *case law* – como a principal fonte do direito da Inglaterra, relega-se à segundo plano as Leis (*statutes*) e as

demais fontes, como o costume, a doutrina e a razão. As quais, em regra, só passam a ser utilizadas pelos juristas após o uso dos tribunais.

Na sistemática técnica do uso dos precedentes, as decisões proferidas pela “alta justiça” compostas pelos Tribunais Superiores (atualmente *Supreme Court of Judicature*) vinculam os julgamentos oriundos da chamada “baixa justiça”. Destacando-se, por oportuno, que a Comissão de Apelo da Corte dos Lords poderá, em situações excepcionais, exercer controle das decisões da *Supreme Court*. [15]

Ressalta-se, todavia, que a vinculação advém da *ratio decendi*, ou seja, do fundamento jurídico incidente sobre o caso específico (razões de decidir). Os juízos posteriores não são vinculados ao denominado *obiter dictum* - explicações e motivações que se encontram no corpo da decisão - haja vista sua utilidade para a correta compreensão do julgado sem integrar o seu fundamento. [16]

Partindo da correta distinção entre *ratio decendi* e *obiter dictum* facilmente compreende-se a teoria do *stare decisis et non quieta moveres* largamente utilizada pelos ingleses onde determina-se a obrigatoriedade de a decisão em uma lide semelhante e posterior estar em consonância com o juízo proferido anteriormente, especificamente com sua *ratio decendi* a norma jurídica retirada das decisões judiciais.

Com efeito, na sistemática atual do direito inglês, baseado nas construções do *commow law* as decisões proferidas por uma Corte vinculará as decisões dos juízos a ela inferiores. Nesse diapasão, as decisões proferidas pela Comissão de Apelo da Câmara dos Lordes vincularão todas as jurisdições do País, inclusive a *Supreme Court*, porém não estará a ela vinculado, já que lhe é permitido rever seu próprio entendimento.

Assim, os juízes posteriores deverão averiguar a analogia entre o litígio analisado e aqueles já proferidos para que, encontrando uma semelhança entre eles, aplicar as regras de direito anteriormente posta pelos Tribunais Superiores. Caso verifique-se que não se trata de caso análogo com qualquer outro já decidido, deverá dirimir a lide aplicando a justiça àquele caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, a apresentação, por parte de um jurista inglês de decisões proferidas por juízos do mesmo “escalão” daquele que proferirá a decisão, terá eficácia meramente persuasiva posto inexistir obrigatoriedade de seguir a *ratio decendiali* imposta. Todavia, apresentando decisão da Corte imediatamente superior ao juízo da causa, esta já apresenta eficácia vinculativa obrigando o juiz, se verificada a identidade de situações fáticas, apresentarem a mesma resolução jurídica.

2. SISTEMAS DE PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL

O direito brasileiro, que advém do sistema da *Civil Law*, encontra na Lei sua principal fonte. É através das determinações impostas pelo dito Poder Legislativo que há regulação das relações sociais no país.

Arraigada nas idéias oriundas dos pensadores do século XVIII, os juristas concebem a Lei – advinda de um processo legislativo – como vontade soberana do povo criada por delegação, devendo todos a ela ser submetidos visando à preservação da paz e da ordem social.

No Brasil, com a instituição do regime republicano os assentos^[17] foram extintos do ordenamento jurídico brasileiro dando lugar ao prejudgado^[18] que, figurou em nossa processualística até meados da edição do Código de Processo Civil de 1939, embora não tenha apresentado, em nenhuma das suas anteriores previsões, tampouco no codex de 1939, efeitos vinculativos.

É certo que, na ordem jurídica pátria, a doutrina tradicionalista não acatou o sistema de precedente vinculante, já que, para eles, não se afigura possível ao Poder Judiciário proferir normas de caráter geral e abstrato, interferindo na atividade legiferante.^[19]

Com efeito, no modelo tradicional do direito brasileiro e da civil law, ao poder judicante é atribuída função de aplicar, quase que mecanicamente, o direito positivado expondo a norma posta, servindo de verdadeira bouche de la loi^[20]

Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade brasileira o poder judicante passou a enfrentar inúmeras dificuldades no desenvolvimento de suas atividades, destacando-se o elevado número de demandas que em conjunto com o baixo efetivo de servidores e magistrados tornou o acesso ao judiciário caótico e moroso; e o volume de decisões díspares quando a mesma situação fática era analisada por juízos diversos.

Diante desse cenário, não restou alternativa ao ordenamento jurídico pátrio senão buscar mecanismos processuais (e institucionais) que albergassem valores como a celeridade e a unicidade da prestação jurisdicional, pelo que se voltaram aos preceitos do direito comparado e passaram a adaptar ao sistema jurídico vigente o modelo seguido pelo *commow law*.

Assim, os julgados que até então tinham efeitos meramente persuasivos passaram a dotar-se de efeitos impeditivos de revisão das decisões e, em alguns casos, efeitos vinculantes.

Todavia, tal persuasão advinha, em regra, da reiteração de decisões de uma determinada corte, ou seja, para efetivamente influenciar o julgamento de uma lide futura indispensável a formação de jurisprudência.

Para o Ilustre Miguel Reale a jurisprudência é uma fonte do direito e ela deve ser entendida como “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.” [21]

Em virtude da liberdade hoje atribuída de decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento[22], os precedentes judiciais quedam por renovar o ordenamento em determinado ponto ao interpretar sistemática ou isoladamente pontos isolados da Lei, criando uma nova regra aplicável a situação em análise que deverá ser reproduzida futuramente em casos análogos.

Nesta senda, desde o ano de 1963, por força da Emenda Constitucional, fruto do espírito inovador do então Ministro do STF, Victor

Nunes Leal[23], foi instituída a denominada súmula de jurisprudência predominante, sendo esta escolhida por julgamento da maioria absoluta dos membros da Corte.[24]

Destaca-se que, a mesma regra, que determinou a instituição das súmulas de jurisprudência dominante, também apontava o meio por onde elas poderiam ser revogadas ou alteradas, entretanto, a modificação de súmula editada, resultaria de um labor mais acurado daquele que buscasse desconstituí-la.

Constitui, assim, a súmula um instrumento flexível, destinado a simplificar o trabalho da justiça em todos os graus de jurisdição, evitando-se, a petrificação, porque a disciplina da súmula regula também o procedimento pelo qual pode ser modificada. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e dos juízes, uma vez que deverão eles aduzir novos argumentos ou aspectos inexplorados nos velhos debates, ou mesmo realçar evolução da própria realidade social e econômica. Com esta precaução súmula fulmina da loteria jurídica das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos e competentes operadores do direito[25]

Esse nítido salto de importância atribuída à jurisprudência, influenciou diretamente a confecção do Novo Código de Processo Civil.

Tendo em vista a impossibilidade de previsão de todas as possíveis lides que surgissem para a composição judicial os juízes vão adquirindo uma função interpretar a lei tendo, inclusive, que sanar suas possíveis lacunas através das ditas fontes secundárias, quais sejam, a jurisprudência, os costumes e a doutrina.

Nesse diapasão, com a maior importância que passou a ser atribuída ao órgão julgador e em função do crescente processo de globalização – com as devidas influências recíprocas entre as sociedades – as fontes consideradas secundárias, em especial a jurisprudência,

alcançaram papel de destaque entre os juristas nacionais ao ponto de promoverem mudanças nos paradigmas processuais aqui utilizados.

Isto porque, ante a nítida influência do direito inglês e americano, (ambos com sistemas oriundos da *commow law*) o modelo adotado no Brasil passou a se flexibilizar passando a admitir vinculação as decisões.

Diversas alterações legislativas foram promovidas pelo Novo Código de Processo Civil no sentido de promover uma maior vinculação das decisões dos Tribunais Superiores adotando, em destaque, as súmulas de uniformização de jurisprudência, as decisões em julgamento de recursos repetitivos, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a assunção de competência.

Diante de tais pontuações sobre as origens, a atual configuração e as mudanças que estão por vir, podemos afirmar que o direito brasileiro tem introduzido regras precipuamente observadas no direito inglês, atribuindo ao judiciário papel primordial na resolução dos conflitos, visando a unificação das decisões provenientes do jurisdicionado e contribuindo para um relevo na segurança jurídica deferida aos cidadãos.

CONCLUSÕES

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta suas bases nas normas tradicionais da *civil law*, todavia, já na época do império atribuía as decisões proferidas nos tribunais pátrios uma eficácia persuasiva a partir dos denominados prejulgados.

Com a instituição da república a Lei tomou seu "posto" ficando designado aos juízes a função de aplicá-las ao caso concreto, é a clássica visão do juiz como "boca da lei" aplicada no ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, com o desenvolvimento da sociedade e do pensamento jurídico se reconheceu a impossibilidade do texto normativo trazer todas as hipóteses de lides e suas respectivas soluções. Com efeito,

foi dada ao juiz a função de integrar as normais jurídicas através da hermenêutica.

Baseados em sua percepção de justiça e imprimindo suas impressões nas suas manifestações, os magistrados decidiam o caso posto a sua verificação sem quaisquer preocupações com a paridade entre as decisões judiciais implicando em resultado diverso a julgamentos de casos idênticos.

Nesse toar iniciou-se uma longa jornada para uniformizar decisões judiciais afastando o caráter de gincana jurídica que arrebatou o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse momento, buscando inspirações no direito comparado, passou-se a internalizar noções oriundas do modelo jurídico da *commow law*, adaptando o sistema judicial brasileiro a noção de vinculação das decisões proferidas pelos tribunais superiores.

Os efeitos vinculantes atribuídos as decisões judiciais no ordenamento jurídico pátrio configura uma clara introdução da doutrina do *stare decisis* às manifestações dos Tribunais Superiores brasileiros pelo que se pode falar que hoje vige um “sistema jurídico misto” no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 de abril de 2012.

_____. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 15 de junho de 2014.

_____. **Lei nº 11.417 de 19 de novembro de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. acesso em: 15 de junho de 2014

_____. **Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> acesso em: 15 de junho de 2014.

_____. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/regimento>> acesso em: 15 de junho de 2014.

_____. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>> acesso em: 17 de junho de 2014.

_____. **Decreto 16.237 de 20 de dezembro de 1923.** Disponível em <<http://arisp.files.wordpress.com/2008/04/decreto-16273-de-20-de-dezembro-de-1923.pdf>> acesso em 17 de junho de 2014.

_____. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.** (2011). Vade Mecum. 12. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. **Súmulas dos Supremo Tribunal Federal.** (2011). Vade Mecum. 12. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 2223-DF.** Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo246.htm>. Acessado em 15 de junho de 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **PSV 53**, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 24/02/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 13/03/2012 PUBLIC 14/03/2012.

DAVID, Renné. (2002) **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes.

FILHO, Antonio Pereira Madruga.(1999) **A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica.** Disponível

em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/518/4/r143-19.PDF>,
acessado em 25 de fevereiro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz.(2005) **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense.

LOURENÇO, Haroldo (2011) **Precedente Judicial como fonte do direito: Algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>, acessado em 26 de março de 2014.

JR, Fredie Didier e CUNHA. Leonardo José Carneiro da. (2008) **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Salvador: JusPodvim.

MEDINA, José Miguel Garcia. (2009) **Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. São Paulo: RT.

NETO, Luiz Vicente de Medeiros Queiroz. (2011) **A pertinência temática como requisito de legitimidade ativa para o processo objetivo de controle obstrato de normas**. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21660/pertinencia_tematica_requisito_legitimidade.pdf?sequence=1. Acessado em 15 de junho de 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito** – São Paulo: Saraiva, 19ª Edição.

ROSINHA, Martha. **“Amicus curiae” - A legitimação do procedimento - repercussão geral e súmula vinculante**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2557. Acessado em 15 de junho de 2014.

SILVA, José Afonso. (2008) **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As tendências brasileiras rumo a jurisprudência vinculante**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18390-18391-1-PB.pdf>. Acessado em 10 de abril de 2014

NEGRÃO, Theotônio e GOUVEIA, José Roberto F. (2006) **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva.

TUCCI, José Rogério Cruz. (2004) **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo**. Trabalho de PIC, na Universidade Estadual de Maringá/PR. Sob orientação do Professor Paulo Roberto de Souza. Disponível em: http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/315325/A_eficacia_do_precedente_judicial_a_luz_da_da_teorias_gerais_do_precedente_de_Michele_Taruffo. acessado em 25 de fevereiro de 2014.

WOLKMER, Carlos Antonio. (2006) **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey

NOTAS:

[1] WOLKMER, Carlos Antonio. (2006) **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey. Pag.158.

[2] DAVID, Renné. (2002) **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes.

[3] DAVID, Renné. (2002) **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes.

[4] FILHO, Antonio Pereira Madruga.(1999) **A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica**. Disponível

em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/518/4/r143-19.PDF>,
acessado em 25 de fevereiro de 2014.

[5] Madruga Filho (FILHO, Antonio Pereira Madruga.(1999) **A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/518/4/r143-19.PDF>, acessado em 25 de fevereiro de 2014) divide a evolução histórica/jurídica da *Cammow Law* do período romano ao período normando. Por sua vez, Renné David (DAVID, Renné. (2002) **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes) inicia o estudo da *Cammow Law* já no período anglo-saxão apresentando sua evolução até o modelo utilizado na modernidade de convivência entre a Equity e a *Cammow Law*.

[6] FILHO, Antonio Pereira Madruga.(1999) **A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/518/4/r143-19.PDF>, acessado em 25 de fevereiro de 2014, pag 242.

[7] Idem.

[8] FILHO, Antonio Pereira Madruga.(1999) **A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/518/4/r143-19.PDF>, acessado em 25 de fevereiro de 2014, pag 244.

[9] DAVID, Renné. (2002) **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes. pag 359

[10] Idem.

[11] DAVID, Renné. (2002) **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes pag. 358

[12] Idem.,

[13] DAVID, Renné. (2002) **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes pag. 377

[14] DAVID, Renné.(2002) **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, pag. 377

[15] Idem.

[16] ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo**. Trabalho de PIC, na Universidade Estadual de Maringá/PR. Sob orientação do Professor Paulo Roberto de Souza. Disponível em: http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/315325/A_eficacia_do_precedente_judicial_a_luz_da_da_teorja_geral_do_precedente_de_Michele_Taruffo. acessado em 25 de fevereiro de 2014.

[17] Até 1850 o Brasil não possuía leis processuais nem organizações judiciais próprias. Assim, eram utilizados os ditos *assentos*, sendo assim considerados os pronunciamentos oriundos do sistema português ou da corte de cassação brasileira acerca das leis civis, penais e comerciais, que possuíam caráter vinculante. Em TUCCI, José Rogério Cruz. (2004) **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT. pag. 233

[18] Definido pelo artigo 103, §1º, do Decreto 16.273 como “norma aconselhável para o caso futuro”.

[19] Tucci defende que a criação de normas gerais pelo judiciário seria possível com a previsão constitucional. Em TUCCI, José Rogério Cruz. (2004) **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT. pag 233

[20] Em tradução livre: “boca da lei”. Expressão utilizada na França em meados da Revolução Francesa.

[21] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito** – São Paulo: Saraiva, 19ª Edição

[22] **Art. 131**. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, acessado em 10 de abril de 2014.

[23] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As tendências brasileiras rumo a jurisprudência vinculante**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18390-18391-1-PB.pdf>. Acessado em 10 de abril de 2014.

[24] TUCCI, José Rogério Cruz. (2004) **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, pag 243

[25] TUCCI, José Rogério Cruz. (2004) **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, pag. 243:244

(DES)CONFORMIDADE DA PUNIÇÃO ESTATAL AOS DIREITOS HUMANOS. O QUE PRECISAMOS PARA EVOLUIR?

LEANDRO SOARES VIEGAS

RESUMO: O Estado através do monopólio do direito de punir exerce a maior interferência na esfera de direitos de um indivíduo. O exercício e execução da punição devem seguir certas orientações, que são determinadas pelos direitos humanos e pelos direitos fundamentais. A não observância desses limites poderiam determinar uma pena inconstitucional em função do estado das coisa.

Palavras-chave: Direito Penal. Execução Penal. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT:The State trough the monopoly of the punishment exerces the greatest interference on the sphere of rights of the individual. The exercize and execution of de punishment shall follow some guidelines wich are based on human rights and constitutional fundamental rights. The faileure to observe these limits could result on unconstitutional penalty based on the state of affair.

Keywords: Criminal Law. Execution. Human Rights. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe trazer reflexões acerca das sanções penais e o seu confronto com os Direitos Fundamentais consagrados na Constituição de 1988 e nos Tratados Internacionais. Deste modo faz-se necessário analisar a legalidade de uma série de penas previstas que afrontam todo o sistema constitucional e todo sistema internacional de Direitos Humanos.

Faz-se necessário uma pequena regressão ao tempo: Até o século XVII, o Direito Penal era marcado por penas cruéis e desumanas, não havendo até então a privação da liberdade, como forma de pena e sim como custódia, isto é , uma forma de garantir que o réu não se furtaria a aplicação da sanção e também um meio para a produção probatória, era comum a tortura , considerada legitima, apenas no século XVIII a privação

da liberdade , passou a fazer parte do rol das penas, assim sendo, iniciou-se um gradual banimento das penas cruéis.

Dando um salto para os dias atuais, no Brasil, a Constituição de 1988 em seu artigo 1º , inciso III dispõe que República Federativa tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, e um dos seus objetivos fundamentais é construir uma sociedade livre , justa e solidária, em seu artigo 5º , XLVI dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará , entre outras, as seguintes: privação ou restrição de liberdade, perda de bens , multa , prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos, e de forma taxativa, dispõe que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpetuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis.

Ao longo de 55 anos, os Estados usaram as Regras Mínimas para o Tratamento de presos, como um guia para estruturar sua justiça e sistemas penais. Ocorre que essas regras nunca tinham passado por uma revisão, em 22 de maio de 2015 , as Nações Unidas oficializaram novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos Humanos para toma-las como parâmetro na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade. Editaram-se, pois , as chamadas Regras de Mandela, seguindo a mesma política e com peculiar olhar para o encarceramento feminino, fenômeno que tem aumentado significativamente no Brasil, trazendo importante impacto para as políticas de segurança, administração penitenciária e visando combater a desigualdade de gênero, tendo em vista a necessidade muito específica de um olhar diferenciado para o encarceramento feminino , foram editadas as regras de Bangkok.

A regra nº 1 das regras de Mandela dispõe que todos os presos devem ser tratados com respeito, devido aos valores e a dignidade inerente a todo ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou a tratamento desumano e cruel , deverá ser protegido das sanções degradantes, o Estado deverá zelar pelo cumprimento da pena e pela ressocialização.

O presente trabalho questiona as penas aplicadas, e o seu confronto com a dignidade da pessoa humana, um dos exemplos :O raspar o cabelo do preso, sem a sua autorização, sabido pela melhor doutrina, que o raspar cabelo sem consentimento , é uma conduta criminosa de lesão corporal ou de injúria a depender do dolo específico do agente. O preso é obrigado a raspar o cabelo ao entrar no sistema prisional, tal conduta é

amparada pela Portaria nº 1.191/2008, a qual disciplina os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão dos presos no sistema, contrariando todos os princípios constitucionais, todas as declarações de Direito Universal, há uma verdadeira coisificação do encarcerado.

A discussão que é levantada gira em torno da constitucionalidade e da própria legalidade de tais condutas amparadas por portarias do poder executivo, de Leis draconianas as quais afrontam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificamente em seu artigo 5º, que dispõe de forma taxativa que ninguém será submetido a tratamento desumano e cruel. De forma conclusiva o presente estudo vem analisar as penas aplicadas, a sua legalidade, a sua constitucionalidade frente ao Estado Democrático de Direito.

1 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS COMO BALIZAS DA PUNIÇÃO ESTATAL

A execução penal instrumentaliza a mais violenta intervenção estatal na esfera jurídica do indivíduo, seja por constrição da sua liberdade, restrição de direitos ou imposição de perda patrimonial. A pena imposta em razão de condenação penal traduz, de certo, ato sancionatório coercitivo que se despido desta característica traduz-se em mera obrigação moral. Dessa forma, questiona-se quais seriam as balizas orientadoras da concretização da pena pelo Estado?

Além da Lei regente da concretização do direito de punir estatal, que será traduzido na pena imposta, a execução penal orienta-se pelos ditames dos direitos humanos e das garantias fundamentais consagradas no texto constitucional. Em primeiro aos direitos humanos por sua natureza universal. Em segundo, dobram-se aos direitos fundamentais em razão da supremacia das normas constitucionais, que por sua natureza irradiam sua força normativa a todo ordenamento jurídico. Todavia, estas normas cogentes, ainda que guardem entre sinonímia, reservam distinções entre si.

Os direitos humanos possuem um caráter supranacional, abrigados em uma "zona de flutuação" acima dos ordenamentos internos de cada país, aguardando autorização constitucional para assim se fixarem como

normas constitucionais. Outra característica própria é fato de serem construídos dentro de um contexto de historicidade: não foram consagrados em sessões legislativas, mas sim ao longo de acontecimentos histórico que transmutaram a forma de pensar da sociedade internacional. .

No que tange os direitos fundamentais, distinguem-se dos direitos humanos em função da sua fixação territorial, uma vez que fixados na Constituição de determinado, delimitam sua força normativa apenas no território daquele Estado, gozando portanto de um caráter puramente interno, ainda que no topo do ordenamento jurídico como normas constitucionais que são. Em grossa síntese, os direitos fundamentais seriam a fixação em texto nacional constitucional das inspirações consagradoras do princípio da dignidade da pessoa humana, a quais os direitos humanos traduzem no plano internacional.

Claramente direitos humanos e direitos fundamentais têm como matéria a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. Promoção está que deve, ou deveria, alcançar a todos os indivíduos, considerando um cenário "democrático de direito" – afinal Estados totalitários têm demonstrado no curso da história que a preocupação com a promoção da dignidade da pessoa humana não consta de suas agendas. Dessa forma, considerando a abrangência universal, direitos humanos e fundamentais seriam aplicáveis a todos, independente da condição e relação jurídica destes indivíduos para com o Estado. Portanto, como já dito, não apenas o indivíduo liberto goza de garantias, mas também aquele que está em submissão ao direito de punição exclusivo do Estado.

Não de outra forma, existem normas globais de proteção e aplicação específica ao indivíduo preso. Cita-se na oportunidade as Regras Mínimas Para Tratamento de Presos, conhecidas como "Regras de Mandela", criadas em 1955, cuja alteração foi aprovada em 2015 pela Assembleia Geral da ONU. Com maior especificidade ainda, foram editadas as "Regras de Bangkok" - Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, as quais "*propõem um olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também da priorização de medidas não privativas de liberdade*"^[1]. Este não é rol exaustivo, havendo outros textos internacionais que visam a garantia da dignidade do encarcerado.

No âmbito interno, há direitos fundamentais que visam reger o curso do processo - que por si só pode ser visto como uma pena; benefícios e direitos do preso e limites à restrição de liberdade que podem ser impostas pela legislação de execução penal. Garantias elencadas da Constituição de 1988 que garantem que o Estado, ainda que limite liberdade ou patrimônio do condenado através da imposição da pena judicialmente arbitrada, não limitará também outros direitos fundamentais: a vedação à tortura; a exclusão da pena de morte, de caráter perpétuo, banimento, penas cruéis ou de trabalho forçados, a garantia da preservação à integridade física e moral do condenado^[2] além de outras garantias constituem, ainda que exista controvérsia, “núcleo duro” de direitos, de natureza imutável, não passíveis de abolição por emenda.

Ante ao exposto, podemos constatar que o balizamento da execução da pena deve seguir princípios constitucionais, explícitos e implícitos, assim como garantias a consolidação do princípio da dignidade humana, determinados pelos direitos humanos no plano internacional e pelos direitos fundamentais e garantias equivalentes no plano jurídico interno. Todavia, é de clareza solar o conhecimento de que no Brasil a violação destas normas ocorre no cotidiano do sistema prisional.

A falência do sistema carcerário não é novidade. O tema, apesar de exaustivamente estudado, mostra-se distante de uma solução. Problemas como a lotação de carceragens, as poucas vagas de um sistema que a cada dia é ainda mais pressionado em razão do crescimento da população carcerária, a falta de investimento público e de recursos para este investimento, a pouca capacitação dos profissionais envolvidos na execução da pena; transformam o sistema penal em um violador institucionalizado dos parâmetros postos à devida execução da pena.

Isto posto, pertinente seria fazer a indagação se haveria pena, que em razão de sua condição de execução violadora dos direitos humanos e das garantias fundamentais, acabaria por se traduzir em uma inconstitucionalidade de fato. Como já exposto, a forma que pena privativa de liberdade é executada no país caminha no sentido oposto ao pretendido pela Constituição. Temos, portanto, um pena que não ressocializa e que não tem caráter pedagógico, não previne e que no estado em que se encontra apenas se mostra inconstitucional.

2A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana digna. São direitos de cunho essencial e indispensável a qualquer ser humano, tendo como principais características a universalidade, essencialidade, preferenciabilidade. Em apertada síntese, representam valores essenciais, explícita ou implicitamente retratados nas Constituições ou tratados internacionais.

A aplicação de punições por parte do Estado, devem respeitar a dignidade humana de cada indivíduo, esta considerada como princípio geral ou fundamental dos direitos humanos. Em sua vertente negativa, a dignidade consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano.

Com o crescimento da população carcerária, se tornou uma preocupação entre todos os Estados soberanos, o respeito aos direitos humanos dos que se encontram em situação de vulnerabilidade, cumprindo pena em penitenciárias e locais similares. Pensando nisso surgiu em uma conferência das Nações Unidas, as regras mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Tais regras possuem natureza de soft Law, que consiste no conjunto de normas não vinculantes de Direito Internacional, mas que podem se transformar em normas vinculantes posteriormente, caso consigam a anuência dos Estados.

As referidas regras estabelecem princípios e regras básicas para a organização penitenciária e o tratamento dos reclusos. A realidade Brasileira demonstra claramente que tais regras não são cumpridas no Brasil, visto que a superlotação dos presídios, as péssimas condições de higiene, os abusos físicos e sexuais exemplificam como o Brasil está longe de seguir as regras, e com isso viola a dignidade humana de cada um dos detentos que se encontram nessas condições.

As finalidades da pena em nosso ordenamento dizem respeito à retribuição justa pela prática de um delito, assim como a prevenção de delitos. Nesse viés preventivo, podemos destacar a prevenção geral, que nos diz que a finalidade da pena consiste em intimidar a sociedade visando evitar o surgimento de delinqüentes. Dentro da prevenção geral, existe a divisão da mesma em negativa e positiva. A primeira delas afirma que o direito penal pode dar uma solução à criminalidade, sendo a pena uma

ameaça legal dirigida aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, já a vertente positiva afirma que a prevenção geral passou a ser visualizada sob outro aspecto, consistente na afirmação positiva do direito penal.

Não menos importante, surge a prevenção especial que é dirigida ao criminoso em particular, visando, assim a ressocializá-lo e reeducá-lo. A pena nesse enfoque, possui a finalidade de impedir que o delinqüente volte a praticar delitos. Podemos afirmar também a existência da vertente positiva e negativa dentro da prevenção especial, caracterizando-se a primeira na importância da pena na ressocialização do condenado, e a segunda mostra que a carcerização do condenado só deve ocorrer quando outros meios menos lesivos não se mostrarem eficazes para sua ressocialização.

Pois bem, visto as finalidades das penas, alinhadas com os discursos de direitos humanos, resta claro a existência de violações aos direitos humanos de muitos presos espalhados por nosso sistema carcerário. Para que se consiga obter a ressocialização de um detento, deve-se agir respeitando a dignidade humana de cada um, e para isso devemos de antemão adequar as penitenciárias às regras Mínimas das Nações Unidas, e repensar na banalização do direito penal, que muitas vezes não o respeitam como a última ratio.

Essa preocupação parece ter chegado aos nossos tribunais. Recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu alguns casos relacionados a essa dicotomia sanção penal x direitos humanos, vejamos algumas:

I-Estado de Coisa Inconstitucional: O STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um estado de coisa inconstitucional, com violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas para execução nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos 3 poderes, tanto da União como dos Estados membros. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira falha estrutural que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação. Assim cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. Diante disso, o STF, em ADPF, concedeu parcialmente medida

cautelar determinando que juízes e tribunais de todo país implementem, no prazo máximo de 90 dias, a audiência de custódia; a União libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do fundo penitenciário Nacional para a utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

A nosso sentir, andou bem o STF, em dar um passo a uma reformulação do sistema penitenciário Nacional, saindo da inércia violadora de direitos fundamentais de toda população carcerária.

II- Outra decisão do STF, que a nosso sentir coaduna com a necessidade de uma reforma em nosso sistema carcerário diz respeito à tese firmada em repercussão geral, onde assevera que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, assim como havendo déficit de vagas, deverá ser determinada a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas e o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

III- O STF no começo do ano, considerou que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37{6 da CF, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Sobre essa última decisão do STF, é louvável que o tribunal tenha percebido o descaso com nosso sistema carcerário, a insalubridade e a situação desumana em que os presos vivem, porém não nos parece suficiente apenas uma indenização pecuniária, pois esta, não cessaria a violação a dignidade humana do preso, e muitas vezes seria uma forma do Estado compensar sua incapacidade, violando direitos humanos invioláveis. É nítido que os 3 poderes devem trabalhar em conjunto para melhorar consideravelmente a situação dos presídios do país, justamente para proporcionar a ressocialização do detento já que em um ambiente desumano, é quase impossível atingir talvez a finalidade mais importante de uma pena. Viver em um ambiente desumano seria uma dupla punição ao preso.

3 VEDAÇÃO DO EXCESSO E DA INSUFICIÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL

O princípio da proporcionalidade, na sua dimensão instrumental, deve balizar os limites às restrições dos direitos fundamentais. Na esfera penal, a concretização dessas balizas perpassa pela vedação do excesso e pela proibição da proteção insuficiente.

Assim, quando o Estado atua de forma a atribuir limites as restrições dos direitos fundamentais aplica o princípio da proporcionalidade na vertente vedação de excesso, por sua vez quando atua com o propósito de garantir os níveis de direitos fundamentais minimamente exigidos constitucionalmente, como é o caso das omissões inconstitucionais, concretiza o princípio da proporcionalidade vedando a proteção insuficiente desses direitos.

Considerando que a execução das sanções privativas de liberdade passou a ser coordenada por regras que pautam exigências mínimas a serem cumpridos pelo Estado, enquanto carcereiro, no sentido de preservar no recluso a sua natureza de ser social, de evitar o aprofundamento da separação entre sociedade e recluso, de que a defesa e promoção dos direitos fundamentais é elemento essencial, ganhou destaque a perspectiva, no âmbito jurídico, de que o Estado tem o dever de assegurar a efetivação do mínimo elencado como direito da pessoa humana no âmbito nacional e internacional e impedir as restrições excessivas desses mesmos direitos.

Porém, ao trazer esses conceitos voltando-os para execução da pena no Brasil há a necessidade de se identificar onde há excesso nas restrições dos direitos fundamentais, e onde esses direitos não são minimamente garantidos, para tanto se colaciona as cinco características fundamentais do sistema penitenciário brasileiro na concepção do professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú^[3]: superlotação carcerária, cultura do autoritarismo, violência sistêmica, falta de condições de higiene e oferta insuficiente de trabalho e de estudo.

Com efeito, é possível verificar que dentre as cinco características do sistema penitenciário brasileiro a cultura do autoritarismo e a violência sistêmica afrontam diretamente a vedação do excesso nas restrições dos direitos fundamentais, enquanto a superlotação carcerária, a falta de condições de higiene e a oferta insuficiente de trabalho e estudo

transparecem a ineficiência do Estado em garantir os direitos fundamentais mínimos.

Dentre as diversas situações que envolvem a não observância da vedação do excesso na aplicação da pena, as sanções intrapunitivas, oriundas da cultura do autoritarismo, que submetem os presos a regras e punições as quais intervêm brutalmente na identidade da pessoa, o corte de cabelo e barba compulsórios, por exemplo, práticas diárias nos estabelecimentos prisionais brasileiros, retratam a não observância da vedação do excesso dentro da característica da cultura do autoritarismo, pois a imagem é a projeção da personalidade física do indivíduo, atributo da própria personalidade, razão pela qual a conduta discutida possui tão somente o condão de degradar e desumanizar aqueles atingidos por ela.

Na vertente da proteção insuficiente dos direitos mínimos constitucionalmente estabelecidos é notório que os estabelecimentos prisionais não gozam de condições mínimas de higiene, há inegável superlotação carcerária e pouca oferta de trabalho e estudo.

Neste cenário de constantes violações dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade, em qualquer das duas vertentes aqui postas, não é observado na concretização da pena privativa da liberdade, seja pela ausência da mínima garantia dos direitos humanos constitucionalmente previstos, seja pela falta de limites decorrentes das sanções intrapunitivas, oriundas da cultura do autoritarismo e da violência sistêmica.

Assim, resta evidenciado que o sistema carcerário brasileiro não funciona como deveria, violando de maneira palpável a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, e por mais evidente que pareça, a repetição torna-se necessária, na medida em que os princípios da vedação do excesso e da proibição da insuficiência vinculam todos os poderes constituídos.

A mudança desse cenário em uma sociedade que passa por abalos na estrutura política e econômica, as quais ensejam uma série de debates acerca da efetividade da atuação estatal no desenvolvimento de suas atividades próprias, assim compreendido, em última análise, como a gestão eficiente das necessidades públicas, não é tarefa fácil e envolve escolhas difíceis, destinação de materiais e recursos humanos. Porém, a noção já ultrapassada que identifica o preso como mero objeto de manipulação, não pode influenciar as escolhas citadas, devendo o Estado concretizar o

princípio da proporcionalidade da aplicação da pena valorizando os direitos dos reclusos e ampliando os direitos fundamentais da pessoa humana.

Por tais razões, é imprescindível, para que não sejam frustradas as próprias expectativas do Estado Democrático de Direito, cujas bases estejam relacionadas com a dignidade da pessoa humana, que a política criminal se apresente como um instrumento de maximização das expectativas do próprio Estado e de seus membros, pois só assim haverá um fortalecimento dos laços de cooperação social e de civilidade.

4A BUSCA DA EVOLUÇÃO

Os desafios do sistema penal e processual, como um todo, passam, contemporaneamente, por uma inegável crise da teoria das fontes, onde a lei ordinária tem maior abrangência e aplicabilidade do que a própria Constituição Federal e as Convenções, que possuem caráter supralegal. Este ciclo reflete-se na Execução Penal e, as péssimas condições do sistema carcerário brasileiro tornam-se cada vez mais evidentes.

Cobra-se, desta maneira, uma postura mais liberal na relação Estado-Indivíduo, considerando a prevalência do interesse privado sobre o público, na medida em que a norma deve, necessariamente, observar os direitos e garantias individuais daqueles que foram cerceados de sua liberdade. A prisão nada mais é do que a perda de um direito e assim, devem coexistir harmonicamente, punição e direitos.

Há, pois, um consenso de que as condições para o cumprimento da reprimenda imposta pelo Estado é precária e fere, sobremaneira, os Direitos Humanos. Não há mecanismos para evitar a separação total entre indivíduo e a sociedade. O Estado, que deveria ter o papel fundamental no reforço de políticas públicas voltadas ao apenados, tem se distanciado ao longo dos tempos, contribuindo para as cinco características fundamentais do sistema penitenciário brasileiro citados no capítulo anterior.

Desta maneira, mostra-se cada vez mais atual a necessidade de buscar soluções para evoluir a fim de encontrar um ponto de convergência entre a efetiva punição estatal e o processo de humanização destas sanções. A premissa da busca das soluções para as problemáticas abordadas neste trabalho, perpassam por fatores que, se forem somados, podem lidar com a situação carcerária e, talvez, minorar os efeitos das constantes violações aos Direitos Humanos ocorridas naquele submundo.

Para tanto, valemo-nos das lições do professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú^[4]: “Pode-se fazer referência a três medidas que seriam necessárias e que talvez sejam as respostas mais óbvias ao desafio que o sistema penitenciário impõe: a construção de novos estabelecimentos penitenciários, a adoção de medidas legais para redução do contingente carcerário e a conscientização da gravidade da situação”.

Ocorre porém, que essas três medidas não parecem ser tão óbvias assim. Nos últimos anos houve um aumento do número de pessoas privadas da liberdade e, a construção de novos presídios não se afigura suficiente para conter o avanço da população carcerária. Recentemente, diante da publicidade do massacre ocorrido no Presídio de Manaus, o Governo Brasileiro chegou a anunciar a intenção de construir trinta novos presídios, o que não acabará com as mazelas da realidade do nosso país.

Já as inovações legislativas trazidas pelas leis 9.714/98, 9.099/95, 12.258/10 e 12.403/11, também não surtiram o efeito esperado, ao revés, caminharam no sentido contrário ao pretendido, levando ainda mais pessoas ao cárcere. A título de exemplo, a Lei 12.403/11 ampliou as medidas cautelares no processo penal, com o verdadeiro intuito de por fim a dualidade, “prisão ou nada” e encontra resistência por parte do aplicador da norma que, aliado aos movimentos repressivistas de Lei e Ordem, colaboram para o aumento do efetivo carcerário.

Outra inovação legislativa merece destaque, a Lei 12.433/11 que possibilitou, além da remissão pelo trabalho, a remissão pelo estudo. A alteração ao disposto nos arts. 126, 127 e 128 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) se coloca ao lado das medidas que visam a reintegração do preso à sociedade. A oferta de trabalho para aqueles que fazem jus ao benefício não são muitas e sendo assim, caso haja um esforço conjunto dos três poderes, pode ser considerada uma alternativa longo prazo.

Preconiza a referida modificação normativa que o condenado em regime fechado ou semiaberto poderá remir pelo estudo, parte do tempo de execução de pena, para cada 12 horas de frequência escolar haverá a redução de 1 (um) dia de pena.

A conscientização da gravidade da situação, portanto, se mostra como o caminho mais efetivo para uma solução evolutiva definitiva, muito embora não haja sinais de melhora neste sentido a curto prazo. A sociedade não compreende - ou não quer compreender - que o crime é um

fato complexo, de acordo com comportamento biopsicossociais, assim, encontramos uma barreira social intransponível.

O referido autor propõe outros três aspectos que possam diminuir as constantes violações de Direitos Humanos ocorridas no sistema carcerário brasileiro, a saber: internacionalização, que consiste na adoção de medidas de controle e jurisprudência em matéria de execução penal, como o Comitê de Prevenção à Tortura (CPT), Convenção Interamericana e Convenção Europeia.

Profissionalização que deve ser compreendida como a “necessidade de especialização do Poder Judiciário e do Ministério Público”, cobrando uma maior capacitação de seus membros e que, conheçam a realidade carcerária. Cita ainda a necessidade de uma ampliação da Defensoria Pública na esfera da Execução Penal e a presença física do Defensor nos estabelecimentos prisionais.

Ainda na vertente da profissionalização, o pessoal penitenciário também deve ser mais qualificado, melhor remunerado e a realidade brasileira mostra a necessidade de um aumento dos agentes penitenciários para que a relação preso-agente não tenha uma tendência sempre de violação aos direitos do preso.

Por derradeiro, na luta por esta evolução, aponta a necessidade de uma melhor apreciação, por parte da justiça criminal, da utilizações de inovações tecnológicas, que talvez seja o caminho do Século XXI para que as punições que violem os direitos humanos sejam diminuídas. O monitoramento eletrônico previstos nas Lei 12.258/10 e 12.40311, é um forte aliado se utilizado da maneira correta, ou seja, caminhar ao lado da liberdade e em sentido diametralmente oposto à prisão.

Ademais, há que se refletir acerca de um ponto específico sobre o sistema carcerário. A realidade econômica brasileira permite-nos afirmar que a manutenção do sistema é cara, onera os cofres públicos e não reintegra o preso à sociedade. Indaga-se, por que o sistema não pode gerar recursos próprios, utilizando a mão de obra do preso?

A busca da evolução, da atualização do sistema carcerário, enfrenta um outro complicador porque o Estado dificulta qualquer iniciativa de empreendedorismo. O sistema, em pleno Século XXI poderia ser formador

de empreendedores, mas não, permanecemos na lógica de que cabe ao sistema ressocializar pessoas que muitas vezes sequer foram socializadas.

Importante, de fato, é buscar uma evolução e a solução se afigura viável, tão somente, a partir da conscientização de que o sistema carcerário é, na verdade, uma responsabilidade de toda a sociedade e não somente dos operadores do direito que têm, por imposição normativa, que aplicar sanções.

CONCLUSÃO

Conclui-se então que é necessário uma política efetiva no sistema carcerário brasileiro, um esforço conjunto dos três poderes para implementar de forma concreta os Direitos dos presos e dos egressos, Direitos Fundamentais consagrados nos textos internacionais e nas Constituições Democráticas.

O Estado tem o dever de punir, "o jus puniendi", no entanto, esta punição encontra-se limitada pelos princípios constitucionais, pois o ordenamento jurídico é um sistema único, há necessidade das suas partes conviverem de maneira harmoniosa. A quebra desta harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade e de convencionalidade são mecanismos de verificação da constitucionalidade da lei ou de qualquer ato normativo com a constituição e com os tratados internacionais.

A expressão direitos humanos foi reservada para designar aqueles direitos que são básicos e inerentes a toda pessoa humana, e que derivam unicamente de sua condição de ser humano.

A dignidade humana é o reconhecimento do ser humano, como pessoa; não como meio, mas sim como um fim da atividade estatal, as penas deverão ser proporcionais, adequadas e cumprir a sua finalidade.

O Brasil é integrante do sistema internacional de direitos humanos, ratificando vários tratados internacionais e internamente a Constituição de 1988, ampara e dar suporte aos tratados; decorre de tal premissa: Os tratados deveriam nortear toda a legislação penal, buscando de maneira efetiva a concretização destes Direitos.

A legislação penal deve ser revisada nos limites da dignidade da pessoa humana, nos termos das regras de Mandela, das regras de Bankog

,as lei penais que vão de encontro ao sistema de Direitos Humanos , são leis de cunho arbitrário, trazem em seu bojo o resquício de um Estado totalitário.

Atualmente, observamos que a sanção penal vem sendo tratada como símbolo de uma política criminal factual, atendendo ao clamor momentâneo da sociedade, o que, em muito, tornou-se inadequada ao Direito penal , ou seja, em muitas sanções legais não há qualquer racionalidade, as metas sanções sem qualquer legitimidade , é resquício de um Estado arbitrário, que não reconhece o ser humano como um fim em si mesmo.

As várias obrigações impostas aos detentos sem qualquer amparo legal, tornam-se obrigações vexatórias que não reconhecem o indivíduo encarcerado como sujeito de obrigações e deveres, a pena deverá tão somente retirar a liberdade do indivíduo e preservar os Direitos inerentes a pessoa humana, pois a instrumentalização da prisão é um processo doloroso, que deverá ser instrumentalizada da forma menos gravosa para o preso, salientando, que a pena, via de regra, atinge também as famílias.

É inegável que uma sociedade livre, justa e solidária se constrói a partir da implementação dos Direitos Fundamentais, apenas assim, conseguiremos êxito numa diminuição da violência tão latente e pulsante nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência das penas de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. v.1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2017b.

BRASIL, **“Regras de Bangkok” - Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras**. Disponível em

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf> Acesso em 27 de março de 2017a

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael. **Manuel de direitos humanos**. R1. ed. Bahia. Ed. Jus Podivm, 2014.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Penal-AIDP-GB, 2014, v. 1.

SARLET, Ingo W. **Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal**. In: ROCHA. Maria E.G.T., **PETERSEN**, Maria C.F. Coletânea de estudos jurídicos. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p.201

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1. 9. ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

[1] BRASIL, Regras de Bangkok” - Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf> Acesso em 27 de março de 2017a.

[2] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2017b.

[3] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, ano 1, volume 1, junho 2013.

[4] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, ano 1, volume 1, junho 2013.

A EDUCAÇÃO E A FAMÍLIA, NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR

MARCO ANTÔNIO ALVIM SANTOS:
Bacharelado em Direito pela Faculdade
Pitágoras / Divinópolis

RESUMO: Numa realidade de desigualdades sociais com proporções dantescas, com quase nenhuma política voltada a regularização da distribuição de renda, somado ao descaso histórico da classe política pelos jovens e pela educação, e a política de "guerra às drogas" que mais parece uma caça às bruxas, fica claro que, mesmo em processo de desmanche, a educação juntamente com a família é hoje a principal saída (ou não entrada) para nossos jovens dos dissabores da delinqüência. A necessidade de políticas públicas mais efetivas que unam escola, família, poder público e a sociedade em geral em uma luta contra a criminalização da pobreza, contra a precarização da educação, contra as punições excessivas e desproporcionais e contra a rotulação, se faz cada dia mais real e necessária.

Palavras-chave: Educação; Família; Drogas; Delinquência.

RESUMEN: Una realidad de las desigualdades sociales con proporciones dantescas, con casi ninguna política destinada a regularizar la distribución de la renta, además de la negligencia histórica de la clase política de la juventud y la educación, y la política de "guerra contra las drogas" que se parece más a una caza de brujas está claro que incluso en el proceso de desmantelamiento, la educación junto con la familia es ahora la salida principal (o no) para nuestros jóvenes y los problemas de la delincuencia. La necesidad de políticas públicas más eficaces que unen a la escuela, la familia, el gobierno y la sociedad en general en una lucha contra la criminalización de la pobreza, contra la precariedad de la educación, en contra de castigos excesivos y desproporcionados y en contra del etiquetado, es cada día más real y necesaria.

Palabras clave: La educación; La familia; Drogas; Delincuencia.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 1.1 PROBLEMA DE PESQUISA. 1.2 OBJETIVOS DO TRABALHO. 1.3 DEFINIÇÃO DE “MENOR, CRIANÇA E ADOLESCENTE”. 1.4 O TERMO “INFRAÇÃO”. 2 QUEM SÃO OS MENORES INFRATORES? 2.1 A “CONSTRUÇÃO” DO MENOR INFRATOR. 2.2 O PERFIL DO MENOR INFRATOR. 2.3 INCAPACIDADE ABSOLUTA E RELATIVA. 2.4 DIREITO À PROTEÇÃO INTEGRAL. 3 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA NO RESGATE DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI. 3.1 O DESCASO SOCIAL E O MENOR EM CONFLITO COM A LEI. 4 A EDUCAÇÃO E A RECUPERAÇÃO DO JOVEM INFRATOR. 5 A ROTULAÇÃO. 6 AS DROGAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo precípuo, discorrer acerca da importância da família e da educação, essa segunda na figura do Estado, e seus mais importantes aspectos na prevenção quanto aos menores e o mundo do crime, quanto à recuperação e a reinserção dos menores infratores no meio social, buscando o menor impacto possível, tanto para o indivíduo infrator, quanto para a sociedade que o recebe.

Quebrar o paradigma da punição como sendo o principal e único meio de afastamento dos jovens do mundo das contravenções.

Traçar o perfil social do menor infrator e demonstrar as infrações mais praticadas, fazendo uma análise dos fatos relevantes sob a ótica constitucional em relação a esses jovens, como a inimputabilidade penal e seus direitos e garantias fundamentais.

Uma breve análise quanto à inserção dos jovens no ambiente das drogas ilícitas, o papel do Estado na inócua “Guerra às Drogas”. E ainda, verificar a qualidade da eficácia das medidas socioeducativas sempre buscando indagar se estas realmente reeducam, além de claro, procurar melhores soluções para a ressocialização dos menores infratores tendo como parâmetro para tal, a Educação e seu papel transformador, a Família e sua base sólida no amparo incondicional ao menor.

1.1 Problema de Pesquisa

Pensando no aspecto de proporcionar oportunidades, na tentativa utópica de talvez igualar a chances de todos, no meio social, a educação de qualidade e profissionalizante seria, indubitavelmente, a alternativa mais viável a punição a qualquer custo, devido seu caráter democrático, o contrário do sistema repressivo que conhecemos. Falido, esse sistema repressivo punitivo, não tem mais onde buscar alternativas senão na educação. Viver aparando as pontas das ervas daninhas, certamente não é a melhor forma de extirpar a praga, esse mal tem que ser combatido pela raiz. Assim, está posto o principal dilema. Como seria feito o resgate e a reinserção dessa vida em seu meio social? Qual o papel da educação nesse processo e como o Direito poderia ser o melhor aliado da educação nesse processo?

1.2 Objetivos do Trabalho

Geral:

Mostrar de forma clara que há possibilidade de resgate, pela educação, de menores infratores sem contar exclusivamente com meios coercitivos e punitivos e que também há como reinseri-los na sociedade sem traumas adicionais e o mais importante, sem contar com rotulações para tal.

Específicos:

Institucional: A produção do trabalho de conclusão de curso para a obtenção de título de bacharel em Direito, pela Faculdade Pitágoras de Divinópolis.

Específico: Investigar, analisar e propor formas com as quais seja viável inserir os menores infratores no âmbito educacional e sempre tendo como aliado principal a família, para que em prazo razoável esse objetivo possa se tornar com o auxílio da escola e dos educadores algo que traga prazer, sempre alertando que esse seria o único caminho lícito a se percorrer.

Apontar à importância da educação e da família de forma a prevenir a evasão escolar e conseqüentemente à debandada dos jovens ao submundo do crime, sempre informando e propiciando oportunidades e alternativas prazerosas a esses jovens no âmbito escolar e fora dele, respeitando suas culturas e raízes e fazendo dessas, aliadas.

Fazer um estudo de forma não utópica e levar as pessoas a refletirem sobre suas obrigações enquanto família e sociedade no processo de recuperação e ressocialização do menor infrator. Trazendo a baila a responsabilidade constitucional de cada um na forma individual e coletiva nesse processo.

Demonstrar a importância de esses jovens terem o que fazer em seus horários vagos, esporte, cultura, lazer de qualidade são imprescindíveis na manutenção do mantimento dessas vidas no trilho do caminho da licitude.

Na lição de Abramovay^[1]:

A carência de atividades de diversão na comunidade é explorada pelo tráfico que, em muitos lugares, marca presença, ocupando um espaço deixado aberto pelo poder público, constituindo-se em referência para os jovens.

Menor é toda pessoa que tem até 18 anos incompletos, esse grupo se subdivide em duas espécies, sendo: até 12 anos incompletos, considera-se criança e, de 12 anos até 18 anos incompletos chama-se adolescente.

1.3 O Termo "INFRAÇÃO".

No Brasil, a Lei 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui o nome de infração aos delitos por adolescentes cometidos.

Artigo 103 dispõe:

"Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal".

De 1990 em diante. Com essa lei, as Crianças e os Adolescentes são considerados sujeitos de direitos e deveres, porém, sujeitos em plena fase de desenvolvimento e que precisam de proteção integral. Dessa forma, o menor que se tornar autor de algum ato infracional será por ele responsável e terá direito a um processo legal do qual fará jus a defesa.

As infrações cometidas no âmbito da adolescência não seguem um padrão em seus aspectos e são cometidas por múltiplos e inúmeros motivos. Regra geral, a maioria dos autores atribui à falta de políticas públicas, a economia, a aspectos pessoais e principalmente, atribuem ao consumo e venda de drogas ilícitas.

Quem são os menores infratores?

Adolescentes e crianças que se envolvem em atos infracionais, que são, por exemplo, roubo, violência, posse de drogas, furto, entre outros atos que são considerados igualmente crime na vida adulta, passam por processos diferentes na responsabilização de seus atos. Os menores de 12 anos são considerados crianças e assim são isentos de responsabilidades tendo que serem encaminhados ao Conselho Tutelar onde serão aplicadas medidas protetivas previstas no artigo 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Já os menores com 12 anos completos até os 18 anos incompletos serão considerados adolescentes (art. 2º ECA) terão sua responsabilidade apurada com base na legislação especial, que é a Lei 8.069/90 a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e assim, serão tratados fora da formalidade do sistema penal.

Ao traçar o perfil desse adolescente em conflito com a lei o Conselho Nacional da Juventude chegou a idade média de 16,7 anos e segundo o "diagnóstico^[2]" 47,5% dos adolescentes cometeu o primeiro ato infracional entre 15 e 17 anos; 42,6% entre 12 e 14 anos; e 9% entre os 07 e 11 anos de idade".

De acordo com a Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade. E no Código Civil, no Art. 5º diz que: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

No Código Penal Brasileiro, estes são chamados de inimputáveis, como se vê no Art. 27: Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

2.1 A “Construção” do Menor Infrator

Além do art. 227 da Constituição Federal^[3], a Lei 8.069/1990 em seu art. 4º dispõe que:

(...) É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta propriedade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Então, se não são cumpridas as regras acima citadas, ou se são de forma deficitária, aumenta demasiadamente a chance de que haja a marginalização desses que teriam que ser protegidos, marginalização essa, que é parte do grande motor da máquina de fabricar menores infratores.

Para Roberti, o que leva marginalização, o que põe a margem da sociedade, o que leva a exclusão social, não é escolha particular da criança e do adolescente, e sim, aspectos variáveis que vão da condição subumana de habitação, passa por crises familiares, sentimento de alienação no âmbito familiar e escolar e chegam principalmente pela discriminação que é proveniente de pessoas que dizem representantes da normalidade e da sociedade “normal”.

Para MIELNIK, a família em sua forma mais abrangente, possui um papel de extrema importância na educação dos filhos, orientar e ajudar no desenvolver de suas potencialidades e dar direção e mostrar regras de convívio social, também é papel preponderante da família. São os pais os responsáveis por apontar aos filhos a direção do crescimento sadio, da conquista da maturidade e da autonomia.

2.2 O perfil do Menor Infrator

O Adolescente e a Criança que se envolve em cometimento de atos infracionais em grandes casos demonstram, problemas individuais, na própria família, na sociedade, na escola, no emocional, no convívio etc.

De acordo com a psicanálise, esses problemas são expressos pelo corpo. O infrator, quanto menor for menor também será a consciência do que está fazendo, já o infrator com a consciência em fase final de desenvolvimento, tem maior discernimento e consciência do que está fazendo, dessa forma, justifica a necessidade de um tratamento especial.

2.3 Incapacidade Absoluta e Relativa

Os incapazes absolutos são os menores de 16 anos que terão seus atos como sendo totalmente incapazes. Sendo assim, o ato infracional dos mesmos é considerado um ato absolutamente nulo, precisando um representante.

O artigo 101 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 ou Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança e adolescente:

“(...)”Considera-se criança, para efeitos dessa lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Já os menores que tem a idade entre 16 a 18 anos são incapazes relativamente. Seu ato infracional pode ser anulado, porém mesmo assim necessita-se de uma assistência.

Dessa forma, o tratamento para a criança infratora deve ser diferente do adolescente infrator, pois, como devido a sua incapacidade absoluta, merece orientação específica, mais assistida e mais branda.

Os tratamentos adotados são de acordo com cada caso. Essas medidas são de acordo com o ECA Art. 101 e Art. 105. E o adolescente infrator, por ter incapacidade relativa, poderá passar por todos os requisitos previstos no Art. 101 do ECA, acrescentado a outras, como a internação. As medidas possíveis de serem tomadas estão firmadas no Art. 112 do ECA.

Maria Helena Diniz^[4] faz de forma clara esta diferenciação:

“Os menores de dezesseis anos são tidos como absolutamente incapazes para exercer a vida civil, porque devido à idade não atingiram o discernimento para distinguir o que podem ou não fazer, o que lhes é conveniente ou prejudicial. Por isso, para a validade dos seus atos, será preciso que estejam representados por seu pai, sua mãe ou por seu tutor. (...) Os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos só poderão praticar atos válidos se assistidos pelo seu representante. Caso contrário serão anuláveis.”

2.4 Direito à proteção integral

O princípio da Proteção Integral trás a baila o dever do Estado, da Família e da Sociedade em zelar pela criança e pelo adolescente, conforme disposto no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse artigo dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

A Ministra Cármen Lúcia^[5], em julgamento em 12 de agosto de 2008, trata sobre a Proteção Integral:

“(…) A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por

qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores.”

Assim, fica claro que, tal princípio é muito importante na observação da proteção da criança e do adolescente, impondo ao Estado, a Sociedade e à Família esse encargo a qualquer custo, baseada nos direitos especiais e específicos de todos os menores reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 a importância da família no resgate do adolescente em conflito com a lei

"1A família constitui grande riqueza social", assim disse o Papa Francisco no Congresso Latino americano da Pastoral Familiar no Panamá em 06 de agosto de 2014. Indubitavelmente essa riqueza social que constitui a família não é proveniente só da "família tradicional", patriarcal, cristã, formada por pai, mãe e filhos e sim por qualquer dos "tipos" de família conhecidos e defendidos pelo direito.

Ter quem abraçar, incentivar, ouvir e repreender no âmbito da família, sem dúvida é um grande passo para a formação do caráter de uma criança ou adolescente. Assim, onde é parco o exemplo e incentivo da família em relação à educação e sua importância é regra o aumento da evasão escolar e o descaso em face da figura do educador e até mesmo de outras autoridades.

Então a família se apresenta como primordial ponto de partida para a ressocialização tendo em vista que é no âmbito familiar que a criança aprende as primeiras normas de convivência e desenvolve suas primeiras capacidades de comunicação. É o no seio familiar que o indivíduo cresce e desenvolve seus sentimentos, onde tem os primeiros contatos com as recompensas e até mesmo com as punições. É também onde cria as

primeiras imagens de si mesmo, onde experimenta os primeiros modelos de comportamento que moldarão seu caráter para o futuro.

1"..."...as adaptações na estrutura e organização familiar necessária para manejar as tarefas da adolescência são tão básicas que a própria família se transforma de uma unidade que protege e nutre os filhos pequenos em uma unidade que é um centro de preparação para a entrada do adolescente no mundo das responsabilidades e dos compromissos adultos."(PRETO, 2001, p. 223)[6].

A adolescência é uma fase de transição e é de suma importância o apoio familiar nesse momento de vulnerabilidade devido as inseguranças. Esses indivíduos ficam mais suscetíveis a más influencias na busca pelo que os falta na família.

3.1 O descaso social e o menor em conflito com a lei

Mazelas sociais é o principal caminho que leva à marginalidade e esse caminho em regra é bem seletivo quando se pensa em classe e cor.

Inúmeras são as análises sociológicas quanto ao tema relativo ao que levaria a marginalidade. O que se pode afirmar é que esse caminho não é percorrido por uma categoria específica de crianças e adolescentes e sim por um conjunto estreito de problemas relacionados a condições subumanas de habitação, crises entre os genitores, um sentimento de isolamento no seio familiar, na escola, discriminação cometidos por aqueles que carregam consigo rótulo da "normalidade" e por último, mas não menos importante, um sentimento de abandono por parte do Estado.

Devido a essa realidade, muitas crianças e adolescente se rebelam contra os pais, professores e contra a autoridade estatal pelo simples fato de não terem se integrado numa comunidade que desse o mínimo de importância aos seus anseios, suas inseguranças e suas dúvidas quanto ao mundo, e ao invés disso, os reprimiram, os sabotaram os colocaram à margem.

É sabido que muitas crianças e adolescentes se abraçam à marginalidade e o mundo dos atos infracionais por consequência do fracasso do Estado frente a políticas públicas principalmente de educação e para se refugiar de opressões sofridas por uma sociedade que tenta os encaixar em padrões predefinidos por pessoas ditas “normais”.

Assim, seduzidos pelo dinheiro rápido do crime e encurralados pela sociedade de consumo, muitos desses adolescentes e crianças acreditam que a violência é a única possibilidade que a vida os reservou.

A educação e a recuperação do jovem infrator

Educação é um direito fundamental, subjetivo e público, que faz com que o indivíduo desenvolva com autonomia as suas potencialidades humanas. Para tanto, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 205, trás explicitamente que o direito à educação é “direito de todos e dever do Estado e da família”.

Fazendo uma análise sobre a fundamentalidade desse direito sob a égide do Direito Constitucional fica clara a forma especial que os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente são abordados, primeiramente distinguindo criança e adolescente do “resto” dos indivíduos. Crianças são seres em fase de desenvolvimento merecedores de tutela diferenciada absoluta e prioritária no que tange as preocupações governamentais. LIBERATI^[7] entende por “absoluta prioridade” que a criança e o adolescente se encontrem “em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes”, assim:

“[...] na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, condições dignas de moradia e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante”.

O Sistema Constitucional Especial de Proteção se encontra disposto nos artigos 226 a 229 da CF/88, tendo como noção fundamental e de base a peculiar condição de seres humanos em processo de desenvolvimento[8].

Contudo também há previsão dessa proteção no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) que veio substituir o antigo Código de Menores (Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979).

A desigualdade social é uma mazela que aflige o mundo todo e o Brasil não é exceção a essa regra. Fazer valer o artigo 6º da Constituição Federal não tem sido tarefa fácil para o Estado que muitas das vezes se mostra omissivo, principalmente no tocante ao acesso a educação de qualidade, que leva a uma evasão escolar de proporção descomunal. Devido a esse insucesso é visto o reflexo do debandar de jovens para o mundo da subversão e do crime, e conseqüentemente a ida direta aos braços da delinqüência, que para Diniz[9] "(...) Em sentido estrito, é ato anti-social, ou melhor, a infração à lei penal cometida por menor de idade".

A educação é um dos direitos sociais mais importantes para as pessoas, pois ela é a principal ferramenta na busca da independência intelectual e financeira. Dessa forma, em meio a uma sociedade que impõe padrões de moda entre outros, os jovens sem acessos à educação e conseqüentemente mais suscetíveis a manipulações intelectuais são "bombardeados" pela mídia que coloca esses padrões como sendo padrões determinantes para inserção dos indivíduos numa coletividade, ou seja, "tenha ou você não é", o que leva muitos desses jovens sem oportunidades de educação e trabalho a busca por caminhos "fáceis" na esperança de terem para serem.

De uma forma ou de outra a educação é a melhor "arma" para se lutar contra a busca a qualquer preço pelo prazer do consumo. Ela pode te levar ao nível de consumo que busca pelas vias lícitas ou ao menos pode te dar conhecimento para não colocar o padrão de consumo como uma determinante para a felicidade, sempre através dos valores. Porém, depois de engendrados no mundo da infração penal, o menor tem que ser resgatado, e esse resgate é algo muito complicado, como tudo que se deixa

para remediar ao invés de prevenir. Há de ser uma parceria, entre o Estado, de forma efetiva e a família. Acerca da consciência da importância da família no processo de deve ter sobre a necessidade de recuperar este adolescente infrator fala BARROSO[10]:

(...) Importante é que tenhamos consciência de que, tratar e recuperar o adolescente infrator implica, necessariamente, em tratar e recuperar a família deste jovem, para que possamos resgatá-lo como elemento útil à sociedade.

Ultimamente, tem-se falado com mais frequência sobre os avanços da educação no Brasil, chegou até "apelidar" nossa pátria de "Pátria Educadora", falou muito também sobre as reduções nas taxas de analfabetismo, sobre o crescimento da escolaridade média dos brasileiros e dos objetivos de ampliar o acesso a educação de qualidade e da qualidade da educação. Porém, muito pouco se fala sobre os avanços neste campo no que tange àqueles que se encontram cumprindo medidas socioeducativas de privação parcial ou total de liberdade sobre a tutela do Estado.

5. A ROTULAÇÃO

A doutrina moderna social-normativa trás algumas possibilidades teóricas de estudo quanto aos meios e processos de seletividade e de criminalização das minorias sociais. Entre eles, podemos destacar o *labeling approach* ou "teoria do etiquetamento". Sobre o *labeling approach*, é possível compreender os processos de criação e reprodução dos estigmas, pela própria exclusão social da sua existência concreta. Assim o termo estigma é usado a um atributo depreciativo. Para Erving Goffman[11]:

"A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias".

Dessa forma, para a sociedade, os criminosos são os sujeitos socialmente selecionados por formas de controle social e controle penal,

para após sofrerem uma rotulação serem marginalizados ou margeados em seus espaços sociais.

A teoria do etiquetamento se torna mais forte quando pensada frente aos processos de criminalização das sociais classes minoritárias e, no tema em questão, a criminalização da juventude.

O fenômeno da criminalidade é concebido como meio de rotular, estigmatizar, etiquetar pessoas e classes selecionadas, seja pelo processo econômico, seja pelo processo social. Nessa linha, a adolescência e juventude, especialmente o jovem pobre, aparece como alvo principal para a rotulação criminal em resposta a uma crise social de insegurança generalizada. Segregar é a resposta produzida socialmente e abrigada pelo fenômeno jurídico para o jovem já excluído, rotulando-o então com uma identidade delinquencial.as drogas

É sabido que o tráfico de drogas é um dos atos infracionais mais cometidos pelos menores infratores. Segundo relatório[12] do CNJ de novembro de 2016, cerca de 90% desses infratores são jovens do sexo masculino e a medida mais aplicada é a liberdade assistida.

Em todas as regiões do Brasil, o tráfico de drogas aparece como um dos atos infracionais mais praticados pelos menores, porém em algumas regiões o tráfico ilícito de drogas se mostra mais efetivo, como se vê no gráfico abaixo retirado do relatório[13] do CONSELHO NACIONAL DE JUVENTUDE e CNJ em 2012.

O tráfico de varejo tem levado esses jovens ao colo do poder punitivo cada ano em maior número e mais cedo. Esses números refletem a fragilidade e ineficiência da “guerra às drogas” proposta pelo Estado. Esse exemplo de guerra perdida é vista em todo país que propõe tratar esse tipo de problema como problema de polícia e de punição ao invés de tratar como um problema de saúde pública.

A falta de lazer de qualidade, de escolas atrativas, de incentivo e respeito por suas culturas, de oportunidades no mercado de trabalho leva por muitas vezes esses jovens a um atalho na busca por satisfizes seus anseios de consumo. A mídia “bombardeia” esses jovens com padrões a

serem alcançados e apregoa que só se é alguém se você possui algo, o verdadeiro ter para ser. Pessoas sem estrutura familiar, com poucas oportunidades por muitas vezes buscam por caminhos alternativos ao da licitude satisfazer seus desejos capitalistas.

Nesse meio acima citado estão na grande maioria jovens, negros, de partes periféricas de grandes centros urbanos.

Então, não é verdade que a realidade das drogas seja exclusividade dessa camada menos favorecida e abandonada pela Constituição, é que o abandono por parte do Estado junto com a rotulação e o desejo da classe mais instalada em ver punição leva essa minoria a pagar pelo erro de alguns pelas mãos da generalização.

A política de drogas há de ser revista. Só o fim da guerra às drogas e o fortalecimento de políticas inclusivas, de saúde pública, por parte de um Estado forte, menos preocupado com classes sociais e cor de pele, poderá descriminalizar a pobreza e assim passar a ver as pessoas negras, pobres e periféricas como vítimas e não como algozes. Quando o real algoz é o pai Estado que os abandonou e que os puni de forma desproporcional fazendo uso do monopólio da violência e assim satisfazendo o desejo histórico de punição de seus verdadeiros acolhidos, a classe branca, burguesa e bem instalada num país onde o capital que manda e mantém a máquina estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de suma importância estar ciente que um Estado extremamente punitivo, que não prima por uma educação de qualidade desde a tenra idade dos indivíduos, que tem políticas trabalhistas quase escravagistas, faz o papel de destruidor de alicerces numa sociedade que realmente deseja se manter justa e estável.

Pais pouco presentes na vida dos filhos devido a horários de trabalhos e a tempo de percursos longos em meios de transportes públicos precários. Filhos sem educação de qualidade e atrativa, sem possibilidades de preencherem seus tempos em escolas em tempo integral, oficinas culturais,

sem projetos de valorização de suas culturas, ou seja, com muito tempo de sobra nas ruas, formam o "prato principal" do submundo da criminalidade.

Dessa forma classes menos favorecidas, que não tem como colocar seus filhos em escolas de línguas, esportes, lazeres alternativos, ou seja, não consegue pagar para deixar seus filhos sob o cuidado de alguém enquanto executam seus trabalhos, estão mais suscetíveis a sofrer com as mazelas do triste mundo das drogas e de outros atos infracionais.

Em suma, o Estado que puni o menor em conflito com a lei é o mesmo Estado que outrora o abandonou.

Uma estrutura familiar sólida, independente do "tipo" de família, é um de dois pilares que sustentam a vida da criança e do adolescente dentro dos parâmetros da "normalidade" no tocante a viver de forma lícita. O outro pilar sem dúvida teria que ser o Estado com suas políticas públicas voltadas a esse individuo e sua família, propiciando o mínimo constitucional e conseqüentemente fechando as portas da marginalidade por onde essas crianças e adolescentes saem para buscar se enquadrar numa sociedade de consumo que os promete uma inserção tendo e não sendo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o *Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providencias*. Fundação CASA. ECA. São Paulo, 1990.

MIELNIK, I. *Mãe, Pai e Filho Encontros e Desencontros*. São Paulo: Graphbox, 1993.

ROBERTI, M. *O menor infrator e o descaso social*. São Paulo: PUC-SP, 2000.

SASSAKI, R. K. *Inclusão. Construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA 1997.

VIOLANTE, M. L. *O dilema do docente malandro*. São Paulo: Cortez, 1984.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo. Saraiva. 1998.

PRETO, N. G. Transformações do Sistema Familiar na Adolescência. In: CARTER, B. McGOLDRICK, M. & Colaboradores. *As mudanças no Ciclo de Vida Familiar: Uma Estrutura para Terapia Familiar*. Tradução Maria Adriana Veríssimo Veronese. 2ª ed. São Paulo: Artmed, 2001.

BARROSO FILHO, José. Do Ato Infracional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2470>. Acesso em: 07 Nov. 2016. p.3.

ABRAMOVAY, Miriam. *Escola e Violência*. Brasília: UNESCO, UCB, 2003. P. 38.

HC94.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-8-2008, Primeira Turma, *DJE* de 3-10-2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 12;16.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF: Senado, 1990.

NOTAS:

[1] ABRAMOVAY, Miriam. *Escola e Violência*. Brasília: UNESCO, UCB, 2003. P. 38.

[2] CONSELHO NACIONAL DE JUVENTUDE, Panorama Nacional. A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação Programa Justiça ao Jovem. CNJ, 2012.

[3] Art. 227 CF/88 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

[4] DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 12;16.

[5] HC94.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-8-2008, Primeira Turma, *DJE* de 3-10-2008.

[6] PRETO, N. G. Transformações do Sistema Familiar na Adolescência. In: CARTER, B. McGOLDRICK, M. & Colaboradores. As mudanças no Ciclo de Vida Familiar: Uma Estrutura para Terapia Familiar. Tradução Maria Adriana Veríssimo Veronese. 2ª ed. São Paulo: Artmed, 2001.

[7] LIBERATI, Wilson Donizeti. "Conteúdo material do direito à educação (208-260)". In. LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito à educação: Uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 18- 19).

[8] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.p. 135.

[9] DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo. Saraiva. 1998.

[10] BARROSO FILHO, José. Do Ato Infracional. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2470>. Acesso em: 07 Nov. 2016. p.3.

[11] GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

[12] Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei, Corregedoria Nacional de Justiça <http://www.cnj.jus.br/9qrj> - (acessado em 25/04/2017)

[13] CONSELHO NACIONAL DE JUVENTUDE, Panorama Nacional. A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação Programa Justiça ao Jovem. CNJ, 2012.

A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: ANÁLISE DA LEI 13.467/17 FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

NATHALYA APARECIDA LEMES

REIS: Graduando em Bacharel em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

Vinicius Pinheiro Marques [\[1\]](#)

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas apresentada no artigo 611-A da Lei da Reforma trabalhista Lei nº 13.467/17, qual seja a prevalência do negociado sobre o legislado. Busca-se analisar o mencionado dispositivo sob o prisma do princípio da vedação do retrocesso social. O Brasil tem passando por uma fase na qual a ordem econômica impõe a revisão de preceitos trabalhistas que de certo modo acarretam na redução de direitos. Nesse passo, diante do histórico de lutas sociais e conquistas trabalhistas, pretende-se analisar se a prevalência de um modelo normativo mais negocial em detrimento do legislado, no âmbito do direito trabalhista, configuraria retrocesso social e tal medida seria inconstitucional.

Palavras-chave: flexibilização; negociado sobre o legislado; vedação do retrocesso social.

ABSTRACT: The present work Versa About The Easing of labor rights Presented in article 611 of the Law of labor reform law n ° 13.467/17, What's The Prevalence of the negotiated on the legislature. It is sought to analyze the aforementioned device in the prism of the principle of the seal of social regression. Brazil It has been going through a phase in which the economic order imposes the revision of labor precepts that in a certain way entail the reduction of rights. In this step, In the face of the history of social struggles and labor conquests, it is intended to examine whether the prevalence of a more negotiated normative model to the detriment of the law, in the context of the Labor right, would set up social regression and such a measure would Unconstitutional.

Keywords: flexibility; negotiated on legislated; sealing of the social backlash.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Contexto histórico do direito do trabalho: 2.1 Sociedade pré-industrial; 2.2 Sociedade industrial. 3. História do Direito do

Trabalho no Brasil. 4. Direitos sociais como instrumento de efetivação dos direitos trabalhistas. 5. Flexibilização trabalhista e os reflexos na lei 13.467/17. 6. Princípio da vedação do retrocesso social. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito do trabalho, então, desde sua gênese, ansiou pela busca da proteção do trabalhador, desenvolvendo-se em torno do crescimento e preservação dos direitos básicos da classe operária. Dentro desta mesma perspectiva o direito do trabalho se desenvolveu no Brasil, funcionando como instrumento de salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações de trabalho.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma gama de direitos dos trabalhadores foi elevada à condição de direitos fundamentais, dentre os quais destaca-se o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna que assegura aos trabalhadores, urbanos e rurais, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de segurança, higiene e medicina do trabalho. Com efeito, agasalhou-se o núcleo essencial desses direitos no manto da proteção dos princípios constitucionais e, notadamente, do princípio da proibição de retrocesso social.

Dentre os direitos sociais e, portanto, fundamentais, encontram-se os direitos do trabalho que visam a garantir proteção ao trabalhador, não podendo, assim, serem reduzidos ou suprimidos.

O contexto de globalização e conseqüente na crise econômica em que o Brasil se encontra envolto não se mostra passageira, e na qual há um aumento dos índices de desemprego e da inflação, além da redução da atividade econômica. Nada obstante as tentativas de flexibilização das leis trabalhistas sejam históricas, faz-se necessário sua análise dentro desta nova realidade, que demanda estudo e desenvolvimento de saídas criativas e flexíveis para os problemas que a pós-modernidade impõe..

Diante disso, as relações individuais de trabalho no Brasil têm sofrido alterações, com propósito de promover a sua "modernização", por meio do rompimento ou atenuação de elementos que compõe os direitos

dos trabalhadores. Tais mudanças, no entanto, apresentam indícios de descompasso com as premissas constitucionais vigentes, na medida em que afeta a prestação de direitos fundamentais, erigidos pela Constituição de 1988.

Dentre as alterações realizadas com o advento da Lei n.º 13.467/2017 a denominada Reforma Trabalhista ficou por conta das regras atinentes à negociação coletiva, ao disciplinar que a convenção e o acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre a lei, reconhecendo assim a prevalência do acordado sobre o legislado.

Dessa forma, o presente artigo objetiva analisar, através de pesquisa bibliográfica, bem como da aplicação de método indutivo, se é possível, perante a atual proteção constitucional destinada aos direitos laborais, a adoção da prevalência do negociado sobre o legislado de como anseia o artigo 611-A da Lei 13.467/17, ou se, diante da adoção do princípio da vedação do retrocesso social pela Carta Magna de 1988, tal lei caracterizaria afronta ao preceito constitucional.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

Para começar o estudo deve-se entender historicamente o sentido etimológico da palavra “trabalho”.

O vocábulo trabalho provém de uma raiz que indica algo penoso ao homem, em linguagem cotidiana tem inúmeros significados. Algumas vezes lembra dor, sofrimento, e outras vezes designa operação humana de transformação da matéria.

Segundo parte dos léxicos, a palavra “trabalho” viria da expressão “*tripalium*”, do latim tardio, que designava um instrumento romano de tortura (literalmente, tri + *palus*, i.e., “três paus”), dispostos como tripé com três estacas encravadas no chão em forma de pirâmide, para suplicar os escravos. Por conseguinte, o verbo “trabalhar” derivaria do latim vulgar “*tripaliare*” (ou “*trepaliare*”), que significaria originalmente torturar alguém no *tripalium*. Logo, a ideia de trabalho estaria associada ao menos etimologicamente à ideia de sofrimento. (FELICIANO, 2012, p. 23).

Durante a antiguidade estabeleceu-se uma divisão dos tipos de trabalho, entre trabalhos manuais e intelectuais. Os trabalhos braçais e manuais foram considerados desprezíveis. Valorizou-se a atividade intelectual, própria dos homens que podiam se dedicar à vida cidadã.

Na Grécia antiga, havia um desprezo pelas atividades não políticas relacionadas apenas à satisfação de subsistência. É a partir do final do século V, na polis, que as ocupações passam a ser classificadas de acordo com a quantidade de esforço despendido na atividade.

O desprezo pelo labor, originalmente resultante da acirrada luta do homem contra a necessidade e de uma impaciência não menos forte em relação a todo esforço que não deixasse qualquer vestígio, qualquer monumento, qualquer grande obra digna de ser lembrada, generalizou-se à medida em que as exigências da vida na polis consumiam cada vez mais o tempo dos cidadãos e com a ênfase em sua abstenção (*skhole*) de qualquer atividade que não fosse política, até estender-se a tudo quanto exigisse esforço (ARENDDT, 2004, p. 91).

As modificações históricas no entendimento sobre “trabalho”, sobretudo com o advento da Revolução Industrial, influenciaram profundamente nossa sociedade. O trabalho livre perdeu seu caráter de maldição e hoje ganhou sentido de progresso e riqueza.

2.1. Sociedade Pré-Industrial

Desde a Antiguidade o homem primitivo busca de forma incessante meios de satisfazer suas necessidades, como por exemplo, saciar sua fome, abrigar-se e defender-se, através de uma forma de trabalho. Nesse período o modo de produção se deu através avanço das primeiras ferramentas, estas que eram construídas de pedra, espinhos e pedaços de lascas de árvore, ali o homem buscava saciar suas necessidades básicas, como alimentar-se, e abrigar-se combater seus inimigos.

Quando homem primitivo conseguiu, com base na experiência, lapidar o sílex e dele formatar o machado, que fixado em um pedaço de pau facilitou sua ascendência sobre outras espécies, certamente não tinha consciência das consequências desse ato

para a espécie humana. Esse fato fundamental que se seguiu da descoberta do fogo, do arco e da flecha, permitiu dominar um raio de espaço suficientemente importante e decisivo para sua sobrevivência e evolução. Podemos dizer com segurança que, nesse momento, tivemos a fundação da técnica e da tecnologia pelo homem. (MOURA, 2014, p. 43).

Neste momento a sociedade primitiva começa a plantar e a estocar alimentos e riquezas, aparece à queda do sistema primitivo surgindo novas formas sociais de interação e hierarquias. O homem passa a se reunir em tribos iniciam-se as lutas pelo poder e domínio, onde os perdedores tornam-se prisioneiros, surgindo desta forma a escravidão.

O trabalho, na Antiguidade (período que se estendeu desde a invenção da escrita – 4000 a. C. a 3500 a. C – à queda do Império Romano do Ocidente – 476 d. C. e início da Idade Média – século V), representava punição, submissão, em que os trabalhadores eram os povos vencidos nas batalhas, os quais eram escravizados. O trabalho não era dignificante para o homem. A escravidão era tida como coisa justa e necessária. Para ser culto, era necessário ser rico e ocioso. A escravidão, como um sistema social, apresentava os seres humanos divididos em duas classes: senhores e escravos. Para os escravos não se concede reconhecimento da personalidade jurídica; equiparam-se às coisas, sendo objeto de uma relação jurídica (alienados como qualquer outro bem jurídico), não tendo direitos ou liberdades; são obrigados a trabalhar, sem qualquer tipo de garantia, não percebendo nenhum salário. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 4).

Assim surge à escravidão como a primeira forma de trabalho, em que o escravo era considerado apenas coisa e não pessoa, podendo seu proprietário vender, trocar ou até mesmo matá-lo, a relação existente entre ambos era de domínio absoluto por parte do dono. Nesse período o trabalho era considerado algo pejorativo, onde os serviços mais duros eram realizados pelos escravos.

Enquanto perdurou a escravidão evidentemente não é possível conceber a existência de qualquer fato histórico relevante capaz de ser associado ao nascimento do embrião do direito do trabalho, nem tampouco do surgimento de normas de proteção social.

Com o fim do sistema escravista, desenvolve-se uma nova forma de organização social, político e cultural baseado no regime de servidão, onde o servo era o trabalhador rural do senhor feudal. Os senhores feudais que eram os possuidores do maior meio de produção da época que era a terra, provia para o seu servo proteção militar, e em troca os servos cuidavam das terras dos senhores feudais. Esta característica atribuía ao servo uma relativa segurança, jamais tida pelo escravo. Ainda que indigno fosse o tratamento concedido ao servo, este possuía família e lar, além da utilização de alguma fração de terra.

Adotado na Europa durante os séculos X ao XIII, o feudalismo representa o regime pelo qual alguém se tornava vassalo de um senhor, prestando serviços, obediência e auxílio; por sua vez, recebia do senhor, em troca de proteção e do sustento, um feudo (concessão de terras ou de rendimentos). Deixa de haver a exploração do homem pelo próprio homem. O trabalho servil, mesmo que de uma forma tênue, apresenta uma certa bilateralidade. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 2).

Os camponeses não eram livres, pois dependiam dos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra, mas ao contrário dos escravos os servos não pertenciam ao senhor feudal, porém estavam obrigados a viver na sua propriedade.

O período da servidão começou a desaparecer no final da idade média em decorrência das crises econômica, ideológica, social e em razão das cruzadas. Em decorrência desses fatores, os servos começaram a fugir e também a receber alforria de seus senhores. Com a liberdade o servo passa a trabalhar e auferir benefício para si próprio.

A servidão começou a desaparecer com o fim da Idade Média por diversas motivações: a) as epidemias e a atração dos servos para as cruzadas da Igreja Católica davam ensejo à fuga dos servos ou à sua alforria; b) na Inglaterra, as classes superiores

preferiam cercar os pastos, para reduzir o número de pastores, permitindo a exploração direta deste meio de produção, dispensando o uso de servos; c) na França, a revolução varreu os últimos vestígios da servidão na Europa, que ainda permaneceu na Rússia até quase o século XX. A partir do século XI a sociedade medieval, alicerçada no regime feudal, passou a dar lugar à sociedade urbana, fundada no comércio e na indústria rudimentar. Ressurgiram os municípios (comunas). Com certa autonomia. (MOURA, 2014, p.47).

Com a decadência do regime feudal e com a concentração de pessoas nas cidades, começaram a surgir os primeiros agrupamentos de artesãos de um mesmo ramo ou atividade profissional, denominados de corporações de ofícios.

A ordem hierárquica das corporações dividia-se em aprendizes, companheiros e mestres. Os mestres, assim denominados por dominar alguma técnica com maestria, eram proprietários de oficinas e os únicos com direito à voz dentro das corporações. Já os companheiros, com sua qualificação profissional adquirida por anos de aprendizagem, aguardavam sua vez de chegarem a mestres para possuírem suas próprias oficinas. Por fim, os aprendizes não recebiam salários por suas atividades e estavam lá para aprender.

A estrutura interna das corporações estava dividida em categorias subordinadas umas às outras. Nela distinguem-se os mestres, os companheiros e os aprendizes. Enquanto os mestres formam a classe dominante, uma vez que chefes de oficina, proprietários da matéria-prima e das ferramentas, os companheiros são trabalhadores assalariados que, terminado o aprendizado, não puderam chegar à categoria de mestre. (CUNHA, 2011, p. 21).

A grande finalidade das corporações era evitar a concorrência entre os artesãos, tanto locais como de outras cidades, e adequar a produção ao consumo local. As corporações fixavam o preço do produto, controlavam a qualidade das mercadorias, a quantidade de matérias primas e fixavam os salários dos trabalhadores.

Com o advento da Revolução Francesa, em 1789, as corporações de ofício foram extintas por não serem compatíveis com os novos ideais de liberdade do homem, contribuindo para tal fato também, a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações.

2.2 Sociedade Industrial

A partir da revolução industrial com a expansão da indústria e do comércio, houve a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala, do mesmo modo que a manufatura cedeu lugar à fábrica e, mais tarde, à linha de produção.

O trabalho propriamente livre surge na Inglaterra a partir do final do século XVIII, com os avanços tecnológicos que incluíram o uso de novos materiais básicos, tais como o ferro e o aço, a descoberta de novas fontes de energia, tais como o carvão, a máquina a vapor, a eletricidade, os motores de combustão, a máquina de fiar, o tear mecânico.

O trabalho livre propriamente dito, como expressão típica do capitalismo, em oposição aos regimes da escravidão e da servidão, e por que não dizer também das corporações de ofício, surgiu a partir do final do século XVIII, por ocasião da Revolução Industrial. O salário, como fruto do trabalho livre, já existia, pontualmente, desde a antiguidade, como expusemos anteriormente. A diferença, no sistema capitalista, reside na continuidade da prestação de serviços pelo contrato, estabelecendo-se uma relação duradoura com seu contratante, contrapondo-se à figura do jornaleiro nas corporações de ofício, que só recebiam por dia de trabalho. (MOURA, 2014, p.49).

Essas modificações tecnológicas levaram ao enorme aumento do uso dos recursos naturais, da mais ampla e irregular disseminação da riqueza, do declínio da terra como única fonte de renda em face da crescente produção industrial, da produção em massa e do desenvolvimento do comércio internacional.

Embora as máquinas tivessem facilitado o trabalho sob certos aspectos, por outro o trabalho nas fábricas criou-se muitos problemas para os operários. As máquinas aumentaram a produção e os produtos foram

barateados. Os operários, entretanto, ganhavam pouco, e o trabalho muitas vezes era precário em condições insalubres. Muitos operários trabalhavam com jornadas entre 12 e 14 horas diárias. Homens, mulheres e até crianças pequenas trabalhavam nas fábricas.

Registros históricos demonstram a existência de vários relatos de intermináveis horas de trabalho, chegando às vezes ao limite de 18 horas diárias, sem haver a distinção entre o trabalho das mulheres, das crianças e dos homens. Era frequente os trabalhadores dormirem nas próprias fábricas em condições péssimas; há relatos de castigos físicos se a produção não atingisse os limites estabelecidos pelo padrão. De fato, a única diferenciação existente entre trabalho "livre", na Revolução Industrial e o escravo é o pagamento dos salários (parcos valores). (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 14).

Surgem então as primeiras revoltas, das quais resultou no movimento ludista, uma forma mais radical de protesto. O nome deriva de *Ned Ludd*, um dos líderes do movimento. Os luditas chamaram muita atenção pelos seus atos. Invadiram fábricas e destruíram máquinas, ficando conhecidos como "os quebradores de máquinas".

No ano de 1779 iniciaram-se estes movimentos, que se intensificaram a partir de 1811, ganhando a denominação de "Ludismo", em razão do nome de um de seus líderes: "*Ned Ludd*". As máquinas, na visão da época, eram destruídas por serem consideradas as causadoras dos males à saúde dos trabalhadores. No mesmo ano de 1779 é editada na Inglaterra uma lei que proíbe qualquer associação de trabalhadores. No ano de 1812, em reação à destruição das máquinas, o parlamento inglês aprovou uma lei punindo com pena de morte a destruição de máquinas. (MOURA, 2014, p. 51).

Os operários buscaram então lutar por melhores condições de trabalho e salários. Os empregados das fábricas formaram as *trade unions* (espécie de sindicatos) com o objetivo de melhorar as condições de trabalho. Essas organizações ajudaram a criar leis que protegem os

trabalhadores, limitando o número de horas de trabalho e garantindo que os operários recebessem pagamentos determinados.

Com a necessidade reivindicatória de direitos trabalhistas, surgem as primeiras associações de trabalhadores (*trade unions*, 1720) movimento coletivo para a defesa de direitos individuais. As reivindicações surgiram das lutas das associações dos trabalhadores (com o avanço do século XIX, os países passaram a reconhecer o direito de associação), as quais foram os embriões dos sindicatos. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 5).

Através dos sindicatos, os trabalhadores reivindicavam a elaboração de um direito que os protegesse, além de pleitearem o reconhecimento do direito de unir-se em torno de seus interesses comuns, inaugurando o sindicalismo.

A ação dos trabalhadores reunindo-se para defender seus interesses constituiu-se numa das mais significativas forças modeladoras do direito do trabalho, o qual se originou também como expressão do intervencionismo do Estado.

Depois de vários anos, tais fatos levaram o Estado a perceber que a relação entre o empregador e o trabalhador não é igualitária, necessitando de uma intervenção estatal para a proteção do trabalhador hipossuficiente (surgimento do princípio protetor), com a edição de leis garantindo, naquele momento, principalmente, salário e limitação de jornada de trabalho, o que acaba por resultar na formação do Direito do Trabalho, como ramo destacado do Direito Civil. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 5).

A intervenção do Estado na relação entre o capital e o trabalho, evoluiu no curso da industrialização sempre tendo como princípio básico a equiparação jurídica entre o trabalhador hipossuficiente e o empregador detentor dos meios de produção. O direito do trabalho rapidamente institucionalizou-se, sendo seus princípios acolhidos pelos Estados, imbuídos pelo ideal da realização da justiça social, culminando com sua constitucionalização em diversas Cartas modernas.

O direito do trabalho positivou-se por meio de leis, constitucionais ou ordinárias, além de normas emanadas de fontes não estatais, fortalecendo-se e tornando-se autônomo, impondo-se na ciência jurídica como ramo do direito que traduz as aspirações da sociedade contemporânea. Incontestemente é a sua principal motivação: a realização da justiça social.

No campo do Direito do trabalho, várias legislações surgiram como o objetivo de maior proteção ao trabalhador. Em 1917 a Constituição do México, foi a primeira constituição da História a incluir os chamados direitos sociais. Trata-se de um documento anticlerical e liberal, incluindo medidas relativas ao trabalho e à proteção social, bastante radicais para a época bem como reformas destinadas a restringir a posse de explorações mineiras e de terras por estrangeiros.

No início do século XX as constituições de diversos países passaram a prever direitos dos trabalhadores. As Constituições do México, de 1917, e a Constituição da Alemanha (denominada Constituição de Weimar), de 1919, são indicadas como percussoras deste fenômeno de constitucionalização dos direitos sociais. Esse fenômeno expandiu-se por todo o planeta. Na Europa são exemplos as Constituições da Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal e Suíça. Na Ásia, a China e o Japão. Na América Latina, a Argentina, o México, o Uruguai e a Venezuela. (MOURA, 2014, p. 58).

A Constituição Mexicana marcou um momento decisivo na história do direito do trabalho, serviu de modelo a outras legislações e foi um passo importante dado pelo País para proteger os interesses sociais da classe trabalhadora.

Em 1919 foi a vez da Alemanha, denominada Constituição de Weimar, em 1919, inaugurando no constitucionalismo mundial o compromisso do Estado com a justiça social, trazendo no seu texto a função social da propriedade. A Constituição Alemã trouxe uma série de preceitos trabalhistas considerado por muitos como a base das novas democracias sociais e reafirmou a sua importância na história do Direito do Trabalho.

No mesmo ano foi assinado o Tratado de Versalhes, que previa a criação de uma Organização Internacional do Trabalho, cuja finalidade seria proteger as relações de trabalho, no âmbito internacional, através de Convenções e Recomendações. Após a sua criação novos movimentos internacionais surgiram, reafirmando a premência de se estabelecer os objetivos da universalização das regras de proteção ao trabalho.

Com o fim da primeira Grande Guerra Mundial foi assinado um acordo de paz entre os aliados e a Alemanha. Este acordo, intitulado Tratado de Versalhes, datado de 28 de junho de 1919, representou uma etapa relevante rumo à institucionalização do direito internacional. No que tange ao Direito do Trabalho, o art. 23 deste pacto estabeleceu que os países valessem pelas boas condições de trabalho e se comprometessem a sustentar as organizações internacionais necessárias à implantação deste ideal. O Tratado de Versalhes reconhece, expressamente, que o modelo capitalista de produção desprezou as condições de trabalho, aumentando o abismo social entre patrões e empregados. (MOURA, 2014, p. 57).

No ano de 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo diversos direitos trabalhistas, como férias remuneradas, limitações de jornada de trabalho, dentre outros, elevando esses direitos trabalhistas ao status de direito humano.

3. HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

As conquistas sociais em relação ao trabalho no Brasil são tardias, porque nosso desligamento com a escravidão só se deu a partir do século XIX com a abolição da escravatura em 1888. Enquanto durou o regime de escravidão a nossa economia era basicamente agrícola e baseada por um sistema de mão de obra escrava.

Emora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justtrabalhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico

especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo justralhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego. Nesse sentido, o mencionado diploma sintetiza um marco referencial mais significativo para a primeira fase do Direito do Trabalho no país do que qualquer outro diploma jurídico que se possa apontar nas quatro décadas que se seguiram a 1888. (GODINHO, 2014, p.106-107).

Inicialmente, as Constituições brasileiras versavam apenas sobre a forma do Estado, o sistema de governo. Posteriormente passaram a tratar de todos os ramos do Direito e, especialmente, do Direito do Trabalho, como ocorre com nossa Constituição atual.

A primeira Constituição do Brasil surgiu em 25 de março de 1824, concebida na época do Império de Dom Pedro I, o referido diploma foi imposto aos cidadãos, e caracterizou-se por forte centralismo político e administrativo, em decorrência do poder imperial. Contudo, tal Carta não contemplava em seu texto regras protetoras de direitos trabalhistas, visto que, a escravidão era o que predominava na época.

Diante de tal cenário sobreveio a República e com ela a segunda Constituição promulgada em 1891, o que viria a ser, a primeira definição brasileira do trabalho, onde definiu a existência de todo trabalho como uma prática livre e remunerada, da mesma forma assegurou a liberdade de associação. No mesmo ano, foi editado o Decreto 1313/91, onde se proibiu o trabalho do menor de 12 anos em fábricas, fixando a jornada de trabalho diária em 7 horas no máximo.

Em 1891 dispensou-se proteção aos menores nas fábricas da capital federal. O Decreto n. 1.313, de 1891, instituiu fiscalização permanente dos estabelecimentos fabris onde trabalhasse um número *avultado* de menores. Foi proibido o trabalho noturno de menores de 15 anos e limitada a 7 horas, prorrogáveis até 9, a duração da jornada diária dos menores, além de vetado o trabalho de menores de 12 anos. Essa lei é considerada por Evaristo de Moraes

“de cunho verdadeiramente social”. (NASCIMENTO, 2013, p.101-102).

Posteriormente, a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar de direitos trabalhistas propriamente ditos, assegurando-lhe a liberdade sindical, salário mínimo, jornada de oito horas, repouso semanal, férias anuais remuneradas, proteção do trabalho feminino e infantil e isonomia salarial.

A Carta Magna de 1934, elaborada e promulgada por Assembleia Constituinte, procurou conciliar filosofias antagônicas: a social-democracia da Constituição de Weimar e a liberal-individualista norte-americana. Demais disto, mesclou a representação política resultante do voto direto com a corporativa, designada pelas associações sindicais. (SUSSEKIND, 2010, p. 38).

Com a promulgação da Carta Magna de 1937, deu-se origem ao regime ditatorial de Getúlio Vargas. Essa Constituição nasceu inspirada no modelo fascista e, foi a primeira constituição de cunho autoritário, tendo como a principal característica a enorme concentração de poderes nas mãos de do chefe do Poder Executivo. No entanto, como não poderia deixar de ser, já que se vivia em uma ditadura foi um retrocesso, pois aniquilou as garantias e a Justiça do Trabalho, enfraqueceu os sindicatos e pôs termo ao direito de greve.

Em 01 de maio de 1943, foi criada pelo Decreto Lei nº5.452 a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda a legislação trabalhista então existente no Brasil. Seu Objetivo principal foi a regulamentação das relações individuais e coletivas do trabalho nela previstas. A CLT surgiu como necessidade institucional após a criação da Justiça do Trabalho em 1939.

Após a queda de Getúlio e o fim do Estado Novo em 1945, foram realizadas eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, eleita seus membros se reuniram para elaborar uma nova constituição, que entra vigor em 1946, substituindo a Carta Magna de 1937. A referida Carta reforça os direitos dos trabalhadores, e ressalta a Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, cria-se o Ministério Público do Trabalho, e reconhece o direito à greve e as convenções coletivas.

A Lei Maior de 1967 repete basicamente os mesmos direitos trabalhistas da Constituição de 1946, trazendo duas grandes alterações nas relações de emprego no Brasil, foi a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e da estabilidade com indenização, bem como o privilégio de foro da União, para suas autarquias e empresas públicas nos dissídios do trabalho.

Após longos anos, em que o Brasil esteve subjugado nas mãos dos militares, o Direito do Trabalho foi referendado com a promulgação da Constituição de 1988, tornando-se um marco na história do país com a transição do regime militar para o regime democrático.

Conhecida por “Constituição Cidadã”, nasce com a finalidade de fortalecer os direitos dos cidadãos ao garantir seus direitos e deveres, reforçados pela liberdade individual de cada um, e consolidou a redemocratização do país e ampliou o rol dos direitos fundamentais, após o término do regime militar.

O renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargos de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. (BARROSO, 2010, p. 246).

Desse modo, a Carta Magna de 1988 institucionaliza a instauração do regime democrático no Brasil e veio a contemplar um avanço legislativo das garantias e direitos fundamentais. Os direitos humanos também ganham importância nunca antes verificada, como também os direitos sociais e civis.

A Constituição de 1988 inseriu o trabalho e os direitos dos trabalhadores no título destinado à declaração e disciplina dos direitos e garantias fundamentais, especificamente no capítulo destinado à disciplina dos direitos sociais (direitos fundamentais).

A relevância assumida, no conteúdo das Constituições, pelas normas trabalhistas pode ser bem

apreciada na Carta Federal brasileira de 1988. Ali se estabelece que determinadas normas da própria Constituição não podem ser alteradas por mera emenda posterior, o que significa dizer que sua alterabilidade depende de discussão e aprovação, em Assembléia Nacional Constituinte, do novo e integral texto básico. São as chamadas "cláusulas pétreas", entre as quais figuram os preceitos que asseguram garantias e direitos individuais (art.60, §4º, inciso IV). (RUSSOMANO, 2009, p.29-30).

Após a promulgação da Constituição de 1988 os direitos dos trabalhadores foram consideravelmente ampliados, e aliados ao fato de serem tidos como direitos fundamentais, bem assim, aliado ao fato de promover o bem-estar social e extinguir as diferenças sociais.

4. DIREITOS SOCIAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Os direitos sociais nasceram a partir do século XVIII, com o advento da Revolução Industrial, em decorrência da exploração que os trabalhadores eram submetidos em função do capitalismo industrial e a inércia do Estado Liberal, por esse motivo surgem às primeiras reivindicações trabalhistas.

Nessa premissa a partir do século XX as Constituições passam a contribuir com o Estado intervindo na ordem econômica e social com intuito de abrandar a desigualdade social que se manifestou com antigo regime, bem como, promover o desenvolvimento do Estado.

As reivindicações das classes oprimidas ao longo do século XX, colaborou para o surgimento do constitucionalismo social comprometido em garantir os denominados direitos sociais, tais como saúde, educação, a previdência e o direito do trabalho digno. Os primeiros textos constitucionais que contemplam os direitos fundamentais de segunda dimensão foram as Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919.

A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a

Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores. (SILVA, 2009, p. 285).

Assim, após a Segunda Guerra Mundial em 1945, é proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passando inúmeros países a inserir nos seus textos constitucionais os direitos sociais.

No Brasil, com declínio do Estado Novo, o país inicia seu primeiro processo de redemocratização com a Constituição de 1946, a qual programou poucas inovações quanto aos direitos trabalhistas. Em seu artigo 94 integrou a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, estabelecendo como sua competência o estabelecimento de normas e condições de trabalho e, em casos especificados em lei, julgar dissídios coletivos.

Dentre outras modificações, estabeleceu as bases para a criação do salário noturno e a participação do trabalhador nos lucros da empresa. Com a Constituição de 1967, por sua vez, foram criados o salário-família e o FGTS.

Em uma nova conjuntura de redemocratização, a Constituição Federal 1988 consistiu na redação constitucional mais relevante na história jurídica-política do país, a qual instituiu um Estado Democrático de Direito e indicou como seus fundamentos a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre cidadania e o pluralismo político. Seu corpo contém o mais abrangente bloco de direitos sociais já vistos em uma Constituição nacional e, no que tange a área trabalhista, dedicaram os artigos 7º a 11º de seu texto especificamente aos direitos dos obreiros urbanos e rurais.

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam

condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2009, p. 286).

O constituinte originário, ao declarar e positivar os direitos fundamentais trabalhistas objetivou garantir condições mínimas e essenciais que sejam capazes de garantir, por um lado, o valor social do trabalho, bem como, a dignidade humana do trabalhador assegurando-lhe um rol mínimo e indeclinável de direitos, de forma que a omissão deste é vedada.

Portanto, a partir dos direitos fundamentais trabalhistas, compreende-se que incumbe ao Estado o dever de zelar pela sobrevivência digna do trabalhador, sob pena de se desvirtuar a vontade constitucional estampada expressamente em seu artigo 7º, rol extensivo de incisos que constituiu os direitos fundamentais dos trabalhadores, fazendo com o que esses direitos se tornassem cláusulas pétreas, ou seja, cláusulas imutáveis, passando a reconhecer o valor jurídico do trabalho como direito da cidadania.

Assim, a legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei n.º 13.467/2017, evidentemente, para ser válida, deve respeitar as determinações hierarquicamente superiores.

5. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA E OS REFLEXOS NA LEI 13.467/17

O fenômeno jurídico da “flexibilização” das normas trabalhistas surge por volta de 1973 na Europa, disposta a solucionar os impasses econômicos gerados pelo choque dos preços do petróleo que atingiu toda a Europa, trazendo como principal consequência a desestabilização da economia, proporcionando o surgimento do mercado informal, constituído pela grande massa de desempregados, no entanto foi a crescente globalização da economia, e evolução tecnológica e o neoliberalismo que deram folego para percorrer o mundo e se tornar tendência do Direito do Trabalho em diversos ordenamentos.

A crise econômica dos anos 1980, causada pelo choque dos preços do petróleo que assolou diversos países da Europa, bem como da América, principalmente do Sul, provocou o surgimento de

novas formas de contratação geradoras de relações de trabalho atípicas. Assim, o contrato por tempo determinado vem deixando, paulatinamente, de ser exceção, sendo atualmente permitidos diversos contratos intermitentes, a tempo parcial, por tempo determinado, temporários e de temporada, de formação de mão de obra, de aprendizagem, de estágio etc. Em função dessa nova realidade, contraposta a? rigidez da legislação trabalhista, surgiu na Europa um movimento de ideias, que cada vez mais ganha novos adeptos: a flexibilização. (LEITE, 2017, p. 335).

Pode-se, assim, dizer que a flexibilização surge como uma possível solução para combater a crise econômica, mantendo a competitividade que o mercado exige para continuar gerando lucros. Mauricio Godinho apresenta o conceito da flexibilização das normas trabalhistas da seguinte forma:

Por flexibilização trabalhista entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por uma norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com a autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada. (GODINHO, 2015, p. 68).

A era do capitalismo dominante tem sido marcada pela flexibilização de direitos sob a justificativa de ser a medida adequada para a recessão econômica e incremento dos índices de desemprego. Dessa forma, a adaptação das normas trabalhistas, seria a grande aposta para superar os efeitos da crise econômica pelo qual o Brasil está enfrentando.

Diante desse contexto, a legislação trabalhista é encarada como grande empecilho para o desenvolvimento da economia. Bem como se atribui a essa legislação o encarecimento da mão de obra e conseqüentemente o aumento do desemprego e da informalidade,

surgindo, nesse contexto, o discurso da flexibilização do Direito do Trabalho.

Há quem defenda que a flexibilização do Direito Laboral serve como um instrumento de desenvolvimento econômico, permitindo que os índices de emprego e o lucro das empresas cresçam veementemente, maximizando a economia. De outro lado, estudiosos são incisivos ao afirmar que flexibilizar as normas juslaborais é um grande engano, pois as consequências desta inovação jurídica são muito mais gravosas que seus benefícios. Assim afirma José Augusto Rodrigues Pinto:

Se praticada sem a necessária prudência, para atender ao interesse puramente capitalista, a flexibilização pode desaguar na pura e simples desregulamentação das relações de trabalho que determinar, sem dúvida, uma espécie de regresso do direito do trabalho, enquanto ramo da ciência jurídica, ao campo privado, pois foi o intervencionismo vigoroso e extenso da norma de interesse social que o incorporou seu tecido publicista e até inspirou classifica-lo para além do Direito Público, formando o que seria o tertium genus de direito social. (PINTO, 2003, p. 69)

Assim, a flexibilização das normas laborais foi apontada como meio de solução rápida em meio a crises econômicas, tem como consequência a imediata retirada de diversos direitos conquistados pelos trabalhadores, consequentemente o objetivo desta inovação jurídica, que é o desenvolvimento econômico, especialmente em tempos de crise, não consegue ser atingido.

Diante da atual crise econômica do país a denominada “modernização das leis trabalhistas”, foi apresentada como um instrumento imprescindível para a redução dos índices de desemprego e aquecimento da economia do país. Nesse sentido, buscou-se a adoção de medidas flexibilizadoras no Direito do Trabalho como uma maneira de enfrentarmos a crise econômica atual no Brasil.

Nesse sentido, a Lei n.º 13.467/2017 introduziu os artigos 611-A e 611-B na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dentre as muitas alterações realizadas, um dos pontos que mais chamou atenção foi a

abertura para a possibilidade de que acordos feitos entre empregados e empregadores se sobreponham às regras previstas na legislação vigente.

Quanto à forma, o artigo 611-A da CLT estabelece um rol exemplificativo, como se observada expressão 'entre outros', as matérias que podem ser objetos de flexibilização, sendo que eventual negociação desses direitos prevalecerá sobre o disposto em legislação.

Observe-se o conteúdo do referido dispositivo legal:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm

prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para

Jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no

13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal

do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como

funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo

empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia

das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos

em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Conforme é possível observar no texto legal acima, “a convenção ou o acordo coletivo de trabalho tem força de lei”. A previsão é válida para os itens previstos nos quinze incisos subsequentes, os quais se referem à jornada de trabalho, banco de horas, trabalho intermitente, remuneração por produção, registro de jornada, grau de insalubridade, dentre outros. Bem como a disposição é orientada pelas determinações contidas nos cinco parágrafos.

Assim, importa dizer, que a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis Trabalhistas e de seus incisos, não teve como objetivo ampliar direitos veio justamente no sentido oposto, transformou a maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição, em direitos disponíveis.

Na verdade, o art. 611 - A da CLT aponta alguns dos direitos que podem ser reduzidos ou alterados pela negociação coletiva e o art. 611-B da CLT, a limitação desse poder. Sem dúvida, o art. 611 -A da CLT permite mais inclusões de outras hipóteses ali não previstas que o art. 611-B da CLT de limitações. A expressão “entre outros” contida no caput do art. 611-

A espelha essa intenção do legislador de ampliar ao máximo a flexibilização com finalidade de redução de direitos legais. (CASSAR; BORGES, 2017, p.88).

Deste modo, o referido artigo, deveria ter sido consignado em rol restritivo, assegurando, assim, de forma mais ampla a proteção dos direitos mínimos já conquistados pelos trabalhadores. Diante disso, o princípio da norma mais favorável foi mitigado, pois foi admitida negociação coletiva contrária a Lei e "in peius" (para pior) nas matérias previstas pelo art. 611-A, CLT, ou seja, passam a existir exceções, podendo o Sindicato negociar direitos para pior em todas as matérias que dispostas no art. 611-A.

Nesse aspecto, cabe destacar o caso dos incisos XII e XIII, em que é perceptível o efetivo prejuízo aos direitos dos trabalhadores, visto que, permite o enquadramento dos percentuais do adicional de insalubridade, com nítida pretensão de reduzi-los e, respectivamente, permitir a prorrogação da jornada em atividade insalubre sem a prévia autorização da autoridade competente, muito embora, a insalubridade e seus graus sejam direitos relacionados à medicina e segurança do trabalho, portanto, defeso à negociação coletiva, os termos do 611-B da CLT.

De igual forma, o inciso VIII do artigo 611-A propõe que a norma coletiva verse sobre teletrabalho, sobreaviso e trabalho intermitente com a clara intenção de excluir tais trabalhadores dos direitos contidos no Capítulo "Da Duração do Trabalho", afastando, assim, horas extras, intervalos e hora e adicional noturno desses trabalhadores.

A inclusão do sobreaviso no inciso VIII visou eliminar de vez o sobreaviso como tempo à disposição, excluindo seu pagamento ou reduzindo ainda mais, ou apontando situações que não serão consideradas "sobreaviso". Poderá a norma coletiva alterar as regras contidas nos arts. 452-A e seguintes da CLT para, por exemplo, modificar o prazo da convocação mínima do trabalhador intermitente, aumentar a multa, fixar períodos de inatividade, etc. Provavelmente virá para prejudicar ainda mais este trabalhador já tão prejudicado pela reforma trabalhista. (CASSAR, 2017, p. 1.231).

Por sua vez, o artigo 611-B da CLT, traz hipóteses, em um rol taxativo, em que não é permitida a supressão ou a redução de direitos por

via de negociação coletiva, o que implica dizer que se um artigo dispõe taxativamente os direitos que não poderão ser objeto de flexibilização, todos os remanescentes poderão ser negociados, ainda que não constantes no rol do artigo 611- A da CLT.

No que toca a redação dada ao parágrafo único do 611-B da Lei nº 13.467/17, ao declarar “para os fins do disposto neste artigo” o dispositivo, por via de consequência, acaba determinando que a proteção concedida às normas de segurança e medicina não agasalhará as regras sobre a duração e intervalos de trabalho, uma vez que o fim do próprio artigo é assegurar que não haja supressão ou redução dos direitos (em sua maioria constitucionais) arrolados em seus incisos.

Contraditório, contudo, é o texto dado ao inciso XVII do art. 611-B, que determina a impossibilidade de supressão ou redução das “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”, uma vez que as normas sobre duração e intervalos de trabalho são, conforme já demonstrado, normas sobre a saúde do obreiro.

Ainda, diga-se, que embora o rol seja denominado de taxativo, ele é restritivo, pois não impede que a negociação coletiva viole, por exemplo, direitos da personalidade e liberdades garantidas pela Constituição. Dessa forma, também se mostra possível que a constitucionalidade deste dispositivo seja questionada, tanto pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, como pela violação de outros dispositivos constitucionais, a depender do caso concreto.

O art. 611-B da CLT, acrescido pela Lei 13.467/17, apontou os direitos que não podem ser negociados coletivamente, impondo os limites da negociação. Entendemos que a relação ali apontada não é taxativa, apesar da expressão “exclusivamente” contida no caput do artigo, pois não incluiu alguns direitos, princípios e valores constitucionais. Daí ser meramente exemplificativo. (CASSAR, 2017, p. 1.226).

Dessa forma, as disposições constantes no artigo 611-A e 611-B da CLT se revelam como afrontosas ao princípio da vedação ao retrocesso social, posto que a inovação legislativa somente devesse ocorrer para beneficiar os trabalhadores, haja vista que tendo havido o processo de

constitucionalização dos direitos trabalhistas, qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores importa em violação ao artigo 7º da Constituição Federal.

6. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

No Brasil, somente com a promulgação da Carta Magna de 1988 foram instituídos e aperfeiçoados os chamados direitos sociais previstos no artigo 7º, estabelecendo inúmeros direitos trabalhistas, os quais possuem característica de progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana, mas dita alterações apenas pode vir a acontecer de modo progressivo e, por conta disso, não admite o retrocesso através de normas ordinárias, o que afrontaria o estabelecido na Carta Magna.

a) a Constituição brasileira adotou expressamente o princípio do não retrocesso social em matéria de direito do trabalho, na parte final do caput do art. 7º, ao estabelecer que podem ser assegurados aos trabalhadores outros direitos que visem à melhoria de sua condição social; b) o princípio do não-retrocesso social veda qualquer medida legislativa, inclusive ao nível constitucional (emendas), que constitua, em si, um retrocesso na condição social do trabalhador; c) as normas trabalhistas somente serão constitucionais se visam a melhorar a condição social do trabalhador; d) a inconstitucionalidade da norma pode ser contornada se forem criados "outros esquemas alternativos ou compensatórios" ao direito social modificado ou suprimido. (MEIRELES, 2004, p.56).

Em outras palavras, todos os direitos sociais entre os quais se podem destacar os de natureza trabalhista só são obtidos através do tempo. Nenhum direito social foi reconhecido através de um único ato todos eles demandaram intensas lutas e vigorosas batalhas. Deste modo, não pode um instrumento legislativo, infraconstitucional, ceifar dos cidadãos aquilo que conquistaram ao longo dos séculos.

Tal princípio, nesta linha, estabelece limites à atividade do legislador no sentido de evitar que um determinado direito fundamental, já contemplado como conquista civilizatória e incorporado ao sistema

jurídico, não seja deste extirpado, inadequadamente restringido ou incorporado ao sistema jurídico, não seja deste extirpado, inadequadamente restringido ou impedida sua eficácia. Com efeito, o princípio da proibição do retrocesso social fornece um critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 105).

Como forma de resistência a esta nova realidade, surge um novo princípio do Direito do Trabalho, o princípio do não retrocesso social, que pode ser entendido da seguinte forma: com o objetivo de impedir que o legislador utilizasse de práticas arbitrárias para suprimir ou restringir direitos conquistados ao longo do tempo pelos trabalhadores.

“O princípio do não retrocesso social, pouco explorado por nossa doutrina, ou quase que inexistente, caracteriza-se pela ideia de que os ganhos sociais e econômicos, após serem realizados, jamais poderão ser ceifados ou anulados, passando a ser uma garantia constitucional. Com isso, qualquer direito social consagrado jamais poderá simplesmente sair de cena. Se olharmos o histórico dos direitos sociais, perceberemos a imensa conquista obtida no século passado. Diante dessas conquistas, muito se fala em relativizar esses preceitos, mas especificamente os que dizem respeito aos trabalhadores. (TEIXEIRA, 2009, p.57).

Contudo, diante do atual cenário político e econômico, a previsão protetiva do trabalhador em face do empregador outrora existente foi flexibilizada, com a vigência da Lei 13.467/17, consubstanciada no novo artigo 611-A e 611-B da CLT, na qual prevê a prevalência da negociação coletiva sobre as leis trabalhistas, constituindo uma verdadeira afronta ao princípio da vedação do retrocesso social, por permitir que por meio de acordos ou convenções coletivas, direitos previstos em lei que asseguram patamares mínimos e dignos de proteção aos trabalhadores possam ser reduzidos.

Dessa forma, o princípio da vedação ao retrocesso social é uma garantia constitucional implícita decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, esses direitos estão condicionados à atuação do Estado, o qual deve adotar todas as medidas e esforços possíveis para a efetivação completa desses direitos.

Por certo, não há dúvida de que a vedação do retrocesso social alude à ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, isto é, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

Nesse sentido, tal reforma caminha na contramão dos direitos sociais trazidos no corpo da Constituição Federal, o que atenta contra o princípio da vedação ao retrocesso, que se trata de uma garantia constitucional implícita, tendo sua matriz nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante muitos anos os trabalhadores sofreram com a exploração de mão de obra barata e com a falta de leis que assegurassem um mínimo de dignidade. Foram necessários longos anos e muitas revoluções para chegar a um patamar razoável que estabelecem direitos e vantagens à classe assalariada.

No Brasil, somente com a promulgação da Carta Magna de 1988 foram instituídos e aperfeiçoados os chamados direitos sociais previstos no artigo 7º, estabelecendo inúmeros direitos trabalhistas, os quais foram caracterizados como verdadeiros direitos fundamentais os que fortaleceram a classe obreira.

Contudo, com a atual crise econômica na qual o Brasil vive faz com que o Governo busque alternativas para desonerar o custo do empregador através da flexibilização das leis trabalhistas, baseadas na redução de direitos sociais trabalhistas, cuja consolidação é fruto de conquistas históricas, principalmente dos trabalhadores, sob a justificativa de que a rigidez e complexidade da legislação configura entrave ao desenvolvimento nacional.

A recente promulgação da Lei 13.467/17 reforçou ainda mais essa proposta que já vinha sendo debatida anteriormente, tendo como objeto reforçar e assegurar as negociações diretas entre empregados e empregadores, ou seja, a preponderância do negociado sobre o legislado, que em verdade contraria os objetivos fundamentais do Estado e promove o retrocesso social.

Diante de tudo o exposto em consonância com o princípio da vedação do retrocesso social resta claro, que a Lei 13.467/17, em especial no que se refere ao negociado sobre o legislado, assim como todas as normas como todas as normas que reduzem ou suprem direitos assegurados pela legislação infraconstitucional encontram óbice intransponível no sistema de proteção dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e são incompatíveis com a ordem Constitucional vigente, visto que esta veda expressamente a redução dos direitos sociais já efetivados.

8. REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição Humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >.

Acesso em: 03 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm >. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: . Acesso em: 14 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: Forense, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários À Reforma Trabalhista**. São Paulo: Forense, 2017.

CUNHA, Maria Inês M. S. A. **Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho: Teoria Geral do direito do trabalho**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2009.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto De Quadros Pessoa. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto De Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOURA, Marcelo. **Curso de direito do trabalho**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 15, n. 179, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33 ed. São Paulo: Ltr, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 1 ed. São Paulo: Ltr, 2003.

RUSSOMANO, Mozart Vitor. Direito do Trabalho Pronunciamentos Inéditos. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilização laboral. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre**, n.3, p. 57-69, jul./set. 2009.

NOTA:

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

PROTEÇÃO AO TRADE DRESS

EDUARDO JORGE PEREIRA ALVES:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogado da União.

RESUMO: O presente trabalho trata da figura do *trade dress*. Inicia tecendo considerações a respeito da origem do instituto e de sua definição. Continua tratando da tutela que recebe no âmbito do direito brasileiro, seja no que concerne aos elementos isolados que, somados, o caracterizam, seja quanto à proteção legal enquanto conjunto-imagem mesmo. Finaliza detalhando o tratamento da matéria por parte da jurisprudência pátria, identificando os critérios eleitos como necessários a fazer incidir, em determinada situação concreta de conflito entre exploradores de produtos ou serviços, a proteção jurídica atribuída ao *trade dress*. Nesse ponto, destrincha diversos julgados envolvendo o tema, externando o posicionamento adotado em cada caso analisado.

Palavras-chave: Propriedade industrial. *Trade dress*. Conjunto-imagem. Concorrência desleal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2 2. A PROTEÇÃO AO TRADE DRESS NO DIREITO BRASILEIRO 6 3. O COMBATE À VIOLAÇÃO DO TRADE DRESS ENQUANTO ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL 8 4. CASOS CONCRETOS EM QUE SE APRECIOU A VIOLAÇÃO AO TRADE DRESS NA JUSTIÇA BRASILEIRA 15 5. CONCLUSÃO 24 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS 24

1. INTRODUÇÃO

O planejamento da aparência de um produto ou de um serviço representa ferramenta de grande relevância para o sucesso da atividade do empreendedor que os explora, vez que a forma como se apresenta certo produto ou determinado serviço consiste em fator decisivo

para a sua identificação pelo consumidor e, também, para a sua individualização em face de outros existentes no mercado.

A esse respeito, inclusive, lembra Simone de Freitas Vieira que a proteção da aparência de produtos e serviços *“vem se tornando cada vez mais relevante no mercado competitivo. Não raro, a aparência de determinado produto ou serviço é de tal modo forte e inovadora que adquire uma distintividade própria, garantindo-lhe, tal como a marca, a individualização perante outros semelhantes. Deste modo, é comum identificarmos um produto apenas pela impressão visual de seu invólucro, antes mesmo de identificarmos sua marca. O mesmo pode ocorrer com estabelecimentos comerciais, quando eles reúnem um conjunto de características visuais tão peculiar que garante ao consumidor a certeza de qual se trata”* (VIEIRA, Simone de Freitas. **A proteção jurídica do “trade dress” na Justiça.** Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-superior/imprensa/artigoseentrevistas/trade.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2011).

Nesse sentido, embora não se possa negar a importância da marca enquanto instrumento voltado a garantir a identificação de determinado produto ou serviço, é certo que, por vezes, a própria apresentação geral de um produto ou de um serviço será dotada de suficiente distintividade para permitir ao consumidor identificar a sua origem. E é, justamente, essa forma total com que se apresentam produtos e serviços que se denomina *trade dress*.

Pois bem, costuma-se definir como *trade dress* ou, segundo já referido na doutrina brasileira^[1], como “conjunto-imagem” a soma de características que, analisadas em sua totalidade, identificam determinado produto ou certo serviço, diferenciando-os dos demais existentes no mercado, em razão de sua apresentação notadamente distintiva e não funcional.

Cuidando do tema, José Carlos Tinoco Soares propôs o seguinte conceito para o instituto:

*“é a imagem total do negócio; num sentido bem geral, é o **look and feel**, é, o ver e o sentir do negócio; é o meio pelo*

*qual o produto é apresentado no mercado; é o identificador de origem; o termo **'trade dress'** significa a imagem total ou aparência geral de um produto ou serviço, incluindo, mas não limitado a, desenho da embalagem, rótulos, recipientes, mostruários, à característica do produto ou à combinação de elementos ou figuras que são ou se tornam associadas exclusivamente com uma existência particular, que permitem funcionar como sendo um indicador de origem do produto; o **'trade dress'** compreende um única seleção de elementos que imediatamente estabelecem que o produto se distancia dos outros, por isso se torna inconfundível.*

***'Trade dress'** e/ou **'Conjunto-Imagem'**, para nós é a exteriorização do objeto, do produto ou sua embalagem, é a maneira peculiar pela qual se apresenta e se torna conhecido. É pura e simplesmente a **'vestimenta'**, e/ou o **'uniforme'**, isto é, um traço peculiar, uma roupagem ou a maneira particular de alguma coisa se apresentar ao mercado consumidor ou diante dos usuários com habitualidade. Na generalidade da expressão **'alguma coisa'** pode-se incluir, mas, logicamente, não limitar às marcas figurativas ou mistas; tridimensionais; a todos os objetos que foram ou são suscetíveis de patentes, mas que se apresentam mediante uma forma de exteriorização característica; a toda e qualquer forma de produto ou de sua embalagem, desde que constituída de características particulares; a toda e qualquer decoração interna ou externa de estabelecimentos; a toda e qualquer publicidade desde que elaborada e apresentada com particularidades que a torne conhecida como procedente de uma determinada origem.*

*Por todos esses e muitos outros elementos e componentes, o **'trade dress'** nada mais é do que aquilo que já denominamos, desde há muito, ou seja, o **CONJUNTO-IMAGEM**.^[2]*

Também Lucas Bernardo Antoniazzi tratou, em monografia, do *trade dress*, assim a ele se referindo:

Trade dress pode ser definido como uma forma de apresentação, composta principalmente por elementos visuais (mas que comporta elementos de outra natureza), que pode ser aposta a uma variada gama de objetos e que irá permitir ao consumidor identificar a origem do produto ou serviço por ela assinalada. [3]

Corresponde, portanto, o *trade dress* à imagem total dos produtos ou dos serviços, o que pode abranger, exemplificativamente, no caso dos primeiros, os seguintes elementos deles ou das suas embalagens: o formato, a cor ou a combinação de cores, o tamanho, a textura, os gráficos, os desenhos, os emblemas e os brasões apostos, as frases ou os textos escritos, a estilização e o tamanho das letras, os enfeites e os ornamentos em geral, outros elementos visuais e a sua disposição geral, bem como elementos olfativos.

No que tange aos serviços, tal conjunto de elementos se compõe, dentre outros, pelos seguintes aspectos dos estabelecimentos em que são prestados: o projeto arquitetônico do prédio como um todo, a fachada, os letreiros, as cores, os ornamentos, a decoração, os móveis e os utensílios, os uniformes dos empregados, os cardápios e as brochuras, as marcas dos produtos vendidos, assim como elementos olfativos (por exemplo, um aroma característico do local) e auditivos (como seria o caso de uma seleção de músicas normalmente tocada no estabelecimento).

Tendo em vista que hodiernamente os serviços podem ser prestados não apenas em locais físicos, mas, também, através de outros veículos, como é o caso, por exemplo, da *internet*, pode-se dizer que o conceito de *trade dress* também a eles se aplica e, portanto, abrange, ilustrativamente, a forma de apresentação de sítios eletrônicos, composta, dentre outros aspectos, pela sua cor ou combinação de cores, por gráficos, desenhos, emblemas e brasões que contenha, por frases ou textos, pela estilização e tamanho das letras e por outros elementos visuais ou auditivos[4].

Frise-se, apenas para reforçar, que a noção de *trade dress* está inevitavelmente associada à de um complexo de elementos, que, quando

combinados, formam um todo distintivo. Assim se diz porque, em geral, compõe-se por elementos de uso comum, como cores, formatos de embalagens, imagens, formas de atendimento ao cliente, etc., que, quando aglutinados e dispostos de determinada maneira, ganham uma apresentação capaz de permitir que o consumidor a reconheça e, ao lado disso, identifique que produtos ou serviços assinalados por aquela mesma apresentação visual têm igual origem.

São, assim, características do *trade dress* o fato de ser ele um **conjunto** (somatória de elementos visuais, olfativos, etc.) e a **distintividade**. Saliente-se, por oportuno, que é exatamente em razão de seu papel identificador de produtos e serviços que o *trade dress* é de grande importância para o sucesso da atividade do empreendedor que os fornece ou presta, na medida em que serve de substancial instrumento de captação e fidelização de clientela. Por isso, necessária é a proteção pelo direito também desse todo, e não tão-só da marca, cuja proteção, não obstante também tenha vultosa importância, é insuficiente para garantir a reprodução indevida – e mais sutil – do conceito estético total, dotado de distintividade, desenvolvido pelo empreendedor para certo produto ou serviço.

Feitas tais considerações, impende destacar que a noção de *trade dress*, conforme lembram estudiosos do tema^[5], tem origem no direito norte-americano. A matéria, já disciplinada no *Lanham Act* de 1946 (*Title 15, Chapter 22, Subchapter III, Section 43, § 1125, of the United States Code*), ganhou ampla repercussão quando do julgamento pela Suprema Corte americana, em 1992, do caso *Taco Cabana, Inc. vs. Two Pesos, Inc.*^[6], que estabeleceu a possibilidade de proteção ao *trade dress* também de estabelecimentos comerciais.

Em tal oportunidade, a referida Corte reconheceu o direito da demandante *Taco Cabana*, famosa rede de *fast food*, de utilizar de modo exclusivo a apresentação visual presente em todos os seus estabelecimentos, a qual, no seu entender, estaria sendo reproduzida ilicitamente pela rede de restaurantes acionada, a *Two Pesos*^[7].

2. A PROTEÇÃO AO TRADE DRESS NO DIREITO BRASILEIRO

Embora não haja menção específica na legislação brasileira à ideia de *trade dress* ou conjunto-imagem, mesmo na Lei da Propriedade Industrial (Lei n° 9.279/1996)^[8], a sua proteção contra reproduções

indevidas vem sendo assegurada pelos tribunais pátrios a partir aplicação das regras de repressão à concorrência desleal.

Não se descuide, neste ponto, que o conjunto-imagem é um todo, composto por uma série de elementos principalmente visuais, entre os quais podem estar incluídos marcas, desenhos industriais, etc. Assim sendo, pode-se dizer que, ainda que indiretamente, o *trade dress* de um produto ou serviço pode ser protegido através da tutela de seus elementos isolados que se encontrem expressamente amparados pela lei.

É o caso, entre outros, das marcas, cuja proteção é disciplinada no Título III da Lei nº 9.279/1996, que, em seu art. 122, as definiu como *“sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”*^[9] e, no art. 123, I, referiu-se às marcas de produto ou serviço como aquelas utilizadas *“para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”*^[10]. Frise-se, inclusive, que o direito marcário brasileiro agasalha a proteção das denominadas marcas tridimensionais (quando a forma do produto adquire a natureza de sinal distintivo) e das constituídas pela peculiar combinação de cores.

Não é outra a situação dos desenhos industriais, que também podem compor o conjunto-imagem de um produto ou serviço e que se encontram legalmente protegidos através do art. 94 e dispositivos seguintes da Lei nº 9.279/1996. No referido diploma, tais bens vêm definidos como *“a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”*^[11].

É comum, ainda, a referência à proteção de elementos isolados de certo *trade dress* mediante as normas protetivas do nome empresarial (Código Civil e Lei nº 8.934/1994) e, também, no que couber, por meio do direito autoral (Lei nº 9.610/1998), quando o objeto da tutela envolver criação intelectual.

No entanto, partindo da definição de aparência total, a proteção direta e específica ao *trade dress*, enquanto conjunto de elementos que devem ser analisados em sua totalidade, dá-se, em decorrência da inexistência de dispositivo legal específico que o regule ou que preveja o seu registro, como dito, através das normas de combate à concorrência desleal. Vejamos.

3. O COMBATE À VIOLAÇÃO DO *TRADE DRESS* ENQUANTO ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

A Constituição da República de 1988 estabelece, em seu art. 170, IV, que:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)." [12]

Comentando o dispositivo, Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho ressaltaram que cada pessoa ou sociedade empresária pode desenvolver suas atividades negociais dentro de ampla liberdade, para a formação, manutenção e expansão de sua clientela, de acordo com suas necessidades ou conveniências e com o seu próprio engenho e labor [13]. Lembraram, contudo, que, como toda liberdade, a exploração de atividade econômica e, dentro dela, a busca por clientela, não é irrestrita, devendo, portanto, ocorrer de forma honesta e sadia, segundo definido pelos preceitos legais, sob pena de se transmudar em ato de concorrência desleal, passível de reprimenda pelo ordenamento jurídico.

Também tecendo comentários sobre o dispositivo constitucional transcrito, Fábio Ulhoa Coelho frisou que:

"Ao direito constitucional de explorar atividade econômica, expresso no princípio da livre iniciativa como fundamento da organização da economia, corresponde o dever, imposto a todos, de o respeitar. Em relação ao estado,

esse dever se traduz na inconstitucionalidade de exigências administrativas não fundadas na lei, para o estabelecimento e funcionamento de uma empresa (CF, art. 170, parágrafo único). Em relação aos particulares, se traduz pela ilicitude de determinadas práticas concorrenciais. ^[14]

E, cuidando do que, em seu entender, consiste em uma das modalidades da referida concorrência ilícita, a concorrência desleal, assentou que:

"(...) não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também se identificam a concorrência leal da desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva. ^[15]

Ao analisar a matéria, Rubens Requião, por sua vez, salientou a importância do combate às práticas que desvirtuam a concorrência saudável:

"a repressão da concorrência desleal visa proteger a clientela contra a ação usurpadora e denegridora de um concorrente. É preciso que se compreenda que, quando se fala em defesa da clientela, não se alude ao direito da clientela como consumidor, da clientela em si, mas da clientela como um fator do aviamento ou do fundo de comércio; ou, mais claramente, a clientela do empresário. ^[16]

Frise-se, por oportuno, que a matéria mereceu a atenção inclusive de normas internacionais, como a Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial, revista em Estocolmo em 1967 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 75.572, de 1975, a qual

estabeleceu que *"constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial"* (art. 10 bis (2))[\[17\]](#). O referido diploma também estatuiu que se seria devida a proibição, entre outros, particularmente, de *"todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente"* (art. 10 bis (3) 1º)[\[18\]](#).

A Lei nº 9.279/1996, Lei da Propriedade Industrial, também cuidou da concorrência desleal, prevendo, em seu art. 2º, que:

"Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

(...)

V - repressão à concorrência desleal."[\[19\]](#)

E o legislador elencou, em seguida, condutas que, a par de motivarem o ajuizamento de ações cíveis por aqueles por elas prejudicados[\[20\]](#), constituem crimes. São elas as previstas no art. 195, que, entre outras, arrola a seguinte hipótese de ato de concorrência desleal[\[21\]](#):

"Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

(...)

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

(...)."[\[22\]](#)

Exatamente com base nessa previsão é que, normalmente, se coíbe a violação ao *trade dress*, visto que, entre os meios fraudulentos normalmente empregados para a captação ilícita de clientela, está o de estabelecer confusão com produtos fornecidos ou serviços prestados pelo concorrente, possível, entre outras hipóteses, através da reprodução do conjunto-imagem de produtos, serviços ou estabelecimentos comerciais de outro empreendedor.

Nesse sentido, João da Gama Cerqueira comenta que:

"Entre os meios de criar confusão com os produtos ou artigos de um concorrente, acode à idéia, desde logo, o uso de sinais distintivos idênticos ou semelhantes aos que os

assinalam. Quando esses sinais distintivos se acham registrados como marcas, a tese cai sob o domínio da lei respectiva, sendo punível como contrafação (Código, art. 175, II). Tratando-se de sinais não registrados, é condição essencial à ação baseada em concorrência desleal que esses sinais, além de reunirem os requisitos intrínsecos que os tornem distintivos e suscetíveis de constituir marcas, estejam em uso prolongado, de modo a se tornarem conhecidos como marcas dos produtos concorrentes. Aplica-se o mesmo princípio quando se trata de imitação ou reprodução do aspecto característico do produto ou forma de sua apresentação (embalagens, envoltórios, recipientes, etc.), quando não sejam vulgares ou pertencentes ao domínio público”[23].

E complementa:

“Outra forma de concorrência condenável é a que procura provocar confusão entre dois estabelecimentos por meio da semelhança de sua disposição externa fachadas, vitrinas, etc.), desde que esses elementos sejam suficientemente característicos e aptos para distinguir o estabelecimento.”[24]

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se percebe na análise do seguinte julgado:

“PROPRIEDADE INDUSTRIAL. RECURSO ESPECIAL. CONJUNTO-IMAGEM (TRADE DRESS). COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO AFIM. EMBALAGENS ASSEMELHADAS. CONCORRÊNCIA DESLEAL. ART. 209 DA LEI N. 9.279/1996 (LPI). PERÍCIA TÉCNICA REQUERIDA. DISPENSA INJUSTIFICADA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O conjunto-imagem (trade dress) é a soma de elementos visuais e sensitivos que traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva, vinculando-se à sua identidade visual, de apresentação do bem no mercado consumidor.

2. Não se confunde com a patente, o desenho industrial ou a marca, apesar de poder ser constituído por elementos passíveis de registro, a exemplo da composição de

embalagens por marca e desenho industrial. 3. Embora não disciplinado na Lei n. 9.279/1996, o conjunto-imagem de bens e produtos é passível de proteção judicial quando a utilização de conjunto similar resulte em ato de concorrência desleal, em razão de confusão ou associação com bens e produtos concorrentes (art. 209 da LPI).

4. No entanto, por não ser sujeito a registro - ato atributivo do direito de exploração exclusiva - sua proteção não pode servir para ampliar direito que seria devido mediante registro, de modo que não será suficiente o confronto de marca a marca para caracterizar a similaridade notória e presumir o risco de confusão.

5. A confusão que caracteriza concorrência desleal é questão fática, sujeita a exame técnico, a fim de averiguar o mercado em que inserido o bem e serviço e o resultado da entrada de novo produto na competição, de modo a se alcançar a imprevisibilidade da conduta anticompetitiva aos olhos do mercado.

6. O indeferimento de prova técnica, para utilizar-se de máximas da experiência como substitutivo de prova, é conduta que cerceia o direito de ampla defesa das partes.

7. Recurso especial conhecido e provido. [125]

Uma das situações que possibilita a aludida confusão ocorre justamente quando o agente desleal procurar imitar a aparência total extrínseca (*trade dress*) do produto ou do serviço do competidor, de um modo que o seu se apresente semelhante aos olhos dos consumidores e estes, conseqüentemente, adquiram-no, pensando ser o artigo ou o serviço do concorrente.

Muitos produtos ou serviços têm um aspecto particular, distinto dos demais similares, composto, entre outros, pela forma, cor, invólucro, recipiente, etiqueta, nome, sinal, símbolo, figura ou outras características somadas de identificação próprias. Pelo uso reiterado ou pela propaganda, tal aparência individualizante consegue 'marcar' nos consumidores aquele determinado produto ou serviço que eles se acostumaram a adquirir. O competidor desleal se prevalece desse fato. Aplica o "golpe baixo" de imitar aquelas principais características da

mercadoria ou do serviço alheios e, por via dessa fraude, tenta carrear para si os clientes do concorrente. Busca, sem esforço ou perda de tempo, subtrair aqueles fregueses que o rival conseguira pela qualidade, tradição ou propaganda, em suma, pelo seu trabalho e empenho[26].

É possível, então, afirmar, com base nas anotações feitas, que dois são os requisitos para que certo *trade dress* mereça o amparo da legislação de repressão à concorrência desleal, marcadamente no ponto em que combate o desvio de clientela por meio fraudulento: que seja o conjunto-imagem dotado de distintividade e que a sua reprodução seja apta a gerar confusão no ato de escolha dos consumidores.

Quanto à distintividade, já antes trabalhada, pode-se dizer que consiste no atributo de que se revestem os conjuntos-imagem de certos produtos ou serviços de identificá-los especificamente dentre todos os fornecidos ou prestados pelos demais concorrentes. É, portanto, em razão de sua distintividade que o público consumidor reconhece que certo *trade dress* assinala produtos ou serviços de uma mesma origem – o que aproxima a noção de distintividade da ideia de *secondary meaning*, presente no direito americano. Tal característica, normalmente, adquire-se através da intensidade do uso ou da divulgação do produto ou do serviço, fazendo com que, ao longo do tempo, o público passe a associar determinado *trade dress* à origem específica e a diferenciá-lo dos outros existentes no mercado.

Neste tocante, todavia, é relevante a advertência de Simone de Freitas Vieira, que lembra que:

“Determinados ramos comerciais, em função da própria competitividade e da proximidade com o público em geral, apresentam características e elementos visuais similares e, até mesmo, idênticos, resultantes da tendência de mercado aplicada para a caracterização visual deste tipo de produto. É o que, por exemplo, ocorre com produtos alimentícios e cosméticos. É comum que os vasilhames de produtos à base de tomate usem a cor vermelha, ou que as embalagens de tinturas para cabelos apresentem modelos com alusão à sua tonalidade. Neste caso, evidentemente, não há que se falar em

exclusividade de uso dessas características, isoladamente, tendo em vista que o seu uso é generalizado, retirando a característica de distintividade inerente à proteção ao trade dress. [127]

De outro giro, a possibilidade de confusão a partir da impressão total de certo produto ou serviço ocorre, segundo já mencionado acima, quando o consumidor, já acostumado com a existência do *trade dress* original, ao verificar a existência de outro conjunto-imagem idêntico ou semelhante, é induzido à confusão ou faz uma associação indevida entre os produtos ou serviços, podendo, inclusive, vir a adquirir a imitação, acreditando ser o notoriamente conhecido.

4. CASOS CONCRETOS EM QUE SE APRECIOU A VIOLAÇÃO AO *TRADE*

DRESS NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Por fim, feitos esses breves comentários acerca da definição de *trade dress* e da sua tutela pelo direito brasileiro, passemos à análise de algumas situações concretas em que o tema foi enfrentado pelas cortes pátrias.

Neste ponto, inclusive, impende anotar que a análise da jurisprudência demonstra que as ações judiciais pleiteando a proteção ao conjunto-imagem de produtos e serviços adquiriram destaque nos últimos anos e vêm se tornando paulatinamente mais comuns no Brasil.

O assunto foi, por exemplo, debatido na ação ajuizada pela Heublein do Brasil Comercial e Industrial Ltda. em face da Viti Vinícola Cereser S/A, na qual se determinou, em sede de embargos infringentes opostos em face de acórdão que fora proferido por maioria pela Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que esta última empresa se abstivesse de utilizar o rótulo do conhaque *Dom Bosco* em formato semelhante ao utilizado no conhaque *Dreher*, produzido pela demandante.

No voto vencido, cujo entendimento, após os embargos infringentes referidos, veio a prevalecer, decidiu-se que:

“(...) as embalagens e rótulos dos conhaques Dreher e Dom Bosco são muito parecidas e podem induzir em erro o consumidor, uma vez que ambos os produtos são direcionados para uma mesma faixa de mercado, formada por pessoas de baixa renda e muitas vezes semi-analfabetas. (...) e que para verificação da imitação deve-se fazer exame comparativo do ponto de vista do consumidor; as diferenças são sutis e as semelhanças intensas quanto ao tipo de embalagem rótulos e desenhos, levando o consumidor a grande possibilidade de confundir os produtos.” [28]

Em artigo sobre *trade dress*, Maurício Coutinho e Ronaldo Veirano lembram, ainda, de julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que se determinou que o fabricante do licor *Tríplice* desse novo visual à embalagem de seu produto, com vistas a não causar confusão, para o consumidor, com o licor *Cointreau*. Afirmou-se, em tal ocasião, que *“Menos pelo seu frasco, embora bem assemelhado com o do licor COINTREAU, e mais pelo seu conjunto, com pertinência a cores da embalagem, dizeres, feitio e posição dos rótulos, não há dúvida de que o licor TRÍPLICE, pela sua apresentação e semelhança, pode se confundir com o licor COINTREAU, sobretudo ao longe e até mesmo ao ser comparado por adquirente menos avisado. (...) (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 511/90, 3ª Câmara Cível)” [29].*

Outra situação levada à Justiça em que se tratou o tema foi a da ação proposta pela Unilever Brasil Ltda. em face da Bio Brilho Química Ltda., com fundamento na alegação de violação ao seu direito sobre a marca de sabão *Brilhante*, através da comercialização pela ré do produto (da mesma natureza) denominado *Biobrilho*. Malgrado, em princípio, estivesse em discussão a infração à marca titularizada pela autora, a proteção almejada foi conferida com base em verdadeira defesa ao conjunto-imagem do objeto. É isso o que se denota da análise do seguinte trecho do voto da relatora do processo no Superior Tribunal de Justiça:

“Não se pode descurar o fato de que, muitas vezes, o consumidor não pode ler a embalagem de um produto ou, ao menos, tem dificuldade de fazê-lo, seja por seu grau de instrução, por problemas de saúde ocular ou mesmo por pressa. Nesses casos, tudo o que o consumidor distinguirá será a forma da embalagem, as características gerais do produto, as cores apresentadas e assim por diante. Ora, ao observar as fotografias dos produtos (...) que constam do processo, é nítida a possibilidade de confusão. Num olhar rápido, as embalagens são muito parecidas. Assim, é imperativo que se reconheça a imitação alegada na petição inicial.”[\[30\]](#)

Importa registrar, ainda, a existência de julgados em que se reconheceu a proteção ao *trade dress* também de estabelecimentos comerciais. É o caso, entre outros, do proferido pelo juízo da 4ª Vara Cível de Goiânia, nos autos da ação ordinária de nº 1101/1997, em que foi conferida proteção ao conjunto de elementos característicos da cadeia de lojas de calçados *Mr. Cat*, que, na cidade de Goiânia, estava sendo indevidamente reproduzido pelas lojas *Mr. Foot*.

Na sentença, asseverou-se que:

“Segundo o que consta dos pareceres dos especialistas, os estabelecimentos se confundem pela característica da decoração feita com mobiliário em madeira, saquinhos em algodão ou malha, com logotipo impresso e expostas (sic) no interior das lojas, prateleiras em arquibancadas, balcões abertos, caixas recuados ao fundo das lojas e as portas de acesso em estilo boutique, com passagem individual para clientes”.

E assim se concluiu:

*“Assim, do complexo probatório, tenho que as principais características das lojas *Mr. Cat* foram reproduzidas e imitadas pelas lojas *Mr. Foot*, deflagrando intuito desleal de obter desvio de clientela decorrente da associação equivocada por*

parte dos consumidores. AO TEOR DO EXPOSTO, sopesando as provas coligidas e tudo o que mais dos autos consta, considerando que os fundamentos expostos mostram-se suscetíveis de amparar a pretensão deduzida em juízo, JULGO PROCEDENTE o pedido constante na exordial e determino que as RÉS se abstenham das práticas que se assemelham às características comerciais, devendo, por conseguinte, em prazo de trinta (30) dias, alterar a decoração externa e interna das suas lojas, de modo a terem características próprias e que não se assemelhem ou confundam com aquelas utilizadas pela AUTORA, sob pena de pagar multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), por desobediência ou transgressão à ordem judicial. De conseqüência, por pertinente e comportável, condeno as RÉS, solidariamente, no pagamento de indenização por perdas e danos pelos prejuízos causados à AUTORA, cujo montante deverá ser apurado, oportunamente, em liquidação de sentença por arbitramento.”

Em situação assemelhada, envolvendo o litígio entre, de um lado, enquanto autoras, Spoleto Franchising Ltda. e Gepetto Pizzaria Ltda. e, de outro, na condição de ré, Gepetto Comércio Ltda., atualmente designada como Julietto Comércio Ltda, o juízo da 18ª Vara Cível do Recife reconheceu e sancionou, enquanto ato de concorrência desleal, a violação pela empresa demandada ao *trade dress* das primeiras, ao entendimento de que a ré estaria exercendo as suas atividades no mesmo segmento de mercado das demandantes, disponibilizando o mesmo tipo de produtos e serviços, adotando o mesmo método de atendimento e o mesmo visual padronizado desenvolvido em seus estabelecimentos, absorvendo, assim, para si, toda a fama e a notoriedade conquistadas pelas autoras.

Assim estabeleceu a sentença:

“(…) condeno a RÉ à obrigação de cessar definitivamente as práticas de violação de marca registrada e de atos de concorrência desleal, abstendo-se, assim, de utilizar qualquer marca similar à marca “GEPETTO” ou qualquer configuração ou estruturação similar à aparência dos estabelecimentos das

AUTORAS, nos termos do citado artigo 209 da Lei nº 9.279/96, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para o caso de transgressão do preceito, conforme determina o artigo 287, do Código de Processo Civil. Condeno, ainda, a RÉ à obrigação de se abster de comercializar ou realizar atividade que possa, de qualquer maneira, dar a impressão ao público de que o estabelecimento da RÉ seria, de qualquer modo, licenciado ou filiado às AUTORAS.

Condeno, outrossim, a RÉ a pagar às AUTORAS uma indenização pelo uso indevido de marca registrada e por atos de concorrência desleal, incluindo as perdas e danos e os lucros cessantes, cujo "quantum" deverá ser apurado em liquidação de sentença, segundo os critérios estabelecidos nos artigos 208, 209 e 210, inciso II, da Lei nº 9.279/96."

(Proc. 001.2002.030612-2, 18ª. Vara Cível da Capital/PE, Juiz Adalberto de Oliveira Melo, public. em 23.04.2004).

De outro giro, não podem deixar de ser mencionados, também, alguns casos em que a Justiça entendeu não ter havido a alegada imitação indevida do *trade dress* de produtos ou serviços.

Foi o que ocorreu com a Colgate Palmolive Ltda., que não obteve sucesso na demanda objetivando impedir que a Dental Prev Ltda. continuasse a vender as pastas de dente *Ação Total* e *Dentes Sensíveis* nas suas embalagens atuais, as quais, segundo a Colgate, seriam imitações disfarçadas das combinações de caracteres (desenhos, signos e cores) presentes, respectivamente, nas embalagens dos cremes dentais *Total 12* e *Sensitive*, por ela fabricados. A Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou a liminar pretendida pela Colgate, com fulcro no entendimento de que, ao menos no exame superficial que caracteriza o julgamento dos pedidos de antecipação de tutela, não haveria que se falar em confusão entre as embalagens aludidas[31].

Outra não foi a conclusão a que chegou o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de apelação cível (AC nº 204.955-1/9, Primeira

Câmara "G" Civil de Férias), na ação em que litigavam os fabricantes das pastilhas *Halls* e *Freegells*. No mencionado julgado, ficou assentado que *"há semelhanças nas embalagens, sim, que, contudo não levam à confusão. Não devem as embalagens ser simplesmente confrontadas e comparadas – diz a doutrina citada nos autos – mas apreciadas sucessivamente, a fim de se verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra. Atenção às embalagens de f. 244 e 245: levando-se em conta – e esse fator não pode ser desprezado, dada sua importância – que não se pode argumentar em termos de cores, eis que tradicionalmente no ramo há cores certas para os vários sabores, a impressão causada pela embalagem dos produtos da apelada não recorda a impressão deixada pelos produtos das apelantes"*.

Também como decisão em que se concluiu pela inexistência de prática violadora do conjunto-imagem de produto, temos a proferida pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na qual se estabeleceu que a Master Line do Brasil Ltda. não teria praticado ato de concorrência desleal, diferentemente do defendido pelo laboratório Garnier & Cie. Segundo sustentado pela demandante, o xampu *Citriss*, fabricado e comercializado pela Master Line, consistiria em evidente imitação do xampu *Fructis*, visto adotar a mesma configuração (*trade dress*) do seu produto - mesmo formato e coloração da embalagem e nome similar. No entanto, ao julgar a questão, a aludida Corte entendeu que os produtos *"não são similares quanto a volume, tamanho, tampa, localização da tampa, rótulo e apresentação das marcas"*. E, ainda fundamentando o pronunciamento pela improcedência do pedido formulado pela Garnier, acrescentou: *"A similitude concentra-se na cor verde das embalagens, empregada também por outras marcas. Portanto, em face de tantas diferenças detectáveis, não seria possível que o consumidor confundisse as duas"*(TJ – MG, proc. nº 1821386-89.2007.8.13.0701, rel. desembargador José Affonso da Costa Côrtes, public. em 15.02.2011).

Citem-se, ainda, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INIBITÓRIA - PROTEÇÃO DA MARCA E CONCORRÊNCIA DESLEAL - PRELIMINARES -

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - NÃO OCORRÊNCIA - MÉRITO - COLIDÊNCIA ENTRE AS MARCAS - CONFUSÃO NO PÚBLICO CONSUMIDOR - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE MARCA - NÃO OCORRÊNCIA - MARCAS GRÁFICA E FONETICAMENTE DISTINTAS INSERIDAS NO MESMO SEGUIMENTO MERCADOLÓGICO - VERIFICAÇÃO - TRADE DRESS - PROTEÇÃO DESTINADA A EVITAR A CONCORRÊNCIA DESLEAL - APRESENTAÇÃO DOS PRODUTOS - DISTINÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO REUNIDO NOS AUTOS - REEXAME - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE - ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Na hipótese dos autos, ainda que se considerasse possível, nessa via especial, proceder ao cotejo entre as marcas 'vanish' e 'vantage', cujos respectivos produtos encontram-se inseridos no mesmo seguimento de alvejantes, tal inferência redundaria exatamente na mesma conclusão a que chegou as Instâncias ordinárias. Efetivamente, seja no que diz respeito à grafia, seja no que se refere à fonética dos vocábulos em confronto, não se constata qualquer similaridade, apta a induzir a erro o consumidor;

II - No ponto, as ora recorrentes, apegam-se ao fato de que os vocábulos em cotejo possuem as três primeiras letras iguais, o que, em sua compreensão, gráfica e foneticamente em muito os aproximaria. Esta tênue identidade, entretanto, não tem a abrangência perseguida pelas recorrentes. Primeiro, é certo que a propriedade da marca 'vanish', não confere ao seu titular o domínio de qualquer outra palavra que, igualmente, inicie-se com as três letras 'van', notadamente se forem nitidamente distintas, como é o caso dos autos. Além disso, os vocábulos em cotejo, ambos de origem inglesa, possuem significados incontroversamente diversos ('vantage' = benefício, ganho, vantagem; 'vanish' = sumir, desaparecer),

com a grafia (remanescente), bem distinta, não se podendo, por conseguinte, antever, por parte das recorridas, a intenção de relacionar os produtos entre si. Aliás, decompondo-se em sílabas os vocábulos, percebe-se que as três primeiras letras, no vocábulo 'vantage', integram a primeira sílaba, enquanto na palavra 'vanish', diversamente, a primeira sílaba é composta apenas pelas duas primeiras letras 'va'. Tal constatação, é certo, tem relevância na própria fonética dos vocábulos, cuja distinção, da mesma forma, revela-se bem evidenciada na compreensão deste Relator, quando se pronuncia: "VÉNICHI" e "VÂNTAGE".

III - as Instâncias ordinárias deixaram assente, sempre com esteio nos elementos de prova reunidos nos autos, que o conjunto de elementos que identificam o produto da marca 'vantage', distinguem-se daquele que individualiza o produto da marca 'vanish', não conduzindo, por conseguinte, o consumidor a erro. Reconheceu-se, como visto, a diversidade de cores das respectivas embalagens, em acolhimento, portanto, a tese sustentada pelas recorridas, no sentido de que, na linha 'vantage', predomina o roxo em tom escuro e, na linha vanish, predomina a cor rosa em tom claro. Assentou-se, também, a irrelevância, para o efeito de colidência das marcas confrontadas, a forma como o logotipo encontra-se disposto na embalagem que, é certo, não é isoladamente passível de registro. Nesse contexto, a incidência do retrocitado óbice sumular (Enunciado n. 7 da Súmula do STJ), é, na compreensão deste Ministro, incontornável;

IV - Recurso especial improvido.[32]

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. COMERCIALIZAÇÃO DE CERVEJA. LATA COM COR VERMELHA. ART. 124, VIII, DA LEI N. 9.279/1996 (LPI). SINAIS NÃO REGISTRÁVEIS COMO MARCA. PRÁTICA DE ATOS TIPIFICADOS NO ART. 195, III E IV, DA LPI. CONCORRÊNCIA DESLEAL. DESCARACTERIZAÇÃO. OFENSA AO DIREITO DE MARCA. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO

INDENIZATÓRIA. AFASTAMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Por força do art. 124, VIII, da Lei n. 9.279/1996 (LPI), a identidade de cores de embalagens, principalmente com variação de tons, de um produto em relação a outro, sem constituir o conjunto da imagem ou trade dress da marca do concorrente - isto é, cores "dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo" -, não é hipótese legalmente capitulada como concorrência desleal ou parasitária.

2. A simples cor da lata de cerveja não permite nenhuma relação com a distinção do produto nem designa isoladamente suas características - natureza, época de produção, sabor, etc. -, de modo que não enseja a confusão entre as marcas, sobretudo quando suficiente o seu principal e notório elemento distintivo, a denominação.

3. Para que se materialize a concorrência desleal, além de visar à captação da clientela de concorrente, causando-lhe danos e prejuízos ao seu negócio, é preciso que essa conduta se traduza em manifesto emprego de meio fraudulento, voltado tanto para confundir o consumidor quanto para obter vantagem ou proveito econômico.

4. O propósito ou tentativa de vincular produtos à marca de terceiros, que se convencionou denominar de associação parasitária, não se configura quando inexistente ato que denote o uso por uma empresa da notoriedade e prestígio mercadológico alheios para se destacar no âmbito de sua atuação concorrencial.

5. A norma prescrita no inciso VIII do art. 124 da LPI - Seção II, "Dos Sinais Não Registráveis como Marca" - é bastante, por si só, para elidir a prática de atos de concorrência desleal tipificados no art. 195, III e IV, do mesmo diploma, cujo alcance se arrefece ainda mais em face da inexistência de elementos fático-jurídicos caracterizadores de proveito parasitário que evidenciem que a empresa, por meio

fraudulento, tenha criado confusão entre produtos no mercado com o objetivo de desviar a clientela de outrem em proveito próprio.

6. Descaracterizada a concorrência desleal, não há falar em ofensa ao direito de marca, impondo-se o afastamento da condenação indenizatória por falta de um dos elementos essenciais à constituição da responsabilidade civil - o dano.

7. Recurso especial conhecido e provido.^[33]

Para finalizar, não se deixe de frisar que, recentemente, houve definição de tese pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, quanto à competência para apreciar querelas envolvendo violação do "trade dress". Segundo assentado pela Corte, em regra, incumbe à Justiça Estadual processar e julgar demandas que envolvam o tema, ressalvada a competência da Justiça Federal, para apreciar ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, em que se pretenda impor ao titular a abstenção do uso. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. TRADE DRESS. CONJUNTO-IMAGEM. ELEMENTOS DISTINTIVOS. PROTEÇÃO LEGAL CONFERIDA PELA TEORIA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL. REGISTRO DE MARCA. TEMA DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, DE ATRIBUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE AUTARQUIA FEDERAL. DETERMINAÇÃO DE ABSTENÇÃO, POR PARTE DO PRÓPRIO TITULAR, DO USO DE SUA MARCA REGISTRADA. CONECTÁRIO LÓGICO DA INFIRMAÇÃO DA HIGIDEZ DO ATO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: As questões acerca do trade dress (conjunto-imagem) dos produtos, concorrência desleal e outras demandas afins, por não envolver registro no INPI e cuidando de ação judicial entre

particulares, é inequivocamente de competência da justiça estadual, já que não afeta interesse institucional da autarquia federal. No entanto, compete à Justiça Federal, em ação de nulidade de registro de marca, com a participação do INPI, impor ao titular a abstenção do uso, inclusive no tocante à tutela provisória.

2. No caso concreto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por SS Industrial S.A. e SS Comércio de Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal Ltda., remetendo à Quarta Turma do STJ, para prosseguir-se no julgamento do recurso manejado por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. e Natura Cosméticos S.A.[34]

5. CONCLUSÃO

Pode-se concluir, a partir da análise dos julgados apontados, que o ponto central para que se reconheça, em juízo, como ato de concorrência desleal a comercialização de produtos ou serviços com um *trade dress* assemelhado ao de outros é o da constatação da possibilidade de confusão que tal conduta possa gerar para os consumidores, através da associação indevida do produto ou serviço do competidor desleal com o original.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. **Trade dress e concorrência desleal: o sistema legal de vedação à concorrência é suficiente para garantir a proteção desde instituto? Algumas observações e sugestões.** Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018).

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. Decreto nº 75.572, de 08 de abril de 1975. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção. Recurso Especial nº 1.527.232. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJe 05/02/2018. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.284.971. Relator: Min. Massami Uyeda. DJe 04/02/2013. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.353.451. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 28/09/2017. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.376.264. Relator: Min. João Otávio de Noronha. DJe 04/02/2015. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 698.855. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe 11/10/2017. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

CAIGAWA, Nancy Satiko. O conjunto-imagem das empresas no Brasil: Trade-Dress. Disponível em: <<http://www.swisscam.com.br/trade-dress.html>>. Acesso em: 14 jun.

2011.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial - Vol. II, Tomo II.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Volume 1.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSULTOR JURÍDICO. **Colgate não consegue impedir concorrente de vender pasta dental.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-set-17/negado_pedido_colgate_acao_dental_prev>. Acesso em: 12 mai. 2018.

CONTI, Camila. **A Violação do Trade Dress analisada sob a ótica da Concorrência Desleal.** Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/TCC.14.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

COUTINHO, Maurício Maleck; VEIRANO, Ronaldo C. **Imagem - A identidade visual protegida contra os aventureiros.** Disponível em: <<http://www.veirano.com.br/veirano/Home/Biblioteca/Artigos/tabid/47/ArtigoId/581/Default.aspx>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

DANIEL, Denis Allan. **Litígios envolvendo Conjunto-imagem (“Trade Dress”) no Brasil.** Disponível em: <http://www.daniel.adv.br/port/articlesPublications/denisDaniel/TRADE_DR_ESS.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2011.

DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

ÉPOCA NEGÓCIOS *ONLINE*. **O que é Trade Dress?** Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,EMI160465-16363,00-O+QUE+E+TRADE+DRESS.html>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

ESCOBAR, Gustavo. **O que é Trade Dress?** Disponível em: <<http://www2.informazione.com.br/cms/opencms//desafio21/artigos/variedades/sabia/0026.html>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

LUSTOSA, Mônica. **A proteção jurídica do "Conjunto Imagem" ou "Trade Dress"**. Disponível em: <http://www.siqueiracastro.com.br/downloads/SCA_midia/fevereiro_2008/A_protecao_juridica_do_Conjunto_Imagem_ou_Trade_Dress_DCI_010208.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2011.

PORTILHO, Deborah. *Trade Dress: identidade visual sob proteção da propriedade intelectual.* Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/4359/artigos+ultimainstancia.shtml>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial – Volume 1.** São Paulo: Saraiva, 2000.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Concorrência Desleal Vs. Trade Dress ou Conjunto-Imagem.** São Paulo: Edição Tinoco Soares, 2004.

TEIXEIRA, Cassiano Ricardo Golos. **Concorrência Desleal: Trade Dress.** Disponível em: <<http://www.ibpi brasil.org/media/bceac241c78c151affff802bac144226.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2011.

VIEIRA, Simone de Freitas. **A proteção jurídica do "trade dress" na Justiça.** Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-superior/imprensa/artigoseentrevistas/trade.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

NOTAS

[1] SOARES, José Carlos Tinoco. **Concorrência Desleal Vs. Trade Dress ou Conjunto-Imagem**. São Paulo: Edição Tinoco Soares, 2004, p. 213.

[2] *Idem Ibidem*, p. 213.

[3] ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. **Trade dress e concorrência desleal: o sistema legal de vedação à concorrência é suficiente para garantir a proteção desde instituto? Algumas observações e sugestões**. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018).

[4] Nesse ponto, cumpre fazer menção a interessante julgado referido por Lucas Bernardo Antoniazzi, no qual foram impostas medidas restritivas à atividade da parte ré, com base na proteção ao *trade dress* de uma programação de rádio. Vejamos: *“Trata-se de ação (...) visando à cessação do uso da denominação ‘Jovem Rio’ pela ré, à declaração da impossibilidade da ré usar e registrar a marca ‘Jovem Rio’, à não utilização pela ré da mesma estrutura de programação e conhecimentos técnicos/operacionais que recebeu da autora. (...) O supracitado laudo pericial conclui que, no caso em tela, a ré, evidentemente, continuou a fazer uso do know-how e do trade dress – conjunto imagem caracterizador do serviço ou produto – da autora, após o fim da relação contratual, apresentando-se com a mesma estrutura de programação e imagem da autora. Ficou caracterizada, então, a prática de ato de concorrência desleal, a qual deve ser coibida, segundo as normas acima mencionadas. TJRJ, AC nº 2005.001.17046, Des. Gamaliel Q. de Souza, 12ª Câmara Cível, data de julgamento 06/09/2005”* (ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. **Trade dress e concorrência desleal: o sistema legal de vedação à concorrência é suficiente para garantir a proteção desde instituto? Algumas observações e sugestões**. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018).

[5] COUTINHO, Maurício Maleck; VEIRANO, Ronaldo C. **Imagem - A identidade visual protegida contra os aventureiros**. Disponível em: <<http://www.veirano.com.br/veirano/Home/Biblioteca/Artigos/tabid/47/ArtigoId/581/Default.aspx>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

[6] *Two Pesos, Inc vs. Taco Cabana, Inc.* (91-971), 505 U.S. 763 (1992).

[7] No aludido julgado, a Suprema Corte dos Estados Unidos assim estatuiu: *“[T]rade dress’ is the total image of the business. Taco Cabana’s trade dress may include the shape and general appearance of the exterior of the restaurant, the identifying sign, the interior kitchen floor plan, the decor, the menu, the equipment used to serve food, the servers’ uniforms, and other features reflecting on the total image of the restaurant. 1 App. 83-84. The Court of Appeals accepted this definition and quoted from Blue*

Bell Bio-Medical v. Cin-Bad, Inc., 864 F.2d 1253, 1256 (CA5 1989): 'The 'trade dress' of a product is essentially its total image and overall appearance.' See 932 F.2d 1113, 1118 (CA5 1991). It 'involves the total image of a product, and may include features such as size, shape, color or color combinations, texture, graphics, or even particular sales techniques.' John H. Harland Co. v. Clarke Checks, Inc., 711 F.2d 966, 980 (CA11 1983). Restatement (Third) of Unfair Competition 16, Comment a (Tent. Draft No. 2, Mar. 23, 1990)" (COUTINHO, Maurício Maleck; VEIRANO, Ronaldo C. **Imagem - A identidade visual protegida contra os aventureiros**. Disponível em: . Acesso em: 14 jun. 2011.

[8] O que, segundo defendem alguns operadores do Direito, poderia dificultar a sua proteção, ante a forte carga de subjetividade inerente a um juízo acerca da ocorrência, ou não, de violação aos padrões aceitáveis de concorrência. É o que assinala, por exemplo, Camila Conti, em monografia sobre a matéria (*in* **A Violação do Trade Dress analisada sob a ótica da Concorrência Desleal**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.busc alegis.ufsc.br/arquivos/TCC.14.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

[9] BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[10] BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[11] BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[12] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[13] BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

[14] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 190.

[15] *Idem Ibidem*, p. 191.

[16] REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial – Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 316.

[17] BRASIL. Decreto nº 75.572, de 08 de abril de 1975. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

[18] BRASIL. Decreto nº 75.572, de 08 de abril de 1975. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

[19] BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[20] O que expressamente estabelece ser possível o art. 207 e seguinte da Lei nº 9.279/1996. Confirmam-se:

“Art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil.

Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse

legalmente explorar o bem.”(BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018).

[21] Segundo lição de Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, a repressão jurídica aos efeitos da concorrência desleal outorga ao lesado variadas formas de defesa, dentre as quais, elencam as seguintes: a) abstenção de continuação dos atos havidos como desleais; b) apreensão de coisas nascidas no ilícito; c) reparação de prejuízos de ordem material ou moral, incluindo-se danos emergentes e lucros cessantes; d) apenação do agente, quando capitulada a ação como delito. (BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 130).

[22] BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[23] CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial - Vol. II, Tomo II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 282.

[24] *Idem Ibidem*, p. 284.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.353.451. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 28/09/2017. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[26] DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 85.

[27] VIEIRA, Simone de Freitas. **A proteção jurídica do “trade dress” na Justiça**. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-superior/imprensa/artigoseentrevistas/trade.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

[28] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado. Processo nº 0032073-36.1997.8.26.0000. Relator: Desembargador Barbosa Pereira. DJE 14/04/1999.

[29] COUTINHO, Maurício Maleck; VEIRANO, Ronaldo C. **Imagem - A identidade visual protegida contra os aventureiros**. Disponível em: <<http://www.veirano.com.br/veirano/Home/Biblioteca/Artigos/tabid/47/ArtigoId/581/Default.aspx>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

[30] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 698.855. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJe 11/10/2017. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[31] **CONSULTOR JURÍDICO.** Colgate não consegue impedir concorrente de vender pasta dental. **Disponível em:** <http://www.conjur.com.br/2007-set-17/negado_pedido_colgate_acao_dental_prev>. **Acesso em: 12 mai. 2018.**

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.284.971. Relator: Min. Massami Uyeda. DJe 04/02/2013. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[33] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.376.264. Relator: Min. João Otávio de Noronha. DJe 04/02/2015. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

[34] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção. Recurso Especial nº 1.527.232. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. DJe 05/02/2018. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018.

RESP 1.709.029/MG: UNIFORMIZAÇÃO DOS LIMITES PARA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE DESCAMINHO

HILDEBERTO PEREIRA DA SILVA JÚNIOR:

Graduado pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pós-graduado em Direito Público pela FDDJ. Procurador do Município de Serra Talhada/PE. Advogado.

RESUMO: Segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o princípio da insignificância tem aplicabilidade ao crime de descaminho e aos demais crimes tributários previstos na Lei nº 8.137/90, de acordo com o valor dos tributos que deixaram de ser recolhidos. No entanto, o STF e o STJ, durante muito tempo, divergiram sobre o montante limite que permitiria a incidência do princípio, situação que se uniformizou a partir do REsp 1.709.029/MG.

PALAVRAS-CHAVE: Descaminho; Crimes tributários; Princípio da insignificância; Uniformização do limites para incidência.

1. Introdução

Após a Lei nº 13.008/2014, o crime de contrabando foi deslocado para o artigo 334-A do Código Penal, de modo que o delito de descaminho passou a figurar sozinho no artigo 334 do CP, mudança essa significativa, não somente pela natureza distinta das condutas criminosas, mas pelo regime próprio aplicado ao descaminho, típico delito tributário.

Nesse sentido, enquanto crime tributário, diferentemente do contrabando, sobre o descaminho pode incidir, presentes os requisitos autorizadores, o princípio da insignificância, consoante será demonstrado no presente texto.

2. Descaminho e contrabando

O artigo 334 do Código Penal prevê o delito de descaminho com a seguinte redação:

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

No descaminho, o objetivo do agente é ludibriar a fiscalização tributária, de modo a frustrar o recolhimento do tributo devido, diferentemente do contrabando (art. 334-A), no qual a conduta consiste na importação ou exportação de mercadoria proibida.

Trata-se de delito formal, consumando-se com a simples conduta de iludir o Estado, no que tange ao pagamento do tributo devido, quando da entrada ou saída da mercadoria do país.

A propósito, ressalte-se que, possuindo natureza de crime formal, o descaminho prescinde, para sua consumação, da constituição definitiva do crédito tributário, de maneira que a ele não se aplica a Súmula Vinculante nº 24 do STF.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“O delito de descaminho não se submete à Súmula Vinculante no 24 do Supremo Tribunal Federal, expressa em exigir o exaurimento da via administrativa somente em crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90. Orientação consolidada no STF” (STJ, AgRg no REsp 1.459.169/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5a T., DJe 09/06/2015). ^[1]

A despeito do resultado naturalístico, o bem jurídico tutelado pelo crime de descaminho é, em simples palavras, o valor pecuniário sonegado. E é justamente por isso, e não propriamente por buscar salvaguardar o controle da entrada e saída de mercadorias proibidas (ao que se presta o contrabando), que se afigura possível a incidência do princípio da insignificância.

3. A possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no descaminho

O princípio da insignificância configura uma causa supralegal de exclusão da tipicidade (material), porquanto se destina a afastar ou excluir condutas formalmente típicas.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o princípio da bagatela está parametrizado por quatro balizas, as quais constituem verdadeiros requisitos objetivos, quais sejam: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) a nenhuma periculosidade social da ação, (iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.^[21]

Ato contínuo de estudo, a incidência sobre os crimes tributários, entre eles o descaminho, exige a observância de outro requisito objetivo, que consiste no valor do tributo que deixou de ser recolhido aos cofres públicos.

A jurisprudência estabeleceu como limite máximo permissivo, para efeito de aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários, o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor esse que tomou por base o art. 20 da Lei nº 10.522/2002, com redação alterada pela Lei nº 11.033/2004.^[31]

O raciocínio utilizado para a fixação desse valor teve como premissa o fato de que, até o montante de dez mil reais, os débitos inscritos como Dívida Ativa da União serão arquivados por expressa permissão legal, de maneira que se afiguraria desarrazoado alguém ser imputado pela prática de um crime em virtude do não recolhimento do tributo quando este mesmo "não recolhimento" é um irrelevante no âmbito fiscal e administrativo.

Em outras palavras, apenar criminalmente um fato que reconhecidamente não é sancionado nas searas anteriores do arcabouço jurídico é atentar contra o princípio da *ultima ratio* do direito penal.

A despeito de vozes contrárias na doutrina entendendo que o parâmetro de dez mil reais estabelecido pelo art. 20 da Lei nº 10.522/2002 poderia resultar em distorções e injustiças no ordenamento^[41], o STJ consolidou jurisprudência aplicando o limite, conforme ementa do acórdão a seguir, julgado sob o sistema de recursos repetitivos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO
REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A
E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D,
DO CÓDIGO
PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02.

II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido.

(REsp 1.112.748/TO, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 13.10.2009).

Ocorre que, em 22 de maio de 2012, o Ministério da Fazenda editou a Portaria nº 75, a qual elevou o patamar de não ajuizamento (art. 1º, inciso II) das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional para o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Corolariamente, criou-se o raciocínio de que a Portaria MF nº 75/2012 também atualizou, *pari passu*, o valor considerado irrelevante para fins penais, entendimento esse que foi perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante se observa do precedente abaixo:

Para crimes de descaminho, considera-se, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes" (STF, HC 120.617/PR, 1ª T., Rel.ª Min.ª Rosa Weber, julgamento em 04/02/2014).

No entanto, a jurisprudência do STJ manteve-se resistente, aplicando o limite de dez mil reais, sob a justificativa de que a Portaria nº 75/2012, sendo ato normativo secundário, não teria o condão de alterar o

patamar previsto na Lei nº 10.522/2002, o qual só poderia ser realizado por meio de lei formal.

Neste sentido, os precedentes abaixo colacionados:

“A Terceira Seção desta eg. Corte Superior firmou orientação no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.748/TO, de minha relatoria, que, no crime de descaminho, o princípio da insignificância somente afasta a tipicidade da conduta se o valor dos tributos elididos não ultrapassar a quantia de dez mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei nº 10.522/2002. A publicação da Portaria MF 75/2012, por não possuir força legal, não tem o condão de modificar o patamar para aplicação do princípio da insignificância (REsp 1.393.317/PR, Terceira Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 2/12/2014)” (STJ, AgRg no REsp 1.394.011/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJe 13/05/2015).

“A partir da Lei nº 10.522/2002, o Ministro da Fazenda não tem mais autorização para, por meio de portaria, alterar o valor para arquivamento sem baixa na distribuição. Tal alteração somente poderá ser realizada por meio de lei. O valor estabelecido pela Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda não retroage para alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à sua vigência” (REsp 1.425.012/PR, Recurso Especial 2013/0051543-5, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 1º/7/2014).

“A 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, apreciando a questão da aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.112.748/TO, sedimentou o entendimento segundo o qual somente é cabível o reconhecimento do delito de bagatela aos débitos tributários que não ultrapassem o teto de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em conformidade com o art.

20 da Lei nº 10.522/2002. A Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda, não conduz à conclusão diversa. Se a execução fiscal pode prosseguir por valor inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), consoante a disciplina legal, então tal montante não pode ser considerado insignificante” (STJ, AgRg. no AREsp 346.715/PR, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0188873-8, 5ª T., Rel.ª Min.ª Regina Helena Costa, DJe 10/6/2014).

Além disso, sustentava o STJ que a simples discricionariedade da Fazenda Pública em exercer ou não a execução fiscal em virtude de determinado valor não teria força suficiente para submeter a jurisdição penal a tais parâmetros.

Ocorre que a relutância do Superior Tribunal de Justiça em divergir da posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal redundava em inúmeras reformas dos julgados proferidos no âmbito da Corte Cidadão, situação que chegou ao fim no início do ano de 2018, após o julgamento do Recurso Especial repetitivo nº 1.709.029/MG.

4. REsp 1.709.029/MG e a uniformização dos limites do princípio da insignificância ao crime de descaminho.

Conforme mencionado alhures, o não alinhamento do STJ ao entendimento perfilhado pelo Pretório Excelso resultava na reforma dos julgados proferidos no âmbito daquela Corte.

Por essa razão, no início do ano de 2018, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça revisou o “Tema 157” dos recursos repetitivos, reformando o entendimento firmado em 2009, no bojo do REsp nº 1.112.748/TO, e passando, assim, a uniformizar, no âmbito da jurisprudência, o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para fins de incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho e demais crimes tributários.

Transcreve-se abaixo a Ementa do REsp 1.709.029/MG, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior:

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE

DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF – R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO.

1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO – Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.

2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0000196-17.2015.4.01.3803/MG, restabelecendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Uberlândia – SJ/MG, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância). Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada.

(STJ. 3ª Seção. REsp 1.709.029/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/02/2018)

É importante ressaltar que a utilização do limite de vinte mil reais para fins de incidência do princípio da bagatela restringe-se aos crimes relacionados a tributos federais, na medida em que se lastreia no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, que disciplina a cobrança dos tributos federais pela Fazenda Nacional.

Neste sentido, os parâmetros para os demais entes políticos (Estados e Municípios) serão, se o caso, estabelecidos mediante legislação específica que considere as peculiares orçamentárias, financeiras e fiscais do respectivo ente, fixando, assim, o valor considerado irrelevante para fins administrativos e fiscais, o qual, por simetria, poderá ser utilizado na esfera penal.

5. Considerações finais

Verifica-se, a partir da análise do Recurso Especial nº 1.079.029/MG que o Superior Tribunal de Justiça alinhou-se à jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, passando a considerar o limite de vinte mil reais para fins de aplicabilidade do princípio da bagatela ao crime de descaminho e demais crimes tributários federais.

A importância do precedente se alteia, na medida em que representa uma virada de cento e oitenta graus na jurisprudência do STJ, nove anos após o julgamento do REsp nº 1.112.748/TO, revisando o Tema 157 e uniformizando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, encerrando uma dicotomia jurídica que há muito tempo se arrastava.

REFERÊNCIAS

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial, volume III. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte especial. Vol. 3. 6.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: São Paulo: Método, 2016.

STF. HC 120.617/PR. Relatora Min.^a Rosa Weber. Primeira Turma. Data de Julgamento: 04/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

STF. HC 92463/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Data de Julgamento: 16/10/2007. Data de Publicação: 31/10/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726569/habeas-corpus-hc-92463-rs>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

STJ. AgRg no REsp 1.394.011/SC. Relator: Min. Felix Fischer. Quinta Turma. DJe 13/05/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

STJ. AgRg no REsp 1.459.169/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Data de Julgamento: 02/06/2015. DJe 09/06/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/196550598/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1459169-pr-2014-0141590-7>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

STJ. AgRg no AREsp 346.715/PR. Relatora Min.^a Regina Helena Costa. Quinta Turma. DJe 10/6/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

STJ. REsp 1.112.748/TO. Relator: Min. Felix Fischer. Terceira Seção. DJe 13/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

STJ. REsp 1.425.012/PR. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. DJe 1º/7/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

STJ. REsp 1.709.029/MG. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Terceira Seção. Data de Julgamento 28/02/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

NOTAS:

[1] STJ. AgRg no REsp 1.459.169/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Data de Julgamento: 02/06/2015. DJe 09/06/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/196550598/agravo-regimental->

no-recurso-especial-agrg-no-resp-1459169-pr-2014-0141590-7>. Acesso em: 09 abr. 2018.

[2] STF. HC 92463/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Data de Julgamento: 16/10/2007. Data de Publicação: 31/10/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726569/habeas-corpus-hc-92463-rs>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

[3] A redação originária previa o valor de 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

[4] GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial, volume III. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 883.

A POSSIBILIDADE DE REGIME DIFERENTE DO FECHADO NOS CRIMES DE TRÁFICO E EQUIPARADOS DA LEI Nº 11.343/06 - LEI DE DROGAS

FRANCIELI DAYANA BINDER: Advogada. Procuradora Municipal efetiva do Município de Videira/SC desde 2008. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC.

RESUMO: Consiste o presente trabalho no desenvolvimento de um estudo da possibilidade de regime diferente do fechado nos crimes de drogas e equiparados da lei de drogas, abordando questões acerca da inconstitucionalidade do art. 33, §4º desta lei, bem como a possibilidade da aplicação das penas restritivas de direito, as quais se mostram mais eficazes no tocante à ressocialização do condenado.

PALAVRAS-CHAVE: tráfico de drogas, substituição da pena, pena restritiva de direito.

ABSTRACT: The present work consists in developing a study of the possibility of different arrangements of the closed drug crimes and similar drug law, addressing questions about the unconstitutionality of art. 33, §4º of this law, as well as the possibility of applying the penalties restricting rights, which are more effective as regards the rehabilitation of the convicted.

KEYWORDS: drug trafficking, replacement pen, penalty restricting the right.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 – LEI DE DROGAS; 2 – SUBSTITUIÇÃO DA PENA; 3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS DA LEI Nº. 11.343/2006 PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa identificar a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no tráfico de drogas e

equiparados após a entrada em vigor da Lei de Drogas, sendo que o crime de tráfico de drogas e entorpecentes é equiparado a crime hediondo e com base na Lei de Crimes Hediondos, inicialmente, a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

Com entrada em vigor da Lei 11.464/07, a pena passou a ser cumprida inicialmente em regime fechado, havendo a possibilidade de progressão de regime, desde que o condenado, se primário cumprisse 2/5 (dois quintos) da pena, e 3/5 (três quintos), se reincidente.

Em que pese haver a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em decisão por maioria de votos, o STF julgou inconstitucional a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Desta forma, o objetivo geral deste trabalho é analisar a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, afinal, em nosso ordenamento jurídico, a regra é a liberdade, sendo a vedação a ela uma exceção, uma vez que um dos objetivos primordiais da aplicação da pena é a ressocialização do detento.

1. LEI DE DROGAS

A lei 11.343/06, conhecida por Lei de Drogas, visa disciplinar a atuação estatal no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, através da descrição do fato típico e da sua respectiva pena.

Nesse caminho, a lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, tenta aperfeiçoar o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, reprimindo mais severamente condutas criminosas e especificando, em novas figuras típicas, o comportamento humano proibido, bem como apresentando um novo tratamento penal aos usuários e dependentes de drogas^[1].

Cabe destacar, que a preocupação em penalizar todas as condutas criminosas presentes na Lei de Drogas justifica-se pelo fato de que o cometimento de crimes de tráfico e equiparados é cada vez maior.

O crime de tráfico, presente no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, consuma-se com a realização de um dos dezoito verbos descritos na norma penal:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)[2]

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é um crime de perigo abstrato, onde há uma probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado e independe de prova, pois presumida pelo legislador na construção do tipo. O traficante age, evidentemente, com dolo de perigo, ou seja, vontade de colocar em risco o bem jurídico tutelado – a saúde pública.[3]

Diante disto, a Lei de Drogas prevê em seu art. 44, a expressa proibição da substituição das penas restritivas de liberdade por qualquer outro benefício tais como fiança, sursis, anistia ou penas restritivas de direito.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.[4]

Este dispositivo gera grande polêmica no âmbito jurídico, pois fere o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da individualização da pena, uma vez que o magistrado fica de “mãos atadas”, não podendo aplicar a solução mais razoável a cada caso concreto.

2. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA

As penas substitutas, segundo CAPEZ, constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar a imposição da pena privativa de liberdade.^[5] Ao contrário das medidas alternativas, constituem verdadeiras penas, as quais impedem a privação da liberdade. Compreendem a pena de multa e as penas restritivas de direitos.

Conforme prevê o art. 44 do Código Penal, a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos pode ser efetuada se o delito praticado não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena imposta não for superior a quatro anos e o agente preencher os requisitos subjetivos para receber tal benefício.

Desta forma, a prática do delito de tráfico de drogas objetivamente se amolda à previsão contida no art. 44 do Código Penal, pois a violência ou a grave ameaça à pessoa não integram o tipo penal.

Neste sentido, é o entendimento de nosso Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. LEI 6.368/76. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PRESENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, no caso concreto. Precedente. 2. Ordem concedida.^[6]

CUNHA, também defende a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e artigo 44 da Lei 11.343/06 nos seguintes termos:

Antes da Lei 11.464/2007, muito se discutia a possibilidade (ou não) da concessão de penas restritivas de direitos para crime hediondo ou equiparado. Para considerável parcela da doutrina, apesar de não haver proibição expressa, o regime integralmente fechado tornava inviável a concessão do benefício (proibição implícita). Essa discussão perdeu importância, vez que, hoje, com o advento da Lei 11.464/2007, o regime integral fechado foi abolido, desaparecendo com ele o ventilado óbice. Contudo, havendo na Lei 11.343/2006 a proibição expressa de restritiva de direitos em relação ao tráfico, nova discussão começa a ganhar força: é legítimo impedir o benefício somente para o tráfico, delito também equiparado a hediondo? O art. 44 da Lei 11.343/2006 não estaria tratando situações iguais de maneira desigual? Ainda que sedutora a tese da especialidade (lei especial derroga lei geral), parece-nos que restringir a vedação das penas alternativas apenas ao crime de tráfico é ferir de morte o princípio da isonomia.^[7]

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS DA LEI Nº. 11.343/2006 PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento do HC 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação de conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, no caso de tráfico de drogas, constante dos arts. 33, §4º e 44 da Lei n. 11.343/06, reconhecendo, na ocasião, um abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO
44 DA LEI
11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ARTIGO 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do artigo 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga -vedada a conversão em penas restritivas de direitos, constante do parágrafo 4º do artigo 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.^[8]

Quanto às discussões envolvendo a questão da individualização da pena, o grau de interferência de um Poder em relação ao outro, o princípio da razoabilidade e da dosimetria da pena, esclareceu a Suprema Corte:

O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o

executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.^[9]

Cabe destacar o informativo desta decisão:

Por seis votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que são inconstitucionais dispositivos da Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que proíbem expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (também conhecida como pena

alternativa) para
condenados por tráfico de drogas. A determinação da
Corte limita-se a
remover o óbice legal, ficando a cargo do Juízo das
execuções criminais o
exame dos requisitos necessários para conversão da
pena.^[10]

O Senado Federal através da Resolução nº 5, de 2012 dispõe:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão
"vedada a conversão em penas restritivas de direitos"
do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de
2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva
do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas
Corpus nº 97.256/RS.^[11]

Diante da decisão do STF e posterior Resolução do Senado, percebe-se que se procurou zelar pelos princípios constitucionais e privilegiar o condenado, quando as circunstâncias do cometimento do delito assim o permitirem, cabendo ao magistrado avaliar a aplicabilidade da reprimenda mais justa ao caso concreto. Buscou-se respeitar, primordialmente, a dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade, conforme Cesare Beccaria nos ensina:

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios que se utiliza a legislação para impedir os crimes que devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas.^[12]

Desta forma, demonstrou-se a força da hermenêutica e da correlação entre as normas, no sentido de o STF ter obtido êxito em adequar a

legislação inferior (Lei 11.343/06) aos dispositivos Constitucionais.

CONCLUSÃO

Ainda que o art. 44 da Lei 11.343/06 vedasse expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o agente preencher os requisitos subjetivos e a pena de reclusão aplicada for inferior a quatro anos, tal vedação deverá ser afastada, pois fere os princípios constitucionais da individualização, da necessidade e da razoabilidade da pena, sendo então, declarada inconstitucional a sua vedação contida no art. 44 da lei 11.343/06 pelo STF.

Antes do julgado do Supremo Tribunal Federal, não se respeitavam as garantias constitucionais do réu, e após reestabeleceu-se uma das principais regras de nosso ordenamento jurídico que é a liberdade, sendo a vedação a ela uma exceção, fazendo cumprir com um dos objetivos primordiais da aplicação da pena que é a ressocialização do detento.

Portanto, conclui-se que é cabível o regime diferente do fechado nos crimes de tráfico e equiparados da Lei nº 11.343/06, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art.44 do Código Penal Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda.,2000.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03/05/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 97256/RS**.D.J 01.set.2010. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 13/11/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa**. Notícias STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03/05/2018.

_____. **Resolução nº 5 de 2012.** Disponível em <http://legis.senado.gov.br>. Acesso em 03/05/2018.

CAPEZ, Cesar. **Tratado de direito penal: Parte geral.** 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Vladimir Brega. **Usuários e dependentes na nova lei de drogas: descriminalização, transação penal e retroatividade.** Disponível em <http://www.letraslivros.com.br>. Acesso em 03/05/2018.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanchez; OLIVEIRA, Willian Terra de. **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei nº 11.343, de 23.08.06.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5. Ed. São Paulo. Editora Revista ds. Tribunais, 2010.

[1] FILHO, Vladimir Brega. **Usuários e dependentes na nova lei de drogas:** descriminalização, transação penal e retroatividade. Disponível em <http://www.letraslivros.com.br/direito/264-letras-e-livros-usuarios-e-dependentes-na-nova-lei-dedrogas-descriminalizacao-transacao-penal-e-retroatividade.html>. Acesso em 13/11/2017.

[2] BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 03/05/2018.

[3] NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5. Ed. São Paulo. Editora Revista ds. Tribunais, 2010.

[4] BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 03/05/2018.

[5] CAPEZ, Cesar. Tratado de direito penal: Parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 84715 / SP - SÃO PAULO 08 de Agosto de 2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 03/05/2018.

[7] GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanchez; OLIVEIRA, Willian Terra de. Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei nº 11.343, de 23.08.06. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97256/RS.DJ 01.set.2010. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 03/05/2018.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97256/RS.DJ 01.set.2010. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 03/05/2018.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal. Federal STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa. Notícias STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>. Acesso em 03/05/2018.

[11] BRASIL. Resolução nº 5 de 2012. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=244829>. Acesso em 03/05/2018.

[12] BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2000.

ASPECTOS HISTÓRICOS DO REGIME DE PRECATÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

THIAGO XAVIER DE ANDRADE: Advogado e Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa (POR). Vinculado ao Centro Universitário de João Pessoa (Unipê) e Universidade de Lisboa (POR)

RESUMO: A intenção do presente artigo é dispor sobre as origens, no direito brasileiro do instituto do precatório, assim como se desenvolveu a sua evolução constitucional. Por meio dele, portanto, procura-se perceber as necessidades e características a ele inerentes durante períodos diversos da história constitucional brasileira. Ou seja, quais foram as mudanças que o instituto sofreu até se chegar ao modelo que atualmente é praticado no ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se, através do estudo, que o regime de precatórios se submeteu, e ainda vem se submetendo, a transformações permanentes, todas elas com o objetivo de se adequar a realidade vivenciada pelos entes públicos.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O precatório no período antecedente à Constituição Federal de 1988. 3. O regime de precatório sob a égide da Constituição Federal de 1988. 4. As modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 30/20002. 5. As alterações advindas da Emenda Constitucional nº 62/2009: 5.1. A Emenda Constitucional nº 62 e sua declaração de inconstitucionalidade. 5.2. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF. 6. Alterações pontuais da EC nº 94/2016 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O regime de precatórios é um instituto jurídico de natureza peculiar do direito brasileiro. A forma como é processada a requisição de pagamento ao Poder Público no Brasil merece um estudo detalhado, principalmente diante das diversas transformações ocorridas.

Diante deste quadro, viu-se a necessidade de, analisar o histórico do instituto no Brasil, demonstrando a constante tentativa de aperfeiçoamento, seja por interferência legislativa ou do próprio Judiciário.

A intenção é perquirir as origens do instituto do precatório e sua evolução, com o objetivo de perceber quais eram as necessidades que justificavam a sua criação e como essas necessidades se moldaram ao longo do tempo até os dias atuais.

Ou seja, quais foram as mudanças que o instituto sofreu até se chegar ao modelo que atualmente é praticado no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso irá ajudar sobremaneira na compreensão da atual situação em que se vive o regime de precatórios, buscando respostas, principalmente, do porque se encontramos nessa situação caótica.

É que, olhar para o passado nos permite entender melhor o presente.

2. O precatório no período antecedente à Constituição Federal de 1988

O Brasil, no período em que era colônia de Portugal, conseqüentemente se submetia à legislação da Coroa Portuguesa. Lembra, Américo Luis Martins da Silva^[1], que primitivamente, durante a vigência das Ordenações Filipinas e Manuelinas no Brasil, a execução contra a Fazenda Pública, era procedida da mesma forma como contra qualquer outra pessoa, sobretudo no que tange à penhora dos bens do Estado^[2], não havendo, portanto, qualquer privilégio a proteger os bens estatais.

Naquela situação, o magistrado determinava a constrição dos bens do executado para que ficassem sob a guarda da Justiça, garantindo assim a execução, tal como acontece hoje com a execução em face de particulares.

Essa possibilidade de penhora dos bens públicos, entretanto, não era absoluta eis que não constituíam objeto de embargo os cavalos, as armas, os livros, os vestidos de seus corpos e as camas dos fidalgos, dos

cavalheiros, dos desembargadores, ou seja, os bens extremamente necessários, quando inexistissem outros bens móveis ou de raiz^[3].

Entretanto, com o advento da Constituição Imperial de 1824, por força do art. 15, inciso XV^[4], ficou estabelecido que seria, a partir de então, atribuição da Assembleia Geral a regulação dos bens do Estado, só cabendo àquele ente decretar-lhe a alienação. Por força disto, então, só se poderia efetivar penhora dos bens do Estado através de Decreto da Assembleia Geral.

Por ocasião deste fato, levando-se em conta a nova disposição constitucional, que o Directorio do Juízo Fiscal e Contencioso dos Feitos da Fazenda Pública determinou que *"em bens da Fazenda Nacional não se faz penhora^[5]"*; proibindo em definitivo essa espécie de constrição judicial a bens do Estado.

Apesar dessa previsão de impenhorabilidade limitar-se aos bens da fazenda nacional, não atingindo, por sua vez, os bens públicos provinciais e municipais, a jurisprudência da época posicionava-se no sentido de declarar impenhorável todo e qualquer bem público.

Francisco Wildo de Lacerda Dantas atribui a utilização do termo precatório justamente a esta impossibilidade de penhora dos bens públicos. Lembra, que em consequência da impenhorabilidade utilizou-se um juiz singular do que chamou precatória de vênia para solucionar uma execução contra uma câmara municipal. A partir disso, diante da impenhorabilidade dos bens públicos, a precatória passou a significar impossibilidade de penhora, quando era utilizada para obter licença ou autorização para se proceder à penhora^[6].

Ressalte-se, também, que, não obstante a previsão de impenhorabilidade de todos os bens públicos, essa característica, conforme o Ministro José Augusto Delgado, só se tornou definitiva, quando da entrada em vigor do Código Civil de 1916, que estabeleceu em seu art. 67, que os bens públicos são inalienáveis, só perdendo essa condição nos casos e na forma que a lei prescrever^[7]. Como consequência da inalienabilidade dos bens públicos, também seriam eles impenhoráveis e imprescritíveis.

Foi por força, ainda, da já citada Instrução de 10 de abril de 1851, tendo em vista a omissão constitucional quanto à matéria, que ficou disciplinada à forma de execução contra a Fazenda Pública, assim disposta: "*tendo passado em julgado a sentença contra a Fazenda, extrai-se e leva-se ao "cumpra-se" da autoridade competente, e é requerida ao Procurador Fiscal para pagar; e não tendo esta dúvida, passa-se precatória à tesouraria a favor do exequente*^[8]".

Em consequência dessa omissão constitucional em disciplinar os caminhos que deveriam ser perseguidos para a execução contra a Fazenda Pública naquele período, e levando-se em consideração a inexistência de um sistema garantidor de preferências na ordem de pagamento, o que se viam eram distorções de toda natureza, fomentando a prática da chamada advocacia administrativa^[9].

Wagner Barreira lembra que passadas em julgado as decisões que condenavam o Estado a pagamento em pecúnia, um universo de pessoas que gozavam de prestígio junto às autoridades competentes, interessadas nas vultuosas comissões a receber, passavam a rondar os corredores das repartições fiscais, na tentativa de arrancar as verbas para seus clientes^[10]. Assim, portanto, os créditos que deveriam ser pagos em observância à ordem de preferência eram preteridos pelos dos credores que possuíam algum prestígio junto à Administração. Não resta dúvida de que esse quadro gerou uma enorme insegurança para os jurisdicionados que, tendo em vista a ausência de influência política, não sabiam ao certo se e quando iriam receber o que de direito.

A Constituição de 1891, a primeira da república, apesar das inúmeras garantias dispostas ao cidadão, foi omissa em relação à constitucionalização do pagamento das dívidas judiciais por parte do Estado. Foi apenas com o advento da Constituição de 1934, portanto, que se instituiu, no país, o chamado regime de precatório, constitucionalizando, conseqüentemente, uma ordem cronológica de preferência para pagamento dos débitos judiciais do Estado^[11].

Tal inovação, segundo consta, foi posta em prática por sugestão de Themístocles Cavalcanti^[12], na denominada Comissão do Itamarati, sob o

fundamento de que, através do sistema então vigente, os pagamentos das condenações judiciais se processavam por intermédio das autoridades administrativas, sem qualquer critério objetivo, de ordem ou cronológico, ocasionando os maiores abusos que se possa imaginar. Sua intenção foi, portanto, moralizar o sistema de pagamentos judiciais que vigorava no país até então^[13].

Lembra Ricardo Perlingeiro, no entanto, que a inovação trazida pela então Constituição de 1934 não era o regime de precatório em si, com a requisição de pagamento à autoridade competente, posto que já existia sistema semelhante: o disciplinado pelo art. 14 da Instrução Normativa de 10 de abril de 1851. Na verdade, a inovação estava na introdução de uma efetiva ordem de preferência para os pagamentos das condenações judiciais^[14]. Vemos, portanto, que veio, a então carta constitucional tentar dirimir as práticas de advocacia administrativa e tráfico de influência no âmbito da Administração Pública brasileira, notadamente no que diz respeito aos pagamentos de seus débitos judiciais.

O ministro José Augusto Delgado, sobre o tema, alerta que, não obstante o avanço nitidamente percebido, houve pelo menos três falhas determinantes cometidas pelo legislador constitucional de 1934^[15]. Primeiro, aponta que a Constituição fez referência apenas aos pagamentos devidos pela Fazenda Federal, deixando, por conseguinte, de disciplinar os débitos oriundos das Fazendas estaduais e municipais; além disso, lembra também que não ficou claro qual seria o crédito orçamentário a ser destinado para o pagamento dos precatórios, ficando a critério do Poder Executivo Federal sua indicação, o que em termos práticos, resultava num controle direto deste Poder sobre a quantidade da dívida reconhecida pelo Poder Judiciário, causando imensa demora na liquidação do processo executivo; e por fim, a Constituição falhou também, no seu modo de ver, quando nomeou como única autoridade competente para expedir as ordens de pagamento o Presidente da Corte Suprema, o que dificultava sobremaneira o seu processamento.

A Carta Política seguinte, a Constituição de 1937^[16] pouco avançou no tema, podendo-se considerar como pequeno aperfeiçoamento a previsão da necessidade de se incluir verbas orçamentárias para os débitos

judiciais. Afora isso, o texto é praticamente idêntico ao anterior, com exceção da simples mudança de denominação, sem qualquer alteração conceitual, utilizando-se a palavra "*precatória*" ao invés de "*precatório*".

A Constituição de 1946^[17] já trouxe certo progresso em matéria de pagamentos de débitos judiciais pela Fazenda Pública, com destaque para cinco alterações: passou a abranger as Fazendas estaduais e municipais; fez prever a abertura de crédito orçamentário específico para o cumprimento de decisões judiciais; o recolhimento dos valores se fazia, agora, na repartição competente, quando o local possuísse jurisdição do tribunal, e não mais nos depósitos públicos; fez referência ao Presidente do Tribunal Federal de Recursos, haja vista a competência nas causas de interesse da União, e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, tendo em vista a extensão do dispositivo às Fazendas estaduais e municipais; e passou a fazer alusão não mais ao Procurador-Geral da República, como pessoa a ser ouvida, e sim ao Chefe do Ministério Público^[18].

Milton Flaks alerta que as Constituições de 1934 e 1946 apenas impediam que o Executivo privilegiasse alguns credores em detrimento de outros. Para o autor, "*como nenhum preceito impunha a abertura de créditos necessários, ficava ao exclusivo critério do Executivo e do Legislativo decidir quanto a Administração deveria despender no cumprimento das sentenças judiciárias. Em outras palavras: poderiam colocar à disposição do Judiciário numerário insignificante, ou até mesmo nenhuma quantia, desde que não infringisse a ordem de precedência dos credores*"^[19].

O constituinte de 1967^[20], corrigindo o citado equívoco das Constituições anteriores, contribuiu no aperfeiçoamento do regimento de precatórios, impondo o dever às Fazendas Públicas de inclusão no orçamento das entidades de direito público de verba suficiente à extinção dos seus débitos constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho de cada ano^[21].

Ressalte-se, aqui, a preocupação do legislador constitucional em fixar uma data limite, cujo objetivo era o de permitir que a Administração pudesse estimar com antecedência os valores a serem incluídos no

orçamento, e conseqüentemente empenhar os recursos necessários ao pagamento dos precatórios judiciais^[22]. Pecou, contudo, em não prever qualquer mecanismo de atualização do débito judicial, que era pago de acordo com o valor da condenação, muitas vezes bastante defasado^[23].

A Constituição de 1967 outorgou, ainda, competência ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda em determinar o pagamento do débito, diferentemente do que acontecia na vigência da Constituição anterior, em que os pagamentos ficavam a cargo do Presidente do Tribunal Federal de Recursos, no caso de pagamento da União, e aos presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça, nos casos de pagamentos das Fazendas Estaduais e Municipais.

Diante de tantas tentativas no aperfeiçoamento do instituto, sem solução efetiva para os jurisdicionados no campo prático, esperava-se da Constituição de 1988, uma solução definitiva para os conhecidos problemas vivenciados pelos jurisdicionados, na busca do que lhes era de direito. Infelizmente pouco se melhorou, mantendo-se grande parte dos problemas que já existiam, e como se não bastasse criando-se outros novos, conforme se verá adiante.

3. O regime de precatório sob a égide da Constituição Federal de 1988

No novo texto constitucional, o tema dos precatórios foi abordado no art. 100^[24]. Nota-se, com facilidade, que o texto do caput do artigo, manteve o que já vinha sendo disciplinado desde a Constituição de 1934, procurando-se estabelecer uma ordem cronológica para pagamentos, além de proibir a designação de casos ou pessoas nos pagamentos judiciais, o que demonstra que a essência do instituto não foi modificada desde a sua criação.

As principais modificações percebidas em relação à Constituição de 1967 foram o acréscimo de disposição expressa determinando a realização de pagamento até o final do exercício seguinte; a exclusão dos créditos de natureza alimentar da ordem cronológica ordinária de apresentação dos

precatórios; e a previsão de atualização dos precatórios no dia 1º de julho, além de excluir a obrigatoriedade de oitiva do Ministério Público nos casos de sequestro por preterimento do direito de preferência, que vinha sendo objeto de previsão nas demais Constituições anteriores.

Devido à pouca clareza de como o tema foi abordado pelo legislador constitucional, restaram algumas questões controvertidas na doutrina e jurisprudência brasileira, como por exemplo, se a liquidação dos débitos de natureza alimentícia obedeceria ao regime dos precatórios.

O Ministro José Augusto Delgado defendia que o pagamento dos créditos de natureza alimentícia não dependia da expedição do precatório requisitório. Para ele, *"o sentido do legislador constituinte foi (...) o de excepcionar do sistema de precatório o crédito de natureza alimentar, isto é, de determinar que ele seja pago imediatamente em razão da sua própria função de propiciar melhores condições de vida para o titular do direito"*^[25].

Apesar disso, prevaleceu na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os créditos de natureza alimentar deveriam, sim, seguir o procedimento dos precatórios, porém estariam eles isentos de seguir a ordem cronológica ordinária, fazendo parte de uma cronologia própria.

Milton Flaks lembra que também não existia uma unanimidade no que diz respeito à abrangência do conceito de natureza alimentícia a que fazia previsão o art. 100, da Constituição Federal. Mas, *"embora adotada para o efeito de fazer incidir a correção monetária desde o evento que deu origem à demanda"* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha *"considerando de natureza alimentícia os créditos vinculados ao pagamento de vencimentos, soldos, salários e pensões, inclusive as decorrentes de acidentes de trabalho e responsabilidade civil por danos pessoais"*^[26]. Essa abrangência utilizada pelo STF viria depois a ser incluída no próprio texto constitucional, por força da Emenda 30/2000.

Destaque-se, ainda, que foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o Brasil viveu a primeira experiência do que hoje denominamos "calote dos precatórios". É que, devido à defasagem no pagamento das condenações judiciais por parte dos entes federados

brasileiros, que não vinham honrando com os seus compromissos judiciais, o legislador Constituinte optou, através dos Atos das disposições Constitucionais Transitórias, em conceder uma dilação de prazo para o pagamento dos precatórios pendentes à data da promulgação da Constituição^[27].

A partir da promulgação da Constituição, portanto, os entes federados que tivessem precatórios judiciais pendentes de pagamento, poderiam dispor, por decisão do Poder Executivo em até cento e oitenta dias, da opção de pagamento em parcelas anuais, iguais e sucessiva no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989.

Louvável iniciativa, à medida que o volume de precatórios pendentes de pagamento só fazia aumentar a cada ano, e a opção de parcelamento poderia, em tese, equacionar o problema. Contudo, veremos posteriormente que, na prática, a medida, apesar de meritória, teve pouca força efetiva.

Nesse período também, por força da Emenda Constitucional nº 20/98 foi acrescentado o § 3º ao art. 100 da constituição Federal^[28], excluindo da ordem cronológica de apresentação dos precatórios os débitos considerados por lei como de pequeno valor. Tal medida foi de fundamental importância para o contexto do instituto, pois procurou tornar mais eficiente os pagamentos de menor monta, de modo que os credores que se enquadravam nessa situação não fossem obrigados a esperar tanto tempo para receber um valor às vezes ínfimo do Estado.

4. As modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 30/2000

Após mais de uma década da promulgação da Constituição, foi editada a Emenda Constitucional nº 30, em 13 de setembro de 2000, que trouxe alterações consideráveis para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira mudança a ser apontada é a inclusão do termo "*sentenças transitadas em julgado*", deixando claro que não caberia a expedição de precatório fundada em execução provisória de sentença, ou seja, só haveria execução contra a Fazenda Pública de sentença definitiva, não passível de recurso.

Destaquemos também a modificação do § 1º, fazendo prever a atualização do débito na data do pagamento, ou seja, até o final do exercício financeiro seguinte, impedindo assim o congelamento e a consequente desvalorização inflacionária do montante a ser pago. O texto constitucional inovou ainda, como já citado, acrescentando a necessidade de trânsito em julgado da decisão para sua inclusão na ordem de precatórios, excluindo, por oportuno, a possibilidade de pagamento de sentenças pendentes de recurso.

A dita emenda acresceu também o § 1º - A ao corpo do art. 100, com o nítido intento de definir no próprio texto constitucional, quais seriam os débitos que ostentariam natureza alimentícia, pontuando como tais os "*(...) decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado*".

Além dessas, outras alterações sobrevieram com a Emenda Constitucional nº 30/2000, a exemplo da consignação direta ao poder judiciário dos valores a serem pagos, o que retiraria da própria Fazenda a competência para efetuar o pagamento, impedindo a utilização de meios que pudessem retardar o pagamento do débito, e da mesma forma, prevendo a imputação de crime de responsabilidade aos Presidentes dos tribunais que porventura tentarem retardar ou frustrar a liquidação regular do precatório; a inclusão da fazenda distrital no rol dos entes federados que estariam submetidos à sistemática dos precatórios, dirimindo dúvidas que levavam a posicionamentos contrários^[29]; e a possibilidade de fixação de valores distintos para as requisições de pequeno valor, segundo a capacidade dos entes federativos, instituindo um tratamento diferenciado entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Apesar de serem dignas de destaque as modificações apontadas, constantes no corpo da Constituição, a inovação que causou maior repercussão e, sobretudo indignação, foi a introdução do art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias^[30], concedendo novo prazo às Fazendas Públicas para o pagamento dos precatórios pendentes. Tem-se aqui, o segundo "calote" vivenciado pelo Brasil. Nessa oportunidade, o prazo concedido foi ainda maior que o anterior, dez anos, englobando tanto os precatórios pendentes quanto os precatórios futuros, ou seja, os que ainda seriam expedidos por força das ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999.

A repulsa foi tamanha que a Emenda Constitucional nº 30/2000 foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (2.356-DF e 2.362-DF), sob o argumento de afronta ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o direito adquirido, assim como os preceitos da igualdade, separação dos poderes e acesso ao judiciário.

Sua inconstitucionalidade fundamentava-se, portanto, em desrespeito à cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, segundo a qual não poderia ser objeto de deliberações dispositivas tendentes a abolir "*direitos e garantias individuais*", e tendo, ao que parece, a Emenda Constitucional nº 30/2000 atentado contra o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, teria assim comprometido direito fundamental consagrado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Não obstante a discussão acerca da constitucionalidade das disposições criadas pela Emenda 30, não houve julgamento em tempo hábil e sua utilização se deu até a promulgação da Emenda Constitucional nº 62, de 09 de dezembro de 2009, o que motivou a perda do objeto das ações.

5. As alterações advindas da Emenda Constitucional nº 62/2009

Frustrada, também, a reforma pretendida pela Emenda Constitucional nº 30/2000, procurou o legislador mais uma vez criar novos mecanismos que impusesse uma maior efetividade ao instituto do precatório. Da discussão em torno da criação desses novos meios sobreveio

a Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, que novamente modificou o art. 100 da Constituição Federal[31].

Manteve-se o respeito à ordem cronológica de apresentação dos precatórios, bem como, a preferência de pagamento do débito de natureza alimentícia sobre os demais. Incólume também ficou o texto do antigo § 1º-A que disciplinava quais eram os débitos que poderiam ser considerados de natureza alimentícia, sendo esse novo texto trazido para o § 1º.

Uma das novidades introduzida pela Emenda Constitucional nº 62 é relativa à preferência, dentre os créditos de natureza alimentícia, aos credores idosos, considerados aqueles com idade igual ou superior a sessenta anos, ou portadores de necessidades especiais, assim definidas em lei. A justificativa, nesse caso, se dá em virtude da natural demora na liquidação dos débitos judiciais pela Fazenda Pública, o que cria a necessidade de uma maior atenção e urgência no pagamento dessas pessoas que, em tese, podem ter pouco tempo de vida para receber o crédito que lhes é devido. O pagamento, no entanto, se limita ao equivalente ao triplo do valor estabelecido para requisições de pequeno valor, que variam de acordo com o ente devedor, sendo o restante pago em respeito à ordem de preferência dos créditos de natureza alimentícia. Ressalte-se, ainda, que a Emenda Constitucional estendeu o benefício aos titulares de precatórios inscritos anteriormente, que tivessem completado sessenta anos até a data da promulgação da EC 62/09. É o que reza o § 18 do art. 97, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Quanto aos débitos de pequeno valor, o novo texto constitucional manteve sua distinção de acordo com a capacidade econômica de cada ente federativo, mas estipulou um mínimo constitucional a ser observado, qual seja, o valor do maior benefício do regime geral de previdência social, evitando-se que os entes federados se eximissem do pagamento das Requisições de Pequeno Valor estipulando teto desproporcional à sua capacidade de pagamento.

Manteve-se, também, a obrigatoriedade de inclusão no orçamento das entidades de direito público de verba necessária a adimplir os débitos

oriundos de sentença judiciária, e a previsão de atualização dos valores na data do pagamento.

Restou, ainda, mantida a consignação direta da dotação orçamentária e dos créditos abertos ao presidente do tribunal competente, para a correspondente liquidação, bem como a possibilidade de sequestro em caso de preterição e possibilidade de incorrer o presidente do tribunal em crime de responsabilidade caso tente retardar ou frustrar a liquidação regular dos precatórios.

Outrossim, procurou o legislador constitucional instituir vedação expressa à expedição de precatório complementar ou suplementar, assim como a uma possível repartição ou quebra do valor do precatório, cujo propósito fosse de enquadrá-lo em débito de pequeno valor, quando afirmava ser *"vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo"*.

Outra criação da Emenda nº 62/2009 foram as informações a que a Entidade devedora estaria obrigada a prestar no momento da expedição do precatório, relativas à existência de débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, que o credor porventura teria para com aquela Fazenda[32]. A intenção da inovação era a de que esses créditos fazendários pudessem ser compensados com o crédito a ser inscrito no precatório, nos casos em que as entidades credora e devedora fossem as mesmas. Pelo teor da Emenda Constitucional, teria a entidade devedora, o prazo de 30 (trinta) dias para prestar as informações sobre os débitos do credor, sob pena de perda do direito ao abatimento.

Fez prever também o novo texto constitucional a faculdade para o credor da Fazenda Pública de utilização do seu crédito inscrito em precatório para a aquisição de bens imóveis da entidade federativa devedora.

Ademais, no que diz respeito à atualização do débito a que se refere o vigente parágrafo 5º, o legislador constituinte promoveu efetiva alteração

de seu índice de reajustamento, que a partir de então será auferido pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança para os precatórios expedidos a partir da promulgação da Emenda Constitucional 62 e, *"para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios"*. A exclusão da incidência de juros compensatórios foi somente a positivação do posicionamento que já vinha sendo adotado pelos Tribunais Superiores.

Ainda, restou criada a faculdade para o credor de cessão de precatórios a terceiros, seja do valor total ou parcial, sem a necessidade de anuência da entidade devedora, bastando que seja comunicada por petição protocolizada ao tribunal de origem e à entidade devedora, somente produzindo efeitos a partir de então. Nesses casos o cessionário, ou seja, o terceiro, não poderá gozar da prioridade prevista para os débitos de natureza alimentícia, nem tampouco da possibilidade de enquadrá-lo como de pequeno valor, caso a cessão seja parcial.

Por derradeiro, a Emenda Constitucional, em mais uma inovação, previu ainda a possibilidade da União, a seu critério, e na forma da lei, assumir débitos oriundo dos Estados, Distrito Federal, ou Municípios os refinanciado.

Não obstante todas essas novidades no âmbito dos precatórios futuros, buscou-se, ainda, com a edição da emenda, a criação de um novo regime especial de pagamento de precatórios em atraso, pela União, pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios, materializado pelo art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

Por força desse dito regime especial, restou instituído que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios^[33], que estivessem em mora com os seus precatórios judiciais, inclusive com os que fossem emitidos durante a vigência da Emenda Constitucional nº 62, poderiam optar, por meio de ato do Poder Executivo, por liquidá-los através de uma das duas formas previstas no §1º do art. 97 do ADCT: a primeira, pelo depósito em conta especial^[34], de um doze avos, todo mês, do percentual da receita corrente líquida^[35] destinada a cada ente especificamente^[36]; e a segunda, pela

adoção de regime especial pelo prazo de até quinze anos, caso em que o valor a ser depositado na já referida conta especial "corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento^[37]".

Em resumo, após a edição da EC 62/09, teria o ente federado interessado, a faculdade de escolher por dois regimes de pagamento dos precatórios pendentes: a vinculação de percentual da receita corrente líquida, caso em que não terá prazo certo para pagamento, o que dependerá do montante devido; ou o parcelamento desse montante, acrescido de juros e correção monetária, em quinze prestações anuais.

Do total depositado, 50% (cinquenta por cento), obrigatoriamente serão utilizados para a liquidação de precatórios na ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências de natureza alimentícia, para o ano corrente; e de idade e doença grave, para todos os anos. A outra metade do total depositado poderia ser empregada no pagamento de precatórios através de três métodos: leilão, recebendo o precatório aquele credor que oferecer o maior deságio no valor total a receber da entidade devedora; acordo diretamente com o credor, devendo esta forma de pagamento ser regulada por lei editada pela entidade devedora; ou por pagamento em ordem crescente de valor, ou seja, pagando-se os precatórios não liquidados na forma ordinária, do menor valor para o maior.

Por último, é bom que se destaque, um grande avanço ocorrido por força da Emenda Constitucional 62 foi a previsão de sanções em virtude da não liberação tempestiva dos recursos a que se refere o regime especial^[38]. Mesmo que tímida, tendo em vista que poderiam ter sido atingidos todos os entes, sem exceção, e não apenas os que aderissem ao dito regime, a inovação traduziu-se em primeiro dispositivo com status constitucional que previu mecanismos efetivos de coercibilidade ao gestor na liquidação dos débitos judiciais. Até então, ainda que a Constituição fizesse prever a

obrigatoriedade de inclusão no orçamento de verba destinada ao pagamento dos precatórios judiciais, o seu não pagamento jamais foi motivo para qualquer tipo de punição, pois não havia previsão neste sentido.

Temos, portanto, o maior avanço dado pelo legislador constitucional no que se refere ao regime de precatório. Lógico, repita-se, que poderia ter sido estendido para todos os entes independente de adesão ao regime, contudo não se pode desmerecer o grande salto pretendido.

Vê-se, destarte, que a Emenda Constitucional nº 62/2009 promoveu uma efetiva reforma no sistema de pagamento de débitos judiciais pelas Fazendas Públicas, notadamente as estaduais, distritais e municipais, quando instituiu, mais uma vez por um novo "calote", regime especial de pagamento de precatórios pendentes.

Assim como aconteceu quando da edição da Emenda Constitucional nº 30/2000, foi da mesma forma questionada perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da Emenda 62.

5.1. Emenda Constitucional nº 62 e sua declaração de inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 62, como dito, foi a última modificação constitucional relativa ao regime de precatórios no direito brasileiro. Entre outras inovações, a citada Emenda concedeu a opção de parcelamento aos Estados, Distrito Federal e Municípios, em até quinze anos, por ocasião da introdução no ADCT do art. 97, o que gerou enorme desconforto no meio jurídico e na sociedade em geral, especialmente porque suas disposições eram qualificadas como a reedição do que se resolveu chamar no Brasil de *"calote dos precatórios"*.

As mencionadas modificações constitucionais foram objeto de diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade no âmbito do STF. A Emenda Constitucional nº 62, por exemplo, teve duas ADI's (nº 4.357 e 4.372) intentadas contra si no Supremo Tribunal Federal: a primeira ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com

a Associação Nacional dos membros do Ministério Público, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Confederação Nacional dos Servidores Públicos, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho e a Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário.; e a segunda pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais.

Foram abordados fundamentos tanto formais quanto materiais para sustentar a inconstitucionalidade da emenda. A inconstitucionalidade formal se baseou na inobservância do devido processo legislativo, tendo em vista o desrespeito do intervalo mínimo de cinco dias úteis entre a votação em primeiro e segundo turno no Senado Federal, os quais foram realizados na mesma data, contrariando assim o Regimento Interno daquela casa. E em termos materiais alegou-se afronta a princípios como o da igualdade, da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, da separação dos poderes, da dignidade da pessoa humana, entre outros.

Em recente julgamento, o Supremo analisando o mérito das duas ações propostas decidiu por maioria, julgar parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4357 e 4425, para declarar a inconstitucionalidade de parte da EC 62/2009. Optou o Supremo em considerar integralmente inconstitucional o art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, entre outras medidas, instituía regime especial de pagamento em quinze anos ou a vinculação da receita corrente líquida para a liquidação do débito total; e declarar a parcial inconstitucionalidade do art. 100, da Constituição Federal, nomeadamente dos dispositivos que tratam: da restrição à preferência de pagamento a credores com mais de 60 anos, quando se limitava aos que completassem a idade até a publicação do texto legal, impedindo que os credores que atingissem essa idade em data posterior se beneficiassem do privilégio (parágrafo 2º); da fixação da taxa de correção monetária vinculada a índices da caderneta de poupança, em total afronta aos critérios de atualização estabelecidos pelo juiz sentenciante, o que seria considerado um contrassenso na medida em que afrontaria a coisa julgada (parágrafo 12º); e das regras de compensação de créditos, que trariam obrigação desmedida para o contribuinte, que do contrário, não teria a mesma opção se fosse demandado pelo Estado, o que de certo feriria o princípio da

isonomia, por conferir privilégio injustificado à Fazenda Pública. (parágrafos 9º e 10º).

Acertou o STF quando entendeu por inconstitucionais tais dispositivos. O constituinte derivado, quando da edição da norma, acabou por atropelar certos preceitos fundamentais garantidos aos cidadãos. Ao credor, também, não é honesto lhe impor tempo tão descomunal, quinze anos, quando já se aguardou bastante pela consumação do processo em si.

5.2. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF

O STF, no entanto, levando em consideração a repercussão que a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos traria à administração pública como um todo decidiu modular os efeitos da respectiva decisão. Ou seja, alguns dispositivos, apesar de terem sido declarados inconstitucionais, ainda irão vigorar por mais algum tempo e sob determinadas condições.

O regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela emenda, por exemplo, ainda irá prevalecer por mais cinco anos (cinco exercícios financeiros) a contar de 01/01/2016. Ou seja, tais regras serão válidas até 2020.

A possibilidade de compensação obrigatória das dívidas entre o credor e a respectiva Fazenda Pública foi considerada inconstitucional, o STF, entretanto, referendou as compensações realizadas até 23 de maio de 2015, data em que houve a modulação dos efeitos.

Com relação aos leilões, instituídos pela EC nº 62/2009, nos quais os credores de precatórios competiam entre si oferecendo deságios em relação aos seus respectivos créditos, também considerados inconstitucionais, da mesma forma que as compensações, foram convalidados os já realizados até a data da modulação dos efeitos.

Com efeito, no que tange à correção pelo índice oficial da caderneta de poupança, o STF julgou esse índice inconstitucional. Contudo, a Corte Suprema conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade

dessa expressão. Com isso, o Supremo confirma que essa inconstitucionalidade não atingiria atos anteriores, somente valendo a partir de 25/03/2015, para Fazendas Estaduais e Municipais; e 31/12/2013^[39], para a União.

Após essas datas, o índice a ser utilizado seria, para precatórios em geral, Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E); e para precatórios tributários, a SELIC, mesmo índice pelo qual a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.

6. Alterações pontuais da EC nº 94/2016

Depois da decisão do STF, foi editada nova Emenda Constitucional: a EC 94/2016, que alterou a redação do § 2º do art. 100 da CF/88 promovendo duas mudanças: a primeira, incluiu no rol dos beneficiários da lista para pagamentos em processamento especial as pessoas com deficiência, deixando claro que os beneficiários dessa lista poderiam ser originários ou por sucessão hereditária; a segunda, excluiu a expressão "na data de expedição do precatório", demonstrando que o preenchimento dos requisitos, em momento posterior, pelo beneficiário, lhe permitiria passar a figurar na respectiva lista^[40], o que confirma uma reação legislativa à decisão do STF.

7. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que o regime de precatórios vem se submetendo a constantes transformações com o propósito de se moldar a realidade dos entes federados, na tentativa de aperfeiçoar a prestação jurisdicional ao indivíduo.

A realidade nos mostra que a tarefa, contudo, não é das mais simples. Muito pelo contrário. O que se vê é uma enorme dificuldade em equacionar questões que dizem respeito à um acúmulo excessivo de precatórios não pagos com a crise financeira atual do Estado brasileiro, tudo isso sem esquecer a perspectiva do jurisdicionado que se vê a mercê de medidas mais eficazes.

Há um processo evolutivo, mas lento, em curso. Existem tentativas, não se pode negar, mas que, porém, ainda não ganharam força coercitiva prática. O jurisdicionado ainda se vê impotente e desacreditado na capacidade do Estado brasileiro de ser exemplo de submissão aos comandos judiciais dele próprio.

A Emenda Constitucional nº 62 teve papel fundamental nessa evolução. Apesar de reconhecidos traços de inconstitucionalidade, houveram avanços na busca de alternativas para o adimplemento deste vultuoso débito.

O que não se pode é fazer com que a declaração de inconstitucionalidade da Emenda sirva de regresso a um passado obscuro em que não havia qualquer imposição à Fazenda no pagamento dos precatórios, sendo certo que a liquidação dos débitos se dava pelo critério de conveniência da Administração.

É que, apesar da denominação empregada à Emenda Constitucional nº 62, intitulada “Emenda do Calote”, esta norma constitucional criou algo que até então não havia sido instituído no direito pátrio: a vinculação de receita para pagamento de precatórios e uma maior coercibilidade, distinguindo-se do regime até então existente.

O Estado não pode ser imune à sua própria Justiça. Deve haver o mínimo de respeito e submissão do próprio Estado para com o Poder Judiciário, servindo de exemplo para todos os jurisdicionados.

Que o progresso continue, e que superemos esse período sombrio da nossa história constitucional.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao_Compilado.html

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Modulação dos efeitos da ADI que julgou inconstitucional o novo regime de precatórios. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d3b1fb02964aa64e257f9f26a31f72cf>

CUNHA, Lásaro Candido da. Precatório – Execução contra a Fazenda Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Execução contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório. 2 ed. São Paulo: Método, 2010.

DELGADO, José Augusto. Precatório judicial e evolução histórica: advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/pdf>>

DELGADO, José Augusto. Execução contra a Fazenda Pública: revisão dos dispositivos constitucionais: algumas controvérsias. BDJur, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10005>>.

FLAKS, Milton. Precatório Judicial na Constituição de 1988. Revista Forense. Vol 306. 1989.

SILVA, Américo Luis Martins da. Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 36.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Execução contra a Fazenda Pública. São Paulo: Malheiros, 1999.

TARDIN, Maria das Graças Verly. O precatório judicial: um obstáculo à efetividade do processo. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/maria_das_gracas_verly_tardin.pdf>

VAZ, José Otávio de Vianna. O Pagamento de tributos por meio de precatórios. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

NOTAS:

[1] SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998

[2] No mesmo sentido, José Augusto Delgado afirma: "nas ordenações Manuelinas e Filipinas, a execução contra a Fazenda Pública se processava da mesma forma como contra qualquer pessoa, inclusive com penhora". (DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica: advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público**. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2012.)

[3] TARDIN, Maria das Graças Verly. **O precatório judicial: um obstáculo à efetividade do processo**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/maria_das_gracas_verly_tardin.pdf>. Acesso em 23.fev.2013. Francisco Wildo Lacerda Dantas lembra também que "Posteriormente, incluíram-se, por diploma legal de 05.12.1770, as bestas e a seges que não constavam dessa Ordenação. Mais tarde, o Decreto de 26.06.1689 também excluiria a penhora da renda e ordenado de ofício, sem licença régia" (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execução contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010. p. 80.)

"[4] **Instrução de 10 de Abril de 1851.**

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral

(...)

XV. Regular a administração dos bens Nacionaes, e decretar a sua alienação."

[5] SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 36.

[6] DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execução contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório**. 2 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 83.

[7] DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica: advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos.** Continuidade do serviço público. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

[8] SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 41

[9] Afirma Lásaro Cândido da Cunha que "o cumprimento de eventual condenação do estado por órgão do poder judiciário ficava na dependência de cumprimento espontâneo da obrigação pelo próprio devedor, ou então, abrindo caminho para que o Estado escolhesse livremente a quem pagar. Ou seja, o Estado poderia escolher a oportunidade que melhor lhe conviesse para ressarcir financeiramente qualquer cidadão, já que este não teria meios para fazer efetivar eventual tutela jurisdicional em seu favor. (CUNHA, Lásaro Candido da. **Precatório – Execução contra a Fazenda Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 41).

[10] BARREIRA, Wagner. *apud* SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 42 e 43.

[11] Constituição Federal de 1934: "Art. 182. Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas legais.

Parágrafo único. Esses créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição de sua precedência, autorizar o sequestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República."

[12] O autor da proposta de sistematização do precatório na Constituição assim afirmava a respeito dos pagamentos das condenações judiciais pelo Estado: "Sob o regime anterior à Constituição de 1934, os pagamentos feitos em virtude de sentença judiciária, quando a Fazenda era

condenada, processavam-se por intermédio das autoridades administrativas, isto é, pelo Ministério da Fazenda e Tesouro Nacional, que os encaminhava ao Congresso Nacional, que votava os créditos extraordinários ao pagamento da dívida. Não obedece tal pagamento a nenhum critério de ordem ou cronológico, motivo pelo qual se verificavam os maiores absurdos, que por vezes tomavam até aspectos escandalosos, mormente quando se tratavam de créditos vultuosos. Para pôr termo a tais irregularidades, propusemos, na comissão que elaborou o anteprojeto da Constituição, que tais pagamentos fossem realizados por ordem rigorosa de antiguidade dos precatórios, dentro de um único crédito aberto para pagamento de sentenças judiciais, e por determinação do Presidente da Corte Suprema". (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 470 *apud* CUNHA, Lásaro Candido da. **Precatório – Execução contra a Fazenda Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 50).

[13] CASTRO MEIRA sobre a proposta de instituição dos precatórios: "É uma medida moralizadora, disse eu, referindo-me ao anteprojeto do Itamarati, de onde passou à Constituição de 34, visando, com base em antecedentes conhecidos, coibir a advocacia administrativa que existia no antigo Congresso para a obtenção de créditos destinados ao cumprimento de sentenças judiciais. Não raro, deputados levaram o seu desembaraço ao ponto de obstruírem o crédito solicitado entrando no exame das sentenças, prática viciosa de que dá notícia o senhor CARLOS MAXIMILIANO no seguinte comentário: "Este (O congresso), provocado por proposta de um de seus membros, ou por mensagem do executivo a votar verba para o cumprimento de sentença, examinava os fundamentos desta e, se lhe não agradavam, negava o crédito solicitado. Assim se sobrepuja um julgamento político ao Judiciário; era um poder exaustorado no exercício de suas funções." (CASTRO NUNES. *Da Fazenda Pública em juízo*. 1ª Edição. Freitas Bastos. 1950, p. 229. In FLAKS, Milton. **Precatório Judicial na Constituição de 1988**. Revista Forense. Vol. 306. 1989. p. 109)

[14] SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 31.

[15] José Augusto Delgado, in RePro 57/13 *apud* SILVA, Ricardo Perlingeiro da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31.

[16] **Art. 95, CF/37**. "Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judicial, far-se-ão na ordem em que forem

apresentadas as precatórias e à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas orçamentárias ou créditos destinados àquele fim.

Parágrafo único. As verbas orçamentárias e os créditos voltados para os pagamentos devidos, em virtude de sentença judiciária pela Fazenda Federal, serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente do STF expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor preterido em seu direito de precedência, autorizar o sequestro da quantia necessária para satisfazê-lo, depois de ouvido o Procurador-Geral da República."

[17] **Art. 204, CF/46.** "Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para este fim.

Parágrafo único. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias à reartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou, conforme o caso, o Presidente do Tribunal de Justiça expedir as ordens de pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o Chefe do Ministério Público, o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito."

[18] SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 32.

[19] FLAKS, Milton. **Precatório Judicial na Constituição de 1988**. Revista Forense. Vol. 306. 1989. p. 109.

[20] **Art. 117, CF/1967:** Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para este fim.

§ 1º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho.

§ 2º. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Caberá ao Presidente do tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido do seu direito de precedência, ouvido o Chefe do Ministério Público, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito."

[21] José Augusto Delgado recorda que "Não obstante Pontes de Miranda haver defendido (p. 622, Comentários à Constituição de 1967, T. III, Ed. RT, 1967) que a desobediência do preceito implica no cometimento de crime de responsabilidade, não se tem notícia da instauração de qualquer procedimento dessa natureza contra qualquer agente do poder, muito embora tenha ocorrido, em várias oportunidades, a omissão de determinadas autoridades, especialmente, dirigentes de autarquias, em não incluírem no orçamento do órgão verba suficiente para pagamento de todos os precatórios apresentados oportunamente". (**DELGADO, José Augusto. Execução contra a Fazenda Pública: revisão dos dispositivos constitucionais: algumas controvérsias.** BDJur, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10005>>. Acesso em: 19 fev. 2013.)

[22] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em comentários a Constituição de 1967, enalteceu a alteração constitucional de inclusão de verba no orçamento, a quem classificou como de alta relevância: "Até sua entrada em vigor não estavam as pessoas jurídicas de direito público obrigadas a incluir em seus orçamentos o necessário para o atendimento às condenações judiciais". Porém, verificando a fraude ao dispositivo constitucional, assim se manifestou: "A previsão constitucional, todavia, vem sendo fraudada, eis que frequentemente de 'congelam' as dotações orçamentárias para pagamentos de condenações, seja parcial, seja integralmente. Tal fraude, porém, deve ensejar a devida sanção, pois ela importa inequivocamente, numa violação da Constituição. Esta, com efeito, não quer que, num ato inútil, se inscreva no orçamento uma verba; quer evidentemente que se paguem as condenações com a verba necessariamente prevista". (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira.** 6ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1986. p. 463/464 *apud* VAZ, José Otávio de Viana. **Liquidação do Precatório: Pagamento, compensação e poder**

liberatório. *In* Precatórios: problemas e soluções. Coord. Orlando Vaz. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 87).

[23] O Ministro Marco Aurélio externou preocupação neste sentido: "A interpretação literal do preceito de regência dos precatórios, ou seja, do artigo 117, levou à conclusão de que os valores deles constantes, atualizados em 1º de julho, seriam pagos até o término do exercício subsequente à respectiva apresentação, na forma nominal. Decorreu daí, diante de inflação da ordem de trinta por cento mês, um verdadeiro ciclo vicioso. O credor ao ver satisfeito o precatório, tinha a desventura de constatar a liquidação parcial do débito da Fazenda a oscilar entre três e cinco por cento do total devido. O direito reconhecido em sentença transitado em julgado transformava-se em verdadeira pensão vitalícia, forçando o requerimento da expedição de novo precatório, com sobrecarga para a máquina judiciária, no que perpetuadas as execuções, e , portanto a tramitação dos processos" (Conforme VAZ, José Otávio de Vianna. **O Pagamento de tributos por meio de precatórios.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007)

[24] **Art. 100, CF/88.** "À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados os seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

§ 2º. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao presidente do tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades de depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento do seu direito de preferência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

^[25] [DELGADO, José Augusto. Execução contra a Fazenda Pública: revisão dos dispositivos constitucionais: algumas controvérsias. BDJur, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10005>. Acesso em: 19 fev. 2013.](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10005)

^[26] FLAKS, Milton. Precatório Judicial na Constituição de 1988. Revista Forense. Vol 306. 1989. p. 111.

^[27] **Art. 33, ADCT.** "Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição. Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento."

^[28] **Art. 100, CF/88, com redação dada pela EC 20.** (...) § 3º. O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

^[29] Pecou o legislador constitucional por incluir a Fazenda Distrital apenas no § 3º, do art. 100, que faz referência aos débitos considerados de pequeno valor, deixando, por outro lado, intacto o caput do artigo que por sua vez continuar a fazer previsão apenas da União, Estados e Municípios.

^[30] **Art. 78, ADCT.** "Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

§ 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação."

[31] Art. 100, CF/88, com redação dada pela EC 62. "Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis

como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena

de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente."

[32] Ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial

[33] A União, tendo em vista que vinha honrando regularmente o pagamento de suas condenações judiciais, não foi atingida pelo regime instituído pelo art. 97, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

[34] As contas especiais serão administradas pelos Tribunais de Justiça locais para o pagamento de precatórios expedidos pelos Tribunais, não

podendo o valor depositado pelo ente federativo (Estado, Distrito Federal ou Município) retornar desta conta para os seus respectivos cofres.

^[35] Pra que não pairasse qualquer tipo de dúvida, o § 3º, do art. 97, do ADCT definiu o que seria receita corrente líquida para os fins de pagamento de precatórios: "§ 3º Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata este artigo, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 (onze) meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas: I - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; II - nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

^[36] Em relação aos Estados e Distrito Federal, esse percentual será de no mínimo 1,5% (um e meio por cento) para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, incluindo o Distrito Federal, ou para aqueles estados em que o volume de precatórios pendentes das administrações direta e indireta seja de até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida; e de no mínimo 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta ultrapassem 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida. Já no que tange aos municípios, restou estabelecido que o percentual seria de 1% (um por cento) para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida; e de no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida. É o que reza o § 2º do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

^[37] Art. 97, §1º, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

^[38] § 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo:

I - haverá o sequestro de quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal referido no § 4º, até o limite do valor não liberado;

II - constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem;

III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa;

IV - enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora:

a) não poderá contrair empréstimo externo ou interno;

b) ficará impedida de receber transferências voluntárias;

V - a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, e os depositará nas contas especiais referidas no § 1º, devendo sua utilização obedecer ao que prescreve o § 5º, ambos deste artigo.

[39] Segundo Márcio André Lopes Cavalcante, o índice da poupança (TR), previsto no § 12 do art. 100 foi declarado inconstitucional pelo STF em 2013. No entanto, naquela época, a Corte não afirmou qual seria o índice aplicável para substituí-lo. Ficou, portanto, uma lacuna. A União precisava pagar seus precatórios e necessitava aplicar um índice de correção. Diante disso, a fim de suprir esse vazio, o art. 27 da Lei Federal n.º 12.919 /2013 (LDO) previu que o índice de correção monetária dos precatórios federais passaria a ser o IPCA-E para o ano de 2014. Ao analisar a modulação dos efeitos da ADI, o STF concordou com o que a União fez, ou seja, chancelou a escolha do IPCA-E como índice de correção monetária dos precatórios. (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Modulação dos efeitos da ADI que julgou inconstitucional o novo regime de precatórios. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d3b1fb02964aa64e257f9f26a31f72cf>>. Acesso em: 06/05/2018)

[40] § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório

CRIMINOLOGIA - MAIORIDADE PENAL SOB ASPECTOS JURÍDICOS, PSICOLÓGICOS E SOCIAIS

LEONARDO FERNANDES PINHEIRO: Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

RESUMO: Esse artigo busca abordar aspectos normativos e psicológicos da maioridade penal, abrangendo a sua evolução histórico-normativa, a maioridade penal dentro do direito comparado, as correntes doutrinárias que defendem a constitucionalidade e inconstitucionalidade de sua redução e aspectos da psiquiatria clínica e impacto social.

Palavras-chave: Maioridade penal. Direito comparado. Constitucionalidade da redução da maioridade penal. Inconstitucionalidade da redução da maioridade penal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL. 1.1 Ordenações Filipinas. 1.2 Código Criminal do Império. 1.3 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. 1.4 Lei 4.242/21 e Decreto 22.213/22. 1.5 Código de Menores do Brasil. 1.6 Código Penal de 1940. 2 MAIORIDADE PENAL E O DIREITO COMPARADO. 3 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3.1 Inconstitucionalidade da Redução da Maioridade Penal. 3.2 Constitucionalidade da Redução da Maioridade Penal. 4 MAIORIDADE PENAL SOB O PONTO DE VISTA PA PSIQUIATRIA CLÍNICA. 5 MAIORIDADE CIVIL X MAIORIDADE PENAL. 6 MAIORIDADE PENAL X DESENVOLVIMENTO SOCIAL. 7 MAIORIDADE PENAL E A QUESTÃO DA EDUCAÇÃO. 8 CASOS DE CRIMINALIDADE ENTRE MENORES E PONTOS FAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

De tempos em tempos, o tema maioridade penal retorna aos centros de debates da mídia brasileira. Quem não se lembra de casos de

crimes bárbaros que tiveram adolescentes como protagonistas? Casos como o do menino João Hélio Fernandes Vieites (2007), Ana Cristina Johannpeter (2006), Detonautas (2006), índio Galdino (1997) se tornam o estopim de debates que circundaram a maioria penal.

O escopo deste trabalho é discutir a maioria penal sob aspectos sociojurídicos, desmitificando o senso comum e respaldando um debate crítico desse tema. Inicialmente, será analisada a evolução histórico-normativa, bem como a maioria penal e o direito comparado. Logo em seguida, abordar-se-á sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da redução da maioria, verificando os as teses de defensas para essas posições e suas implicações para o Ordenamento Jurídico.

Após, a análise seguirá sob perspectiva da psiquiatria clínica, que atribui a criminalidade juvenil ao transtorno de conduta, caracterizado por um padrão repetitivo e persistente de conduta antissocial, agressiva ou desafiadora. Para ter um embasamento do Direito como ciência unitária, o estudo passará pelos meandros da maioria civil e penal e suas implicações no processo e na execução penal. No item maioria penal versus desenvolvimento social será observado questões complexas que perpassam a discussão sociojurídica como as teorias do etiquetamento social e a insuficiência de políticas públicas. Prosseguindo a análise, será discutida a questão da educação e a maioria penal. Por fim, será tratado sobre os pontos favoráveis à redução da maioria penal, tendo em vista casos de criminalidade entre menores.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

A análise da evolução histórico-normativa de todo e qualquer ramo jurídico, bem como de seus institutos, princípios e preceptivos, revela-se extremamente fértil, seja para a sua compreensão atual, no sentido de uma melhor interpretação e aplicação da regra, seja para a apreensão dos valores e fatores, inclusive extrajurídicos, que corroboraram, e ainda corroboram, na sua configuração.

Não poderia ocorrer de maneira diversa com a maioria penal, instituto de suma importância para a ciência jurídico-penal, e também para

as ciências sociais como um todo. Faremos, portanto, inicialmente, uma investigação histórica, para identificar a partir de que idade os ordenamentos jurídicos pátrios admitiram a imputação da prática de crimes.

2.1 Ordenações Filipinas

Primeira das compilações normativas portuguesas que vigoraram no Brasil (além das Afonsinas e Manuelinas) a ter efetividade, as Ordenações Filipinas perduraram aqui até a chegada do Código Criminal do Império (portanto, de 1.603 a 1.831).

Tinha como característica marcante o fato de não haver ainda a percepção da adolescência, e, principalmente, da infância, como sendo fases merecedoras de tratamento diferencial, que merecesse maior proteção do Estado, em relação aos adultos. Isso se refletiu no tratamento penal a eles dado.

A maioria penal ocorria aos sete anos de idade, pois os que possuíam idade inferior eram considerados, por influência de velha tradição romana, absolutamente incapazes, sendo, seus atos, equiparados aos de animais.

Aos menores de 18, porém, era concedida a “benesse” real de não poderem ser condenados à pena de morte. Outras graduações mitigadoras na aplicação da pena eram concedidas, até a idade de vinte e um anos, a partir de quando, então, o tratamento era o mesmo.

2.2 Código Criminal do Império

Neste diploma, que vigorou de 1.831 a 1890, a maioria penal foi elevada para os quatorze anos, conforme disposição de seu Art. 10: “Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze anos.” Entretanto, em relação aos menores de quatorze e menores de sete, deve-se anotar algo curioso: que o Código lhes atribuiu uma imputabilidade relativa, podendo o juiz, se verificasse que o menor tivesse

agido com o que o Código denominava “discernimento”, deveriam ser recolhidos às Casas de Correção.

2.3 Código Penal dos Estados Unidos do Brasil

Este foi o diploma criminal republicano de 1.890, que trouxe um tratamento mais complexo no que toca a maioridade penal. A inimputabilidade plena foi aumentada para os nove anos de idade, sendo que, aos que tivessem idade superior a esta, mas inferior a quatorze, aplicava-se a imputabilidade relativa, cabendo ao magistrado avaliar, assim como no Código anterior, o discernimento do autor (Art. 27, §§ 1º e 2º).

2.4 Lei 4.242/21 e Decreto 22.213/22

Tais diplomas, surgidos por influência do panorama internacional de política criminal e das críticas à reduzida idade de inimputabilidade penal do Código então vigente, aumentaram para quatorze a inimputabilidade, de maneira objetivo e absoluta, sem qualquer temperamento do critério biopsicológico. Interessante mencionar que a lei 4.242/21 era orçamentária, tendo como principal fim dispor sobre a “Despesa Geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1.921”. O Decreto 22.213/22, Consolidação das Leis Penais, reafirmou a disposição da citada lei.

2.5 Código de Menores do Brasil

Após o surgimento, em 1.923, de uma Justiça especializada para os menores, tendo, como primeiro Juiz, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, em 1.927, surge o Decreto 17.943-A, o 1º Código de Menores do Brasil, apelidado de Código de Mello Mattos. Nele, foi mantida a inimputabilidade do menor de quatorze anos, e, aos que tivessem entre quatorze e dezoito, foi estabelecido um Processo Especial.

Destaca-se que já nessa época, diante de um crescimento da criminalidade infantil, a sociedade se mostrava dividida em suas opiniões quanto às medidas a serem tomadas: uns militavam pelo encarceramento precoce; outros, pela assistência e amparo à infância.

1.6 Código Penal de 1.940

Tal diploma elevou a maioridade penal para dezoito anos de idade. Neste período, mostrava-se de fato afastada a influência, sobre a legislação penal pátria, da doutrina de Lombroso, de que as tendências para o crime manifestavam-se fatalmente já na infância. Tal idade, então mínima foi mantida pelas normatizações penais seguintes, inclusive pela reforma do Código Penal de 1984. Esta, entretanto, apenas procedeu a correção terminológica, falando em inimputabilidade, em vez de irresponsabilidade (termo usado na legislação anterior).

2 MAIORIDADE PENAL E O DIREITO COMPARADO

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989, estabelece no seu art. 1º como criança aquela que tem menos de 18 anos, *litteris*: "Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo."

Neste sentido, criança é definida como todo o ser humano com menos de dezoito anos, salvo se a lei nacional conferir a maioridade mais cedo.

Tal Convenção traz em seu bojo a doutrina de proteção integral à criança, estabelecendo no art. 40 que cabe a cada Estado estabelecer uma idade máxima, abaixo da qual, presumivelmente, a criança não tem capacidade de infringir a lei, *in verbis*:

Artigo 40

1. Os Estados Partes reconhecem à criança suspeita, acusada ou que se reconheceu ter infringido a lei penal o direito a um tratamento capaz de favorecer o seu sentido de dignidade e valor, reforçar o seu respeito pelos direitos do homem e as liberdades fundamentais de terceiros e que tenha em conta a sua idade e a necessidade de facilitar a sua reintegração social e o assumir de um papel construtivo no seio da sociedade.

2. Para esse feito, e atendendo às disposições pertinentes dos instrumentos jurídicos internacionais, os Estados Partes garantem, nomeadamente, que:

a) Nenhuma criança seja suspeita, acusada ou reconhecida como tendo infringido a lei penal por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não eram proibidas pelo direito nacional ou internacional;

b) A criança suspeita ou acusada de ter infringido a lei penal tenha, no mínimo, direito às garantias seguintes:

i) Presumir-se inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida;

ii) A ser informada pronta e diretamente das acusações formuladas contra si ou, se necessário, através de seus pais ou representantes legais, e beneficiar de assistência jurídica ou de outra assistência adequada para preparação e apresentação da sua defesa;

iii) A sua causa ser examinada sem demora por uma autoridade competente, independentee imparcial ou por um tribunal, de forma equitativa nos termos da lei, na presença do seu defensor ou de outrem, assegurandoassistência adequada e, a menos que tal se mostre contrário ao interesse superior da criança, nomeadamente atendendo à sua idade ou situação, na presença de seus pais ou representantes legais;

iv) A não ser obrigada a testemunhar ou a confessar- se culpada, a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter a comparência e o interrogatório das testemunhas de defesa em condições de igualdade;

v) No caso de se considerar que infringiu a lei penal, a recorrer dessa decisão e das medidas impostas em sequência desta para uma autoridade superior, competente, independente e imparcial, ou uma autoridade judicial, nos termos da lei;

vi) A fazer-se assistir gratuitamente por um intérprete, se não compreender ou falar a língua utilizada;

vii) A ver plenamente respeitada a sua vida privada em todos os momentos do processo.

3. Os Estados Partes procuram promover o estabelecimento de leis, processos, autoridades e instituições especificamente adequadas a crianças suspeitas, acusadas ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal, e, nomeadamente:

a) O estabelecimento de uma idade mínima abaixo da qual se presume que as crianças não têm capacidade para infringir a lei penal;

b) Quando tal se mostre possível e desejável, a adoção de medidas relativas a essas crianças sem recurso ao processo judicial, assegurando-se o pleno respeito dos direitos do homem e das garantias previstas pela lei.

4. Um conjunto de disposições relativas, nomeadamente, à assistência, orientação e controle, conselhos, regime de prova, colocação familiar, programas de educação geral e profissional, bem como outras soluções alternativas às institucionais, serão previstas de forma a assegurar às crianças um tratamento adequado ao seu bem-estar e proporcionado à sua situação e à infracção.

Conforme entendimento doutrinário, há norma expressa proibindo que os direitos consagrados às crianças, nas leis internas dos países signatários, não sejam modificados em detrimento dos interesses destes (pessoas protegidas pela norma internacional). Todavia, este instrumento internacional não fixou uma faixa etária específica para imputação penal.

Nesse diapasão, sob o âmbito do Direito Comparado, verifica-se que não há uma idade padrão para definir a maioridade penal que seja adotada por todos os países, sendo, portanto, difícil um entendimento único. Isso ocorre porque a fixação da idade da imputação penal, por si só, não detém um critério científico puro, constituindo-se, na realidade, uma questão de política criminal, com intuito de evitar a impunidade.

Assim, no que tange a maioridade penal, nossa legislação adotou o sistema biológico, ignorando o desenvolvimento mental do menor, considerando-o inimputável, mesmo tendo capacidade para entender a ilicitude do fato. A imputabilidade é a aptidão para ser culpado.

Ao revés, repisa-se que não existe uniformidade de procedimentos para fixar parâmetros para a determinação da idade penal, não havendo, pois, um timbre da universalidade. Um breve giro pela maioridade penal no mundo para constatar tal assertiva. A idade mínima para a responsabilidade criminal na Turquia começa aos 11 anos e aos 12 anos no Equador, Uganda, Israel, Marrocos, Coréia do Sul, Líbano, Grécia, Canadá e Holanda. No México, a maioridade penal varia de 6 a 12 anos, conforme o estado mental, psicológico.

Podemos observar ainda que a idade penal na Argentina é **plena aos 18 (dezoito) anos e parcial aos 16 (dezesseis) anos** (só para ações penais públicas). Na França, por exemplo, a maioridade penal é de 18 anos, mas jovens a partir dos treze e até os dezoito anos podem ser penalizados. Seguem, ainda, a idade dos 18 anos, a Espanha, Alemanha, Peru e Colômbia. Antes, o limite da idade penal na Espanha e na Argentina era de 16 e 14 anos, respectivamente.

Em contrapartida, na Inglaterra, a maioridade penal é de vinte e uma nos para crimes comuns. Tratando-se de crimes hediondos o infrator é

penalizado a partir dos 10 anos. É o país com o menor limite de inimputabilidade penal, podendo, uma criança inglesa ser julgada e condenada como adulto, desde que comprovada, por meio de testes psicológicos, a consciência do ato.

Nos Estados Unidos, em muitos estados, a imputabilidade penal se inicia aos 14, mas verifica-se divergências de legislações nos 50 estados, sendo que em 18 deles os jovens que cometerem crime grave podem ser responsabilizados a partir dos 14 anos, equiparando-se, nessa condição, àquele que conta com 18 anos, considerada a maioridade penal.

Na França, Israel e Nova Zelândia, Uzbequistão, Argélia, França e Polônia, aos 13 anos. Na Itália a imputabilidade penal inicia-se com **14 (quatorze) anos, bem como na** Áustria, Rússia, China, Japão, Vietnã, Itália e Armênia.

Segundo os dados da ONU, em pesquisa realizada por Túlio Kahn (pesquisador do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a prevenção do delito e o tratamento do delinquente), num universo de 57 países, apontam na direção de que em apenas 17% a idade mínima para punição se situa no limite inferior aos 18 anos.

Das 57 legislações analisadas, apenas 17% adotam idade menor do que 18 anos como critério para a definição legal de adulto: Bermudas, Chipre, Estados Unidos, Grécia, Haiti, Índia, Inglaterra, Marrocos, Nicarágua, São Vicente e Granadas. Com exceção de Estados Unidos e Inglaterra, todos os demais são considerados pela ONU como países de médio ou baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o que torna a punição de jovens infratores ainda mais problemática.

Contudo, observa-se que há, em diversos países, medidas de responsabilização diferenciadas para crianças e adolescentes. Para exemplificar, citar-se-á, brevemente, o sistema estabelecido na Itália e na Alemanha. De acordo com o direito italiano, são considerados absolutamente incapazes os menores de catorze anos de idade. Para os

indivíduos maiores de catorze anos e menores de dezoito anos e que se encontram na região fronteira, serão considerados imputáveis desde que tenham total capacidade de entendimento e vontade, mas mesmo assim terão pena diminuída.

Assim, o sistema penal italiano é caracterizado por um acentuado exame da personalidade do agente. São averiguados os antecedentes pessoais bem como familiares dos menores, considerando seu aspecto psíquico, físico e ambiental. Deste modo, a sanção tem a finalidade educativo-preventiva, com grande individualização do tratamento.

Há, ainda, outra característica marcante do direito italiano, qual seja, a presença de um juízo especializado chamado de Tribunal de Menores, composto por juízes especializados e leigos, os quais são selecionados dentre psiquiatras, antropólogos criminais, biólogos, pedagogos e também psicólogos.

Igualmente, no direito alemão, existe o direito assistencial para os inimputáveis menores de 14 anos, com sanções específicas e diferenciadas.

Costa Júnior (2000, p. 121), a respeito das sanções aplicadas aos infratores, apresenta a seguinte classificação:

a) medidas educativas - instrução, vigilância, ou entrega de um menor a um ente educacional;

b) medidas disciplinares – advertência, obrigação de reparar dano, de prestar um trabalho em favor da vítima, de desocupar-se, de devolver uma soma em favor de instituições de utilidade pública, bem como a prisão durante o tempo livre da semana, ou por período máximo de quatro semanas;

c) penas detentivas juvenis, que se diferenciam das demais penas, pois são de maior duração (mínimo de seis meses a um máximo de cinco anos).

3 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A prática de atos infracionais violentos por adolescentes tem repercutido negativamente entre a opinião pública nos últimos anos. Como reflexo de tal fato, cresce entre a população brasileira a defesa da aplicação de sanções mais rígidas aos adolescentes infratores e, nesse âmbito, uma das posições mais defendidas é a redução da denominada maioridade penal.

A Constituição Federal de 1988 trata sobre da matéria em seu art. 228 e assevera que os menores de dezoito anos serão considerados inimputáveis e submetidos à legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90). A respeito do tema, aduz Rogério Greco

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, onde, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente *biológico*. (GRECO, 2009, p. 399).

O clamor público diante dos injustos penais cometidos por menores de dezoito anos fez surgir um intenso debate acerca da possibilidade constitucional da redução da maioridade penal. Assim, entre os doutrinadores surgiram duas teses básicas: uma defende a inconstitucionalidade da redução da maioridade penal e a outra a constitucionalidade de tal medida.

3.1 Inconstitucionalidade da Redução da Maioridade Penal

Para compreendermos efetivamente os argumentos utilizados por aqueles que defendem a inconstitucionalidade da redução da maioridade penal, é essencial apresentar o conceito de direitos fundamentais. Estes seriam os direitos do ser humano reconhecidos e

positivados na esfera do direito constitucional positivo de um Estado. Ao discorrer sobre o tema, explica Ingo Wolfgang Sarlet

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional [...] (SARLET, 2010, p. 29)

Os direitos fundamentais buscam assegurar o respeito à dignidade humana, estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. Na atual Constituição brasileira os direitos fundamentais estão previstos no Título II, subdivididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Para a discussão a que se propõe esse trabalho, deteremos nossos estudos nos direitos fundamentais individuais, que são aqueles intimamente relacionados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade.

Ressalte-se que os direitos fundamentais previstos no Título II da Lei Maior não fazem parte de um rol taxativo. Há direitos e garantias individuais dispersos pelo texto constitucional e este é um entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que o rol do art. 5º da Constituição é exemplificativo (ADIN 939-7/DF).

Ao analisar o art. 228 da Carta Constitucional, pode-se inferir que a inimizabilidade penal dos menores de dezoito anos corresponde a uma

garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 5º. Filiados a este pensamento estão, por exemplo, DOTTI (2001) e MORAES (2003).

Existem limitações quanto às mudanças que podem ser realizadas no texto constitucional. As chamadas limitações materiais (cláusulas pétreas) vedam as modificações na Carta Magna visando a redução dos direitos previstos no art. 60, § 4º^[1].

Portanto, os seguidores da corrente que afirma a inconstitucionalidade da redução da maioria penal baseiam sua tese ao considerar a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos como um direito fundamental individual. Este, por sua vez, é relacionado no art. 60, § 4º, IV, da Carta Constitucional, como uma cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emenda constitucional. Esta corrente doutrinária é a dominante atualmente entre os juristas.

Corroborando tal entendimento, Dario José Kist e Angela Molinafirmam

Assim, especificamente sobre o início, aos 18 anos, da maioria penal, a norma inscrita no artigo 228 do texto constitucional representa uma das garantias decorrentes dos direitos assegurados aos menores. E, nessa perspectiva, integra o núcleo imodificável da Constituição - cláusulas pétreas - de modo que, qualquer tentativa do legislador infraconstitucional, ou mesmo do Poder Constituinte Derivado, por meio de Emenda Constitucional, de reduzir a idade inicial da maioria penal será inconstitucional. (KIST; MOLIN, 2007, p. 11)

3.2 Constitucionalidade da Redução da Maioridade Penal

A tese de constitucionalidade da redução da maioria penal vem ganhando força nos últimos anos e já tramitam no Congresso Nacional algumas propostas de Emenda Constitucional visando tal modificação. Tais propostas tem ampla aceitação da coletividade e também de juristas, ainda

que destes em menor número. Entre estes podemos citar Miguel Reale Júnior, que afirma

(...) não constitui regra pétrea não por não estar o dispositivo incluído no art. 5º da Constituição Federal, referente aos direitos e garantias individuais mencionados no art. 60, IV, da Constituição. Não é a regra do art. 228 da Constituição Federal regra pétrea, pois não se trata de um direito fundamental ser reputado penalmente inimputável até completar dezoito anos. A medida foi adotada pelo Código Penal e depois pela Constituição Federal em face do que se avaliou como o necessário e conveniente, tendo em vista atender aos interesses do adolescente e da sociedade (REALE JUNIOR, 2002, p. 212).

Assim, seguindo a linha de raciocínio acima exposta, a inimputabilidade dos menores de dezoito anos não se constitui como direito fundamental individual, mas sim como uma medida adotada em um determinado momento histórico em que sua instituição era interessante para os menores e para a sociedade brasileira. Entretanto, as mudanças e evoluções ocorridas ao longo dos anos no país resultaram na inconveniência e desnecessidade da inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, não mais atendendo aos anseios e interesses da coletividade.

Para Rogério Greco, a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos não corresponde à cláusula pétrea e a única implicação prática do previsto no art. 228, da Constituição Federal de 1988, seria de que somente por meio de um procedimento qualificado de emenda a maioria penal poderia ser reduzida, ficando vedada tal redução via lei ordinária (2009, p. 400).

4 A MAIORIDADE PENAL SOB O PONTO DE VISTA DA PSQUIATRIA CLÍNICA

A violência nas grandes cidades vem superando limites quase inacreditáveis se comparados aos dos anos 1990, sendo que crimes que

escandalizavam e monopolizavam a opinião pública durante meses, atualmente ocorrem com a rapidez de uma linha de produção, por conta disso e dos altos índices de violência e criminalidade a população brasileira demonstra medo até em sair às ruas: carros blindados, condomínios fechados, e, como nos países com tradição em guerra, todo arsenal mobilizado para que as pessoas se sintam um pouco menos desprotegidas.

Nesse sentido, destaca-se o fato de que a violência cometida contra adolescentes e por adolescentes vem aumentando em proporções inusitadas. No Brasil, o desemprego, a falta de lazer, falta de perspectivas profissionais, narcotráfico, lares desfeitos, alcoolismo e consumo de drogas são sempre os primeiros fatores a serem lembrados como possíveis etiologias da violência, além da corrupção e falta de ética presente em todos os escalões do poder público, configurando uma falha simbólica que gera a total descrença em uma possível punição dos culpados.

O ECA dispõe que se considera criança para os efeitos desta lei, a pessoa de até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquele entre de 12 e 18 anos de idade. Nesse ínterim estipula a idade mínima de 18 anos para a maioridade penal, estabelecida conforme orientação da ONU. Ocorre que, na época em que decidida tal idade, as pessoas de 18 anos eram muito mais ingênuas, mais crianças do que nos dias de hoje.

Especialmente após a introdução do Código Civil - que outorga plenos poderes aos maiores de 18 anos, considerando-os maiores absolutamente capazes e antecipando a maioridade civil, um cidadão de 18 anos há muito já não é criança. Aos 16 anos já é tido como relativamente capaz, com poderes para trabalhar e inclusive, escolher seus governantes.

Na esfera penal, entretanto, quando o adolescente pratica uma infração mediante violência ou grave ameaça, e sendo ele um infrator reincidente pode estar indicada a internação em estabelecimento educacional, conforme art. 112, do ECA. O art. 121, §3º, entretanto, diz que em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

A psiquiatria da infância e da juventude descreve, porém, como um de seus quadros mais graves o chamado Transtorno de Conduta, caracterizado por um padrão repetitivo e persistente de conduta antissocial, agressiva ou desafiadora, por no mínimo 6 meses.

A presença de sintomas de Transtorno de Conduta na infância é um mau sinal, pois prevê delinquência na vida adulta. Quanto mais intenso o comportamento agressivo na infância, maior a probabilidade de ocorrer comportamento delinquente ou francamente criminoso na fase adulta. O Transtorno de Conduta pode ter início já aos cinco ou seis anos de idade, mas habitualmente aparece ao final da infância ou início da adolescência. O início precoce prediz um pior prognóstico e um risco aumentado de Transtorno de Personalidade Antissocial (CID 301.7) na vida adulta.

Os portadores de problemas graves de personalidade, tais como a sociopatia e a psicopatia, não costumam beneficiar-se por medicações, e atividades como sócio e psicoterapia tem efeito bastante limitado, ao contrário do que ocorre com pacientes neuróticos, ou mesmo psicóticos. É evidente, portanto, que um período de internação de três anos não efeito sequer paliativo. Para a perversidade inata não há tratamento médico, não existe reeducação possível, sobretudo em três anos.

Na Inglaterra cada caso é considerado a partir de suas próprias características, independentemente da idade do criminoso. Qualquer crime tem implicações sérias e rigorosas. A idade de responsabilidade criminal no Reino Unido começa aos 10 anos, e são impostas multas por comportamento antissocial aos menores a partir de 10 anos de idade.

A psiquiatria clínica propõe que o menor, ao gozar de consciência, entendimento, discernimento, intenção, compreensão, ao praticar crime qualificado com requintes de crueldade, deve ser julgado imputável e responder em um primeiro momento conforme o ECA, recebendo assim sanção socioeducativa e, a partir do momento que atingir a maioridade, deve responder criminalmente.

Não se trata de colocar o adolescente numa penitenciária juntamente com criminosos adultos, mas que haja uma internação sem limite de tempo máximo pré-determinado, uma vez que o período de

internação previsto no ECA em nada significa. Interessante seria se o menor internado fosse submetido a medidas socioeducativas e periodicamente fosse visto por uma equipe de saúde mental que avaliasse seu grau de periculosidade, mas tais medidas deveriam ocorrer dentro de um estabelecimento realmente efetivo, com programas de psico e socioterapia, atividades físicas, esportivas, artísticas etc., prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e inserção em regime de semiliberdade, e não uma instituição que representasse uma escola de crimes, como é atualmente as Fundações para o Bem Estar do Menor.

Nos casos irrecuperáveis, somente seria aplicada ao menor infrator a medida de segurança que poderia eventualmente mantê-lo confinado pelo maior tempo possível, como se fosse constatada a cessação de sua periculosidade.

5 MAIORIDADE CIVIL X MAIORIDADE PENAL

O Código Civil de 1916 instituía a maioridade civil iniciando aos 21 anos, quando o sujeito seria completamente capaz de realizar todos os atos da vida civil, sem necessidade de assistência ou representação. Com o advento do novel Código Civil de 2002, em seu art. 5º aduz que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

Desta forma, aos dezoito anos, o indivíduo já tinha capacidade de responder por todos os seus atos, pois a partir deste momento, já possui discernimento e a presunção de responsabilidade.

Dentro do direito penal material o indivíduo adquire imputabilidade aos dezoito anos, porém, no processo penal, se exigia a nomeação de curador para acompanhar o réu menor de vinte e um anos durante a persecução penal.

A mudança do código civil teve uma influência na nova idade penal, não no que diz respeito a imputabilidade, porém no que diz respeito ao processo. Alguns doutrinadores, em análises não percucientes, entendem a questão como resolvida, conforme expressa Luiz Flávio Gomes:

“Todos os dispositivos processuais penais que enfocavam o menor de 21 anos como relativamente capaz foram afetados pelo novo Código Civil. Todos têm por base a capacidade do ser humano para praticar atos civis e, por conseguinte, processuais. Para o novo Código Civil essa capacidade é plena aos 18 anos. Logo, todos os artigos citados acham-se revogados ou derogados (lei nova que disciplina um determinado assunto revoga ou derroga a anterior).”

O art. 15 do Código de Processo Penal traz uma nova interpretação, de necessidade de nomeação de curador não mais se falando em menor de 21 anos, e tão só, simplesmente, uma referência a menor de idade. Nos moldes do Direito Civil Brasileiro, o menos de 18 anos.

Um reflexo dessa mudança, da diminuição da maioridade civil no Direito Processual Penal é o benefício dado ao réu menor de 21 anos, considerando esta condição como um atenuante.

Destarte, se indagar-mos o motivo da fixação feita, pelo poder legítimo, da maioridade, civil e penal, em 18 anos, logo responderemos que se deve ao fato dos indivíduos com a aludida idade alcançou grau de maturidade que lhe permite praticar atos pessoalmente e, por conseguinte, responder pelas conseqüências advindas dos mesmos.

O indivíduo com dezoito anos, em nosso Ordenamento, está apto a celebrar contratos, a casar-se, a dirigir veículos automotores, a eleger-se para Câmaras municipais, a tornar-se membro da magistratura, além de tomar inúmeras outras decisões que podem afetar radicalmente a vida da sociedade e a sua própria.

Pois bem, resta-nos agora observarmos um imperativo lógico: ou o maior de dezoito anos sabe o que faz, e, portanto, pode agir pessoalmente e responder pelas suas ações no Direito Civil, Penal, ou qualquer outra seara do Direito que é unitário; ou o menor de dezoito anos não sabe o que faz, e, portanto não deve dirigir, casar-se sem autorização pátria, eleger candidatos e, por conseguinte, deve ter tratamento diferenciado na legislação penal, respaldando, desse modo o disposto no

artigo 115 e 65, inciso I do CP (redução dos prazos prescricionais e circunstâncias atenuantes).

Devemos observar que a redução da maioridade civil não ficou muito clara dentro do processo penal, ao passo que deixou vestígios da legislação anterior em alguns detalhes cruciais para a aplicação da pena ao menor de 21 anos.

Alguns criminalistas acreditam que o fato de criminoso menor de 21 anos ter esses benefícios de atenuante, prazo prescricional reduzido, encarceramento diverso dos adultos, se dá pelo grau de influenciabilidade ser mais intenso, não podendo ter o menor de 21 anos no meio periculoso, por haver possibilidade de ressocialização mais efetiva.

Sua mente ainda está aberta para o aprendizado, para a educação, para o futuro sem crimes.

Esse pensamento é a grande pedra fundamental que rege a psicologia criminal ao passo que o menor de 21 anos ainda pode responder dentro dos moldes do Estatuto da Criança e ao Adolescente, que visa claramente a reconstituição do menor infrator.

Apesar de completar os 18 anos, e atingir a maioridade civil e penal, o indivíduo ainda pode ser incumbido das sanções prevista no ECA, se ao tempo em que cometeu o crime era menor de idade.

Esse tema se consolidou nos tribunais superiores quando, por maioria dos votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) negou Habeas Corpus (HC 97539) impetrado pela Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro que pretendia extinguir a medida socioeducativa de semiliberdade imposta a um menor, à época da infração. Atualmente, ao ter completado 18 anos, ele atingiu a maioridade civil e penal.

De acordo com a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), questionada no HC, o ministro Carlos Ayres Britto (relator) afirmou que para a aplicação das medidas socioeducativas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), "leva-se em consideração apenas a idade do menor

ao tempo do fato, sendo irrelevante a circunstância de atingir, o adolescente, a maioria civil ou penal durante o seu cumprimento”. Ele completou ressaltando que a execução da medida pode ocorrer até que o autor do ato infracional complete 21 anos.

Importante observar uma questão.

Se a legislação brasileira acredita, aplica e dissemina o entendimento de que menor de 21 anos, apesar de já ultrapassado a maioria civil e penal deve receber um tratamento prisional especial e mais brando, como pensar em uma redução da maioria penal?

E aí remete a um questionamento já feito no início deste capítulo: o menor de dezoito anos não possui qualquer responsabilidade sobre os seus atos, sendo incapaz de assumir sua vontade?

Como visto neste estudo, a redução da maioria penal seria uma simples redução da imputabilidade, não havendo uma real responsabilidade processual do agente criminoso, pois o processo seria mais simples, as penas seriam mais brandas, e, conseqüentemente a execução penal seria fracassada.

Para uma redução da maioria penal eficaz, se faz necessária a redução da maioria civil, e a desmistificação do “menor de 21 anos” que traz o ordenamento jurídico pátrio.

6 MAIORIDADE PENAL X DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Como já pode ser abordada, a teoria que preconiza a redução da maioria penal não nasceu isolada da realidade social. Para que se possa realizar um estudo aprofundado sobre a polêmica questão, faz-se necessário refletirmos sobre quais interesses tal teoria se funda, quais são seus reais objetivos.

Alinhado a isto, como foi pincelado, por estar envolvida no seio de uma realidade social complexa, é importante estabelecer uma mínima análise sobre as condições de vida da juventude brasileira atualmente.

De acordo com Luís Santos,

O censo 2000 do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) aponta que 52,3% das crianças baianas, de 0 a 14 anos, pertencem a famílias com renda familiar per capita de até meio salário mínimo e vivem num cenário sócio-econômico de extrema pobreza. No aspecto educacional o IBGE mostra que apenas 6,7% dessas crianças tiveram acesso à educação (0 a 6 anos). Quando essas crianças se tornam adolescentes o problema aumenta. Assim como na infância, volta a se repetir a falta de acesso à saúde, educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização e à cultura.

Ele parte de uma realidade baiana, porém, encarando esta como reflexo também da realidade brasileira, é de se notar que a juventude brasileira está longe de inúmeros direitos que lhe são assegurados na Carta Magna, como o direito à educação, à saúde, à dignidade da pessoa humana e, muitas vezes, à própria vida.

É visível que o Estado brasileiro, muitas vezes incompetente em efetivar políticas públicas aos seus cidadãos, atua de forma violenta em resposta as consequências de sua ineficácia. Isso fica facilmente demonstrável quando a polícia, por exemplo, atua no “combate à criminalidade” em periferias, encarcerando indivíduos que em muitos casos não tiveram escolha para sobreviver, acabando cometendo delitos (em sua maioria crimes contra o patrimônio), já que não tiveram acesso a direitos básicos que o Estado deveria garantir, como direito à moradia, à saúde, à educação, ao lazer, a uma vida digna.

Nesse ínterim, é de suma importância fazer um recorte de classe e de raça, para que a questão seja mais bem analisada. Ainda de acordo com Luís Santos,

No campo das desigualdades, as discussões sobre a redução da maioria penal trazem à tona a opinião dos que dizem que há uma maior propensão

da juventude negra a criminalidade. Ainda nos deparamos com posicionamentos que se baseiam em conceitos de Cesare Lombroso e de Nina Rodrigues acerca da inferioridade da raça negra e de sua potencialidade criminosa. Ao invés de vítimas, os negros são encarados como "agentes criminosos por excelência" e não é por outra razão que os pretos e os pardos estão mais expostos à violência que a população branca. O jovem, negro, entre 15 e 24 anos é alvo potencial das ações de extermínio. Nesse grupo, a taxa de homicídio é de 23 por 100 mil habitantes, enquanto que entre brancos, da mesma faixa etária, o índice apurado é de 6,3 por 100 mil. (2012, p. 01).

Portanto, existe uma clara tendência do braço repressor estatal, que é o sistema jurídico penal, em atuar incisivamente na classe pobre e negra. Esse fato se mostra real desde a forma como o Estado atua perante esta juventude, não dando oportunidades de desenvolvimento digno e ao mesmo tempo, como modo de "reparar os danos" que ele mesmo causou, encarcerá-la para que não cause mais "prejuízos", principalmente no que se refere aos danos patrimoniais.

É nesse sentido que foi desenvolvida a teoria do *labeling approach*, a saber:

Na teoria do *labeling approach* o enfoque da Criminologia muda e a pergunta passa a ser: por que algumas pessoas são rotuladas pela sociedade e outras não? A tese central desse paradigma é que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta e sim uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos através de complexos processos de seleção, isto é, trata-se de um duplo processo de definição legal de crime associado a seleção que etiqueta um autor como criminoso. Em razão disso, ao invés de falar em criminalidade (prática de atos definidos como crime) deve-se falar

em criminalização (ação operada pelo sistema e sustentada pela sociedade – senso comum punitivo – etiquetamento). (NOBREGA apud BARATTA, 2012, p. 01)

Portanto, se apresenta claro que o sistema penal brasileiro faz um etiquetamento social, em relação à juventude, dos pobres e negros, associando-os ao cometimento de crimes ou agindo de forma muito mais incisiva e estigmatizadora nestes em relação à juventude pobre branca e, em maior grau de discrepância, em relação à juventude rica e branca.

Em razão disto, a teoria da redução da maioridade penal, notadamente não resolve a questão da criminalidade juvenil. Ao mesmo tempo, parece ser uma solução rápida e menos custosa ao Estado, promovendo o encarceramento de inúmeros jovens em detrimento da oferta de políticas públicas satisfatórias ao desenvolvimento humano digno.

Nessa linha de pensamento, complementa Luís Santos que

Encarcerar a nossa juventude é uma postura cômoda, que não resolverá os problemas imediatos e ainda acarretará vários outros, quando estas pessoas foram soltas de verdadeiras escolas de crime que são as unidades prisionais. Diminuir a maioridade penal significa criar um grande problema para a Administração Pública. Além disso, é um ato que vai de encontro à Constituição Federal. (2012, p. 02)

7 MAIORIDADE PENAL E A QUESTÃO DA EDUCAÇÃO

Sempre que ocorrem crimes bárbaros envolvendo menores de 18 anos como autores dos delitos, a exemplo do caso do garoto João Hélio e do índio pataxó, Galdino Jesus dos Santos, ressurge a discussão sobre a redução da maioridade penal, concentrando-se, exclusivamente, em torno de uma questão: punição.

Discute-se sobre a possibilidade de modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e de seu sistema educacional, de inserção

dos infratores no modelo penitenciário e, principalmente, de redução da maioridade penal.

Entretanto, estas propostas não conseguem solucionar a incapacidade administrativa existente para a gestão de estabelecimentos e de medidas socioeducativas ou de assistência. Ademais, não respondem a uma questão central posta pelos professores da Universidade de Brasília, Cristiano Paixão e José Geraldo de Sousa Júnior, em artigo intitulado "Criminalização ou educação: a questão da maioridade penal": "o que devemos oferecer às nossas crianças e adolescentes?".

A proposta de redução da maioridade penal leva em conta apenas a figura isolada do indivíduo. Alternativa que surge, então, é a aplicação pelo Judiciário de sanções mais severas em casos considerados graves, o que, na verdade, apenas muda o âmbito da responsabilidade individual do infrator, o qual, agora, passa ao critério discricionário do julgador, que avalia apenas a intenção do autor do delito.

A questão da modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente também não é a principal solução para uma mudança nos índices de criminalidade entre os jovens. O ECA, na verdade, elevou as crianças e os adolescentes ao patamar de sujeitos de direitos como todos os demais cidadãos. Um dos direitos tutelados pelo referido Estatuto é a educação, assunto intimamente relacionado com o adolescente infrator.

Em 2004, o governo federal realizou pesquisa, na qual se observou que 96,6% dos jovens que cometeram delitos não concluíram o Ensino Fundamental. É possível perceber, ainda, que o grau de incidência de infrações está diretamente ligado à carência social das comunidades em que ocorrem.

Segundo Cristiano Paixão e José Geraldo de Sousa Júnior, o motivo principal pelo qual os jovens não são punidos da mesma forma que os adultos é que os primeiros encontram-se em processo de formação e não constituem individualidades isoladas. A conquista da autonomia por estes cidadãos deve ocorrer dentro do meio social, com a convivência em ambiente escolar livre, com o contato a outras culturas, classes e rituais de confraternização. No entanto, poucas crianças e adolescentes possuem a

oportunidade de conviver neste ambiente, com o objetivo de terem uma formação social, cultural e escolar sólida. Logo, a conclusão do processo de formação destes jovens se dá de maneira precária, assim como é o grau de autonomia e discernimento que acabam adquirindo.

É sabido que a educação pública está completamente falida, e o que dizer do sistema de recuperação de menores infratores?

Conforme entendimento da psicanalista e professora da Associação de Psicanálise de Curitiba Lúcia Cavalcanti:

Se o adolescente pode cometer uma infração, ele também deve responder por seus atos. Assim como ele tem os seus direitos, também deve ter suas responsabilidades, mas a questão que realmente deve ser discutida é: será que a prisão pode reeducar esse sujeito para a coletividade se ele já não respeita a lei?

Para a psicanalista, a prisão não é capaz de reeducar o jovem, que já deveria estar capacitado a reconhecer e aceitar as normas da sociedade. Ao cometer o crime, verifica-se que a criança ou o adolescente não tem esta capacidade de reconhecimento e aceitação de normas, e inseri-lo no sistema prisional não irá educá-lo, assim como não educa um adulto. Lúcia Cavalcanti acredita que a redução da maioridade penal não seria solução para o problema da criminalidade, uma vez que os jovens teriam que ser preparados para a realidade dessa nova lei para que fossem capazes de responder por ela.

Então, é possível verificar que uma das soluções para a diminuição do quadro de criminalidade entre jovens está na realização de processos educativos, que devem ocorrer de forma preventiva, auxiliando nesse reconhecimento e aceitação da superioridade das normas impostas na sociedade. Além disso, os dispositivos pedagógicos e sociais devem ser repensados para que o sujeito possa exercer plenamente seus direitos e convívio social.

Segundo Antonio Carlos Gomes da Costa, pedagogo e um dos redatores do Estatuto da Criança e do Adolescente, já falecido, a escola tem

dois papéis quando se trata do envolvimento de jovem em um ato infracional. O primeiro apresenta-se com o já referido caráter preventivo, com a promoção de uma cultura de paz e tolerância, por meio de uma sólida formação para os valores. O segundo é o recebimento e inclusão do adolescente que já se tornou infrator e retorna à vida de estudante.

O sistema escolar necessita de preparação para o acolhimento dessas crianças e adolescentes infratores, uma vez que a educação é um direito de todos, previsto na Constituição Federal de 1988, não podendo haver a exclusão do jovem que tenha um conflito com a lei.

Para Antonio Carlos Gomes da Costa, é uma grande falha da rede de ensino pública e privada a ausência de capacitação específica de professores, diretores, supervisores e orientadores para lidar com esses jovens em situação de risco. O jovem não pode ser separado do seu meio, devendo a escola ser capaz de acolher o aluno e sua realidade familiar, comunitária e cultural.

Independente das divergências existentes sobre o tema, é inegável que a redução da maioria penal, por si só, sem a priorização da educação, seja pública ou privada, não obterá efeitos totalmente favoráveis. É necessária uma reforma na educação e na própria sociedade, que, de uma maneira geral, é também responsável pelo acolhimento dos jovens infratores que retornam à vida escolar.

A escola e a comunidade devem favorecer ao jovem uma concepção cidadã do ser humano, para que este tenha a oportunidade de reorganizar a sua vida.

Por fim, como modo de encerrar o tema da importância da educação na vida do jovem, infrator ou não, e a ineficiência da redução isolada da maioria penal, colaciona-se o seguinte comentário dos professores Cristiano Paixão e José Geraldo de Sousa Júnior:

Assim, a modificação da maioria, caso implementada, terá um outro desdobramento: oficializará o abismo entre jovens que têm acesso a uma educação de qualidade e aqueles que não têm. Para os excluídos, as escolhas que se colocam numa

determinada altura da vida, entre repressão e liberdade, cultura da violência e cultura da paz, alienação e emancipação, serão ainda mais estreitas e irreversíveis. O horizonte de expectativas, que já é reduzido, ficará apenas latente. E o direito perderá irremediavelmente sua conotação civilizatória e humanizante para assumir, de forma definitiva, a feição de uma máquina de vigiar, julgar e punir.

8 CASOS DE CRIMINALIDADE ENTRE MENORES E PONTOS FAVORÁVEIS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Não obstante todos os fatores jurídicos e fáticos que objetam a redução da maioridade penal, a criminalidade entre os menores de 18 anos é real e cada vez mais preocupante.

Os casos em que indivíduos considerados menores para a lei penal têm sido utilizados como instrumento para a prática de crimes por organizações voltadas à este escopo ou que por conta própria lesam os direitos alheios, em ambas as situações tomando-se como vantagem os benefícios estendidos à eles em sua penalização, tem crescido consideravelmente e, de forma inevitável, afetado à sociedade em sua concepção acerca do instituto da inimputabilidade.

Dentre diversos crimes perpetrados por menores, destacam-se aqueles que notadamente demonstram a capacidade da ação cruel e consciente de um indivíduo a quem não poderá ser aplicada as penalidades permitidas por nosso sistema penal em circunstâncias semelhantes, sendo os atos realizados por um imputável.

Dois eventos se destacam no que se refere à crimes de natureza cruel com participação de menores de 18 anos.

O primeiro trata-se do crime perpetrado por Roberto Aparecido Alves Cardoso, o Champinha, levado para a FEBEM em novembro de 2003, depois de matar Liana Friedenbach, de 16 anos, com 16 facadas, e ter desfigurado seu corpo, após violentá-la durante quatro dias. Os demais

participantes ajudaram no estupro e executaram o namorado de Liana, Felipe Caffé, de 18 anos. Liana, no entanto, não foi sua primeira vítima, tendo em vista que já havia matado um caseiro conhecido como Bin Laden.

Já dentro da FEBEM, relatou-se que o garoto era perigoso, sem escrúpulos, sem noção de respeito ou sequer capacidade de viver em sociedade, tomando inclusive a liderança quando posto em unidade onde estavam os infratores mais perigosos. Os funcionários que trabalham no módulo em que Champinha estava internado, com 80 internos de alta periculosidade, afirmavam que conheciam muitos detalhes da violência sexual sofrida por Liana, pois Champinha repetia a história quase todos os dias.

Destaca-se também o evento do dia 7 de fevereiro de 2007, ocorrido nas ruas do subúrbio do Rio de Janeiro, que despertou a revolta da população nacional. O garoto João Hélio, de 6 anos de idade, ficou preso ao cinto de segurança após um roubo e foi brutalmente arrastado por sete quilômetros de asfalto. Dentre os três acusados encontrava-se um menor. Este caso efetivamente foi o mote para trazer à tona a discussão sobre a redução da maioridade penal, rechaçando duramente as medidas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no tratamento do menor infrator.

O menor, Ezequiel Toledo Lima, foi preso em 21 de março de 2012, com 21 anos de idade, desta vez por suspeita de roubo de um carro, sendo já procurado por formação de quadrilha, tráfico de drogas e outros roubos.

O aumento nas ocorrências destes ilícitos penais hediondos perpetrados por menores, por vezes a partir de doze anos de idade, fez com que a sociedade exigisse medidas mais eficazes e imediatistas no sentido de inibir este tipo de infração.

Pesquisa realizada até mesmo antes do caso de João Hélio, em novembro de 2005, em 396 municípios de todos os estados, revelou que, se um plebiscito fosse levado à feito à época, a opção pela redução de maioridade penal venceria com larga vantagem. A mudança na legislação foi defendida por 84% dos entrevistados, demonstrando ostensivo

descontentamento da população com as normas penais aplicadas aos menores infratores.

A redução da maioridade penal, no entanto, deve ser tratada fora do sensacionalismo midiático, sob pena de retrocesso na própria política criminal. A submissão aos apelos sociais poderia levar à sanções absurdas e completamente alheias aos reais problemas jurídicos e sociais.

Por outro lado, é fundamental a compreensão de que as bases do instituto da maioridade penal não podem nem devem se esgotar na esfera jurídica, mas abrange os postulados da psicologia, da sociologia, da política e da economia. E são nestes aspectos que se baseiam também as teorias favoráveis à redução da maioridade penal.

Em outra pesquisa, voltada para a análise circunstancial dos crimes cometidos por menores, feita em cento e trinta processos e tendo por base os registros do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, chegou-se a índices que indicam uma linha estrutural desta criminalidade específica, conforme indicado abaixo:

- a) crimes com maior incidência: roubos, com porte ilegal de armas (40,7%);
- b) crimes com maior teor de violência: agressões a tiros e homicídios (45,3%);
- c) réus primários de roubos: apenas 6,15% (os restantes eram reincidentes);
- d) faixa etária de início da delinquência juvenil: a partir dos quatorze anos;
- e) maior frequência de ilícitos penais: a partir dos dezessete anos (31,5%);
- f) sexo majoritário dos delinquentes juvenis: masculino (93,8%);
- g) cor predominante entre os delinquentes juvenis: mais de 50%;
- h) delinquentes juvenis que não vivem com as famílias: apenas 2,3%;

i) delinquentes juvenis que não possuem qualquer escolaridade: apenas 3,1%;

Tais dados permitem concluir que o perfil do menor infrator não é o usualmente utilizado para se argumentar contra a redução da menoridade penal. A maioria dos crimes não ocorre entre aqueles que não possuem amparo familiar ou qualquer oportunidade de educação, levando-se a uma possível conclusão de que outros fatores, mais determinantes, possam estar agregados à criminalidade.

Nota-se, ainda, que na quase totalidade dos casos os infratores restavam reincidentes quando se tratava do crime de roubo, marcado pela subtração patrimonial mediante violência ou grave ameaça, o que é passível de fundamentar a argumentação de que

a punição pouco severa imprime nova ânsia no menor infrator, instando-o a reincidir, pois que pouco ou quase nada lhe custou o cometimento do delito anterior. E aí se forma, então, o círculo vicioso fatal, praticamente irreversível, que estrutura um menor impúbere e delinqüente por acaso, a se transformar no marginal do amanhã, no assassino, esturador, latrocida, torturador. Mas não é só isso. Incita-o também – caso esse pequeno marginal consiga seguir por outras vias, que não a da criminalidade ostensiva – a se formar no cidadão do amanhã sem ética ou moral, travestido de profissional (em qualquer área) inescrupuloso, em político espertalhão, em criminoso de colarinho branco (LEMFERS; ANAZCO).

Os demais pontos desfavoráveis à atual concepção de maioridade penal concentram-se, majoritariamente, nas críticas ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tratando-o como uma legislação defasada, obsoleta e arcaica, que não acompanhou a dinâmica da realidade social e do próprio Direito.

Éder Jorge reforça, também em relação ao resultado da penalidade branda imputada aos menores, que

Não podemos assistir de braços cruzados a escalada de violência, onde menores de 18 anos praticam os mais hediondos crimes e já integram organizações delituosas, sendo inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por benevolente que é, não tem intimidado os menores. Como forma de ajustamento à realidade social e de criar meios para enfrentar a criminalidade com eficácia, impõe-se seja considerado imputável qualquer homem ou mulher a partir dos dezesseis anos de idade.

Luiz Flávio Gomes, de forma diversa, não defende a mera redução da maioridade penal, mas entende que as previsões do ECA devem ser flexíveis em casos específicos, apontando que

Uma coisa é a prática de um furto, um roubo desarmado etc., outra bem distinta é a morte intencional (dolosa), especialmente quando causada com requintes de perversidade. Para o ECA, entretanto, tudo conta com a mesma disciplina, isto é, em nenhuma hipótese a internação do infrator (que é medida sócio-educativa voltada para sua proteção e também da sociedade) pode ultrapassar três anos (ou sobrepor a idade de 21 anos)

Julgando arbitrária a imputação de 18 anos, Sandro César Sell refuta a fixação estática da maioridade penal sob a ponderação de que

Arbitrária também era a idade de 21 anos para a determinação da capacidade civil absoluta; notou-se que era inadequada aos novos tempos e se a mudou. Arbitrária também era a idade de 18 anos para poder votar em alguém no Brasil, alguns acharam que os

tempos eram outros e baixou-se para 16 anos. Isso significa que há o reconhecimento de que os jovens de hoje podem mais cedo fechar contratos civis, sem a assistência de seus pais, podem decidir sobre inúmeras coisas que antes lhes eram vedadas, podem também votar nos homens que fazem as leis penais, só não podem mesmo é responder por elas.

Por fim, em artigo acerca da matéria, após uma análise dos argumentos favoráveis e desfavoráveis comumente ressaltados na questão da redução da menoridade penal, **Ciro Calheira Menezes** igualmente conclui pela necessidade de uma elasticidade na aplicação da legislação concernente às infrações penais realizadas por menores de idade. Releva o autor, à luz da prática de menores por crimes hediondos:

Embora os crimes hediondos praticados por menores sejam de 2 %, observa-se que a tendência atual é o aumento destes, por sua vez, embora o Estado priorize a ressocialização, não deve olvidar do caráter proporcional da punição.

Em que pese a discrepância muitas vezes presente entre a teoria e a prática, e a necessidade de aperfeiçoamento dos meios de execução da pena, em particular, o encarceramento, que tem mostrado não ser meio apto a “ressocializar”, a dinâmica social solicita, em certos casos, uma reprimenda mais rígida. Contudo, cabe primariamente ao Poder Público patrocinar políticas que visem criar alternativas preventivas, por intermédio da educação, evitando o ingresso do menor no mundo do crime.

Destarte, refuta-se fundamentalmente uma noção imutável de maioridade penal, hoje concebida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Penal, que não atende a dinâmica social ou mesmo à particularidade de cada indivíduo, e principalmente no que concerne a prática de crimes tidos como hediondos, por sua própria natureza implicando uma diferente construção psicológica que permitiria a flexibilização da inimputabilidade, de forma à atender

concomitantemente os anseios sociais sem deixar de observar os reais preceitos jurídicos e de política criminal presentes no cerne da própria necessidade de uma idade mínima para as penas mais graves de prevenção de liberdade.

CONCLUSÃO

Percebe-se a complexidade do tema maioridade penal, de modo que não pode analisar isoladamente a figura do adolescente autor de crime.

Observa-se que a teoria da redução da maioridade penal, notadamente não resolve, por si só, a questão da criminalidade juvenil. Parece ser uma solução rápida e menos custosa ao Estado, promovendo o encarceramento de inúmeros jovens em detrimento da oferta de políticas públicas satisfatórias ao desenvolvimento humano digno.

Como foi exposto, 96,6% dos jovens que cometeram delitos não concluíram o Ensino Fundamental, conforme constatou pesquisa realizada em 2004 pelo governo federal.

Nesta mesma linha, redução da maioridade não se pode pensar como um fato isolado ou único, dependendo de muitos fatores sociais, econômicos, culturais, éticos, pois não se pode haver uma redução a mudança de consciência da sociedade e dos legitimados para tanto.

Assim, é possível verificar que um dos caminhos para a diminuição do quadro de criminalidade entre jovens está na realização de processos educativos, que deve ocorrer de forma preventiva, auxiliando o reconhecimento e aceitação da superioridade das normas impostas na sociedade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Álvaro Rodrigues Pereira Borges de. **Da imputabilidade penal do menor.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/58268965/8/IMPUTABILIDADE-PENAL-DO-MENOR-E-O-DIREITO-COMPARADO>>. Acesso em: 04 abril 2017.

AFONSO, Edinaldo de Araújo. **A redução da maioridade penal.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/813/790>>. Acesso em: 04 abril 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil - vol. 1.** 10ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos Vieira de. **Redução da maioridade penal.** Disponível em: <<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=262>>. Acesso em: 04 abril 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Redução da maioridade penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1338, 1 mar. 2007. Disponível em: . Acesso em: 04 abril 2017.

_____. Revista juris síntese nº 39 - Jan/Fev de 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HOLANDA, Cornélio José. **A Maioridade Penal À Luz Do Novo Código Civil Brasileiro.** Disponível em> . Acesso em: 04 abril 2017.

JORGE, Éder. **Redução da maioridade penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: . Acesso em: 04 abril 2017.

LEMFERS, Isolde Inês; Anazco, Juan YgnacioKoffler. Crimes Hediondos e o Menor Delinqüente: Há Remédios para esse Impasse? Blumenau. Disponível em: < <http://br.monografias.com/trabalhos3/crimes-hediondos-menor-delinquente/crimes-hediondos-menor-delinquente2.shtml>>. Acesso em: 04 abril 2017

MENEZES, Carlos Alberto. **Os limites da idade penal.** Disponível em:<http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000082005000200051&script=sci_arttext>. Acesso em: 04 abril 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Tabela comparativa em diferentes Países:** Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/>. Acesso em: 04 abril 2017.

MOLIN, Angela; KIST, Dario José. **A Inconstitucionalidade da Redução da Maioridade Penal.** Disponível em: . Acesso em: 04 abril 2017.

NOBREGA, Izanete de Mello. **Labeling Approach - A Teoria do Etiquetamento Social.** Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/sobre-investidura/3368>>. Acesso em: 04 abril 2017.

PAIXÃO, Cristiano; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Criminalização ou educação: a questão da maioria penal.** Disponível em: . Acesso em: 04 abril 2017.

PINTO, Marcos José. **Redução da maioria penal:** uma afronta à Convenção sobre os Direitos das Crianças. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21112/reducao-da-maioridade-penal-uma-afronta-a-convencao-sobre-os-direitos-das-criancas/2#ixzz1uu6W8jgU>>. Acesso em: 04 abril 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SANTOS, Luis Alberto Silva dos. **Maioridade Penal X Desenvolvimento Social.** Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/Maioridade-Penal-X-Desenvolvimento-Social1.pdf>>. Acesso em: 04 abril 2017.

SELL, Sandro César. **Maioridade penal:** um debate legítimo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1331, 22 fev. 2007. Disponível em: . Acesso em: 04 abril 2017

SOARES, Ribamar. A maioria penal no Brasil e em outros países. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1487/maioridade_penal_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 abril 2017 .

SOUZA, Arivaldo Santos de. **Redução da maioria civil, Direito Penal e Processual Penal.** Revista Jus Vigilantibus, 4 de junho de 2004.

NOTA:

[1] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

LEI N. 12.619/2012: REFLEXÕES SOBRE A SUA EFETIVIDADE

RHIANE ZEFERINO GOULART: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito do Trabalho e Preparação Para a Magistratura do Trabalho pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região e pela Universidade do Vale do Itajaí. Analista Judiciária, Área Judiciária, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar o que mudou desde a publicação e a entrada em vigor da Lei n. 12.619/2012, que seguiu os pilares de regulamentação do exercício da profissão de motorista estabelecidos pelo Regulamento n. 561/2006 da Comunidade Europeia e contempla possíveis inconstitucionalidades quanto à remuneração do tempo de espera, ao fracionamento dos intervalos e à jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso. Diversos estudos científicos apontam, ainda, os impactos das novas regras no setor de transporte de cargas, principalmente em termos de custos operacionais, assim como a existência de pontos de parada suficientes ao longo das estradas brasileiras. Retratam também a sua percepção em outras áreas do conhecimento e a necessidade de fiscalização das condições de trabalho nos locais de carga e descarga e nos embarcadores. Encontram-se em discussão, ademais, diversas propostas de modificação desse texto legal, o que evidencia a omissão na apreciação da realidade do transporte rodoviário de cargas no País no seu processo de elaboração. A par dessas considerações, necessária é a continuidade de reflexões acerca da Lei n. 12.619/2012, a fim de que seja alterada apenas depois de acurado exame das circunstâncias capazes de viabilizar a sua observância.

Palavras-chave: Caminhoneiro. Jornada de Trabalho. Lei 12.619/2012.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito comparado: a Lei n. 12.619/2012 e o Regulamento n. 561/2006 da Comunidade Europeia. 3. Possíveis inconstitucionalidades e os primeiros reflexos na jurisprudência trabalhista. 4. Estudos científicos sobre a Lei n. 12.619/2012 e a sua percepção em

outras áreas do conhecimento. 5. Discussões acerca de modificações no texto legal. 6. Considerações finais. 7. Notas. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo, com foco nas condições de trabalho do caminhoneiro empregado, tem por objeto a Lei n. 12.619, de 30 de abril de 2012, que dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, alterando, para tanto, em especial, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943) e o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997), com vistas a regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional.

A realidade é que até hoje – mais de um ano depois – o novo diploma legal suscita inúmeras dúvidas nos diversos segmentos sociais por ele atingidos, mormente nas empresas transportadoras de cargas, nos embarcadores, nos motoristas profissionais, empregados e autônomos, no setor produtivo e nos deputados federais. Essa situação culminou com a criação e a constituição, por Atos da Presidência da Câmara dos Deputados datados de 21 de fevereiro e de 13 de março de 2013, de Comissão Especial destinada a debater e a propor modificações no texto legal.

Vários são os aspectos negativos da Lei n. 12.619/2012 assinalados pela mídia, como queda na produtividade, risco de acumulação de passivos trabalhistas, em caso de adaptação tardia das empresas, necessidade de incremento da frota de caminhões e de contratação de mais motoristas para dar conta de uma mesma demanda, dificuldade de manutenção dos prazos de entrega, maior perigo de assalto nas incontáveis paradas para descanso, aumento do valor do frete, a resultar em prejuízos para o consumidor, ausência de condições mínimas de estadia nos embarcadores e locais de entrega das cargas, entre outros. Por outro lado, vislumbra-se a possibilidade de, finalmente, sob os rigores da lei, imporem-se limites ao tempo de direção dos caminhoneiros, com chance de reduzir o alarmante número de acidentes verificado nas nossas rodovias e melhorar a qualidade de vida desses trabalhadores.

Partindo de tais premissas, este estudo tem como objetivo analisar o que mudou desde a publicação e a entrada em vigor da Lei n. 12.619/2012. Com relação à metodologia, registra-se que os dados foram levantados por meio de ampla pesquisa bibliográfica, em bases de dados da internet, e analisados à luz do novo diploma legal, de forma a responder o objetivo proposto.

2 DIREITO COMPARADO: A LEI N. 12.619/2012 E O REGULAMENTO N. 561/2006 DA COMUNIDADE EUROPEIA

O Regulamento n. 561, de 15 de março de 2006, da Comunidade Europeia, relativo à harmonização de determinadas disposições em matéria social no domínio dos transportes rodoviários, esclarece, no artigo 1º, que se destina a estabelecer regras sobre tempo de condução, pausas e períodos de repouso para os motoristas envolvidos no transporte rodoviário, [...] *visando harmonizar as condições de concorrência entre modos de transporte terrestre, especialmente no sector rodoviário, e melhorar as condições de trabalho e a segurança rodoviária* [...] (UE, 2006).

Com esses objetivos, determina que o tempo diário de condução não deve exceder de nove horas, admitindo, duas vezes por semana, o seu elástico até, no máximo, dez horas (artigo 6º). O mesmo artigo fixa o limite do tempo semanal de direção em 56 horas, desde que respeitado o total acumulado a cada duas semanas de 90 horas. O artigo 8º, em contrapartida, preconiza que em cada período de duas semanas devem os motoristas gozar de dois repousos semanais regulares de, pelo menos, 45 horas cada um, ou de um regular e um reduzido de, no mínimo, 24 horas, a ser compensado por meio de período de repouso equivalente (UE, 2006).

Observa-se, pois, que o Regulamento em pauta admite a flexibilização das condições laborais dos motoristas profissionais, sem perder de vista o merecido e necessário descanso, inclusive com duração até superior à prevista na Lei n. 12.619/2012 – 35 horas, no artigo 235-C, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ou 36 horas por semana ou fração semanal trabalhada, nas viagens com duração superior a uma semana, no artigo 235-E, § 1º, da CLT (BRASIL, 2012).

Destaca-se, aliás, que a Lei n. 12.619/2012, de roupagem aparentemente severa, prevê, no artigo 235-C, *caput*, da CLT, que a jornada diária do motorista profissional será a estabelecida na Constituição da República *ou* em acordo ou convenção coletiva de trabalho (BRASIL, 2012). Esse dispositivo legal [...] *certamente abrirá brechas para a legitimação dos abusos já verificados em nome da rápida chegada das mercadorias ao destino e do retorno mais breve para casa, inclusive com a também costumeira remuneração habitual das horas extras [...]*(GOULART, 2013). O Regulamento CE n. 561/2006, por sua vez, apesar de fixar tempo diário de condução maior que o nosso limite constitucional¹, esquivou-se de tamanho subjetivismo.

O projeto *Transport Regulators Align Control Enforcement* (TRACE), incidente sobre as regras da União Europeia em matéria de transporte rodoviário e destinado ao treinamento dos fiscais de controle do cumprimento do Regulamento CE n. 561/2006, exemplifica as suas diretrizes com modelos de jornada e gozo dos intervalos. Inegável é que, em termos de capacitação dos responsáveis pela fiscalização do tempo de direção dos motoristas, com vistas a conferir efetividade a conjunto de regras tão minucioso, os europeus apresentam-se bastante conscientes. Enquanto isso, no Brasil, mesmo um ano depois de publicada a nova lei, seguimos meramente a discutir possíveis meios de conferir eficácia aos seus ditames.

Voltando ao Regulamento CE n. 561/2006, do artigo 7º extrai-se que, após um período de quatro horas e meia de condução, o motorista gozará de uma pausa de, pelo menos, 45 minutos, que pode ser substituída por uma de 15 minutos, seguida de outra de 30 minutos. O artigo 8º ainda contempla a obrigatoriedade de um repouso diário regular de, no mínimo, 11 horas, passível de fracionamento em dois períodos, de nove e três horas. A substituição de um período de repouso diário regular por um reduzido pode ocorrer, no máximo, três vezes entre dois períodos de repouso semanal (UE, 2006). Essa flexibilização regrada oferecida pelo Regulamento CE n. 561/2006, na tentativa de lidar com as peculiaridades da jornada de trabalho do motorista profissional, encontra-se claramente delineada no seguinte excerto:

- a) Os exemplos acima apresentados mostram que o condutor não é obrigado a fazer corresponder o seu

padrão de trabalho à «semana fixa» (ou seja, a gozar o seu período de repouso semanal no fim de semana), ou que a semana de trabalho pode ter uma duração variável, até 6 X 24 horas no máximo (ver também a derrogação dos «12 dias» concedida a condutores de autocarros, no artigo 8.º, n.º 6, alínea a). b) Um condutor inicia uma nova semana (não confundir com a semana fixa) quando completa um período de repouso semanal elegível, cuja duração deverá ser suficiente para assegurar o cumprimento dos limites relativos ao tempo de condução semanal (semana fixa) e quinzenal. Isto pode significar que, se um condutor tiver atingido o limite de tempo de condução semanal/quinzenal, não pode conduzir até ao início da semana fixa seguinte, apesar de ter gozado um período de repouso semanal elegível. c) Também é visível que a semana de um condutor pode conter, em teoria, um período de condução legal de 58 horas, sem deixar de cumprir a regulamentação relativa aos limites da «semana fixa». d) Note-se igualmente que o limite de 90 horas de condução em duas semanas se refere aos limites da «semana fixa» e, no exemplo acima apresentado, foi cumprido (TRACE, 2013, p. 36).

Interessante é ressaltar que o artigo 10 do referido Regulamento (UE, 2006) aborda, assim como o artigo 235-G da Norma Consolidada, acrescentado pela Lei n. 12.619/2012 (BRASIL, 2012), a proibição de remuneração dos condutores em função das distâncias por eles percorridas e/ou do volume das mercadorias transportadas, se essa remuneração for de natureza tal que comprometa a segurança rodoviária e/ou favoreça a violação das suas regras. Mas como poderá ser aferido esse *comprometimento*? Quais serão os limites entre o comprometimento e o não comprometimento? O Regulamento CE n. 561/2006, nesse aspecto, parece ter pecado pelo subjetivismo, justamente em regra que veio a ser por nós copiada.

Em termos de responsabilidade, o Regulamento CE n. 561/2006, no artigo 10º, estabelece que compete às empresas transportadoras a organização do trabalho dos condutores, de forma a viabilizar o cumprimento das suas disposições e das normas do Regulamento CE n. 3821, de 20 de dezembro de 1985. Compete a elas, outrossim, dar-lhes as instruções e efetuar controles regulares, assegurando a observância das regras. São as empresas quem respondem, inclusive, por qualquer infração cometida pelos seus empregados (UE, 2006), ao passo que, aqui, de acordo com o artigo 67-C do CTB, acrescido pela Lei n. 12.619/2012, é o motorista o responsável pelo controle do tempo de direção e quem responde pelo descumprimento dos períodos de descanso, quedando-se sujeito a penalidades (BRASIL, 2012). Assim, evidente é que nenhum motivo há para que o empregador deixe de exigir prazo curto para a entrega da carga, considerando a transferência para o empregado dos riscos da sua atividade econômica. Evidente é, ainda, a possibilidade de que, para tanto, esses trabalhadores passem a trafegar em velocidade acima da permitida.

Alemão (2012) bem pontua que *[...] se o empregado colocar nas papeletas a ausência de intervalos ou as horas extras que prestou pode ser multado pela lei de trânsito. A honestidade do profissional que estaria a seu favor pode se voltar contra ele [...]*. O autor questiona, igualmente, a imputação ao trabalhador de tal obrigação sem se atentar para o fato de que se encontra subordinado ao empregador.

Destaca-se que a Comissão Europeia (2011), ao avaliar os impactos do Regulamento CE n. 561/2006, identificou a inobservância dos seus ditames por significativa parte dos veículos, incluindo as obrigações relativas aos períodos mínimos de repouso. Concluiu, então, que tal inobservância, a resultar na fadiga dos condutores, implicou aumento do custo social dos acidentes de trânsito, além de ter conferido *[...] uma vantagem competitiva ilícita aos infractores, com efeitos negativos no funcionamento do mercado interno e repercussões graves para a saúde dos condutores* (p. 2). Nesse sentido, de acordo com a Resolução do Parlamento Europeu de 27 de setembro de 2011 sobre a política europeia de segurança rodoviária de 2011 a 2020, em 2009 mais de 35.000 pessoas morreram e 1.500.000 sofreram ferimentos em acidentes nas estradas da União Europeia; a cada acidente de trânsito mortal

correspondem quatro que provocam incapacidade permanente, dez acidentes com ferimentos graves e mais 40 a ocasionar pequenos ferimentos (UE, 2011).

Diante do exposto, tem-se que a flexibilização regrada do Regulamento CE n. 561/2006, norma de primeiro mundo, não está satisfazendo as expectativas nela depositadas, por não lograr efetividade quanto às finalidades para as quais fora criada, como o aumento da segurança nas rodovias europeias. Será que a Lei n. 12.619/2012, então, que não só seguiu os seus pilares de regulamentação do exercício da profissão de motorista, mas, pior, potencializou-os ao possibilitar a adoção de jornadas especiais por meio de negociação coletiva, conseguirá reduzir o alarmante número de acidentes de trânsito verificado nas nossas estradas e melhorar a qualidade de vida desses trabalhadores? Ou veio para legalizar os abusos há muito praticados?

3 POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES E OS PRIMEIROS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

A Lei n. 12.619/2012, segundo alguns autores, apresenta-se inconstitucional em certas abordagens, como na forma de remuneração do tempo de espera, na jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso e no fracionamento intervalar.

Acerca do tempo de espera, questiona-se a atribuição ao trabalhador da responsabilidade pelos prejuízos oriundos de demora por ele não ocasionada. Mesmo que não seja o empregador, também, o responsável pela escassa estrutura nos locais em que deve permanecer aguardando para carga ou descarga do veículo, no embarcador ou destinatário, ou para a fiscalização da mercadoria em barreiras fiscais ou alfandegárias (artigo 235-C, § 8º, da CLT), ele é quem deve arcar com os riscos da sua atividade econômica, nos termos do artigo 2º, *caput*, da CLT. Segundo o artigo 235-E, § 4º, da CLT, se for exigida a permanência do motorista junto ao veículo, quando parado fora da sede da empresa por tempo superior à jornada normal, as horas excedentes igualmente serão reputadas como de espera (BRASIL, 2012). Em ambas as hipóteses, porém, está-se falando do cumprimento de obrigações profissionais pelo empregado que não será considerado como labor efetivo (GOULART, 2013).

Sobre a remuneração desse tempo, Moraes (2012) faz uma interpretação visionária a respeito da natureza indenizatória que lhe foi imposta:

[...] sem embargos à sua constitucionalidade ou não, o caráter indenizatório do 'tempo de espera' ditado pelo dispositivo é relativo, uma vez que sua habitualidade e intensidade poderão caracterizá-lo como verba salarial, conforme entendimento jurisprudencial pacificado nas Súmulas 101 e 132 do C. TST. Desse modo, aplicando-se analogicamente o entendimento da Súmula 101 do C. TST é possível estabelecer o critério de que, se a remuneração do tempo de espera superar 50% do salário do motorista, o montante pago a este título deverá integrar a remuneração do trabalhador para todos os fins (p. 11).

Alemão (2012), compartilhando do mesmo entendimento, pontua que [...] *Não resta dúvida que se trata, de fato, de hora extra, muito embora a Lei tenha criado subterfúgios para não a considerar como tal, procurando fugir à inconstitucionalidade, por pagar um percentual inferior aos 50% da Carta Maior [...]*. O autor menciona, ainda, como prováveis problemas que surgirão a partir disso, discussões tributárias, previdenciárias, assim como acerca dos reflexos nas demais parcelas salariais.

Com relação à possibilidade de fixação da jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, contemplada no artigo 235-F acrescido à CLT (BRASIL, 2012), em razão da especificidade do transporte, de sazonalidade ou característica que a justifique, Goulart (2013) indaga qual seria a vantagem de se instituírem intervalos de 30 minutos para cada quatro horas de direção ininterrupta e, simultaneamente, estabelecer a referida modalidade de jornada, altamente desgastante? Destaca, ainda, que se apresentaria viável apenas nas hipóteses de revezamento de motoristas.

Machado e Goldschmidt (2012), nesse aspecto, ao trazerem à tona julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) admitindo a jornada de 12 por 36 horas, ressaltam tratar-se de decisão específica perante o caso concreto, que não se confunde com a previsão abstrata em lei – embora,

posteriormente, ressaltem o teor da Súmula n. 444 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que permite esse tipo de escala.

Verifica-se, pois, não ser o novel diploma legal equilibrado, comedido nas suas diretrizes, mas, sim, partidário do lema *oito ou oitenta*. O próprio Regulamento CE n. 561/2006, mais maleável na disciplina das condições laborais do motorista profissional, proíbe a sua permanência por mais de nove horas diárias na direção do veículo, exceto duas vezes por semana, tão somente, oportunidades em que poderá elastecer o referido período por até dez horas, no máximo (UE, 2006).

Por fim, no tocante à possibilidade de fracionamento dos intervalos, prevista no § 5º acrescentado ao artigo 71 da Norma Consolidada (BRASIL, 2012), com a devida vênia, não subsiste motivo para se concluir pelo seu desacerto.

O problema não reside nessa possibilidade, mas, sim, no fato de que a Lei n. 12.619/2012, ao legitimar o estabelecimento da jornada diária do motorista profissional mediante instrumentos de acordo ou convenção coletiva de trabalho, no artigo 235-C, *caput*, acrescido à CLT (BRASIL, 2012), abriu brecha para que, a partir do escoreito controle do seu tempo de direção e da fruição dos intervalos de 30 minutos a cada quatro horas ininterruptas ao volante, na prática, ele continue dirigindo por horas a fio, em virtude do que se deve apelar à razoabilidade (GOULART, 2013).

Cumprir lembrar, novamente, o Regulamento CE n. 561/2006, que, apesar de fixar limite diário mais amplo para o tempo de condução e admitir o fracionamento do intervalo de 45 minutos a cada quatro horas e meia de direção (UE, 2006), esquivou-se de lançar mão de tamanha subjetividade na sua redação.

Para Moraes (2012), entretanto, tanto o artigo 235-C, como o 235-H, acrescidos à Norma Consolidada, comportam inconsistência jurídica, uma vez que inviável é a sua interpretação no sentido de conferir às normas coletivas o poder de alterar os limites constitucionais da jornada laboral, [...] *frente à hierarquia normativa que restringe a atuação do legislador ordinário, impedindo-o de mitigar o alcance de normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais [...]* (p. 8).

Não obstante, mantido o texto legal, tem-se que caberá ao Poder Judiciário, na análise dos casos concretos, declarar a nulidade de cláusulas de instrumentos coletivos que contemplem limites diários de jornada desarrazoados, especialmente porque inexistente previsão de penalidade patronal. Ademais, também por conta disso há expressivas chances de que persistam as exigências de prazo, pois a única consequência para o empregador será o pagamento das horas extras.

Em termos de jurisprudência, considerando o recente advento da Lei n. 12.619/2012, extraem-se das decisões da Alta Corte Trabalhista, atualmente, apenas singelas referências a ela no julgamento de dissídios coletivos, com vistas à apuração da legalidade de cláusulas de normas coletivas, como se verifica abaixo:

[...] Pela nova Lei, foi estabelecida a obrigatoriedade de concessão de intervalo mínimo de 30 minutos de descanso para cada quatro horas de tempo ininterrupto de direção, além de uma hora para alimentação do trabalhador motorista. Os intervalos intrajornadas previstos nesses dispositivos legais refletem norma que pretende reduzir os riscos inerentes ao trabalho, além de constituir medida de saúde e higiene do trabalhador e, por essas razões, não podem ser suprimidos pela vontade das partes. Isso porque a negociação coletiva não tem poderes para eliminar ou restringir direito trabalhista peculiar e expressamente fixado por regra legal, salvo havendo específica autorização da ordem jurídica estatal. Em se tratando de regra fixadora de vantagem relacionada à redução dos riscos e malefícios no ambiente do trabalho, de modo direto e indireto, é enfática a proibição da Constituição ao surgimento da regra negociada menos favorável (art. 7º, XXII, CF). [...] Desse modo, não há como prevalecer cláusula que, além de suprimir os intervalos intrajornadas legalmente previstos, exclui a obrigação do pagamento como extra do direito não usufruído. Recurso ordinário provido (BRASIL, 2013).

Ressalta-se, finalmente, que o Tribunal Superior do Trabalho, na contramão do posicionamento defendido pela maioria dos autores, manifestou-se no sentido de reconhecer a submissão à negociação coletiva direta, pela Lei n. 12.619/2012, da instituição de jornadas de trabalho especiais e do fracionamento do intervalo intrajornada do motorista profissional (BRASIL, 2012a), concluindo que as matérias se encontram sujeitas ao livre ajuste entre as partes. Em outras palavras, ratificou o que o legislador ousou colocar no papel. Com relação aos limites da jornada de trabalho, portanto, seria este um indício do fim da supremacia constitucional?

4 ESTUDOS CIENTÍFICOS SOBRE A LEI N. 12.619/2012 E A SUA PERCEPÇÃO EM OUTRAS ÁREAS DO CONHECIMENTO

A Associação Nacional de Transporte de Carga e Logística (NTC), por meio do seu Departamento de Custos Operacionais, Estudos Técnicos e Econômicos, estudou os impactos da Lei n. 12.619/2012 sobre os custos das empresas de transporte rodoviário, considerando as suas consequências, como queda na produtividade, redução do número de viagens/mês, aumento na quantidade de veículos em circulação, com vistas à recomposição das margens operacionais. A ampliação do prazo de entrega foi apurada em 56%, levando em conta o maior tempo a ser despendido para a conclusão de um mesmo trajeto. O estudo retrata, outrossim, queda na produtividade de 37,5% e redução de 2,25 viagens/mês (NTC, 2012).

A NTC (2012) explica que os custos fixos permanecem os mesmos, motivo por que a redução na produtividade do veículo ensejará a elevação dos custos por unidade transportada, de forma a diminuir os impactos proporcionalmente ao aumento do percurso. Acerca da necessidade de repasse imediato dos percentuais, esclarece que [...] *As empresas de transporte que não se adequarem às novas regras e não repassarem esses impactos que estão tendo sobre os seus custos estarão criando passivos trabalhistas com potenciais impactos sobre os seus negócios [...].* Destaca, ainda, outros custos que surgirão, como os decorrentes da ampliação da frota de caminhões e da contratação de novos motoristas para satisfazer a mesma demanda.

Interessante é observar as sugestões apontadas pela NTC (2012) para minorar os reflexos nos custos dos processos logísticos, como a redução nos tempos de carga e descarga, a fim de incrementar o aproveitamento do veículo e melhor diluir o custo fixo por tonelada; a flexibilização das restrições à circulação de caminhões nos centros urbanos em geral, a fim de aumentar o número de viagens/mês, adiantar a entrega da carga no destino, diminuir o número de veículos para o mesmo volume de carga/mês; a maior agilidade na liberação dos caminhões nos postos fiscais das Fazendas Estadual e Federal, na fronteira entre os Estados. Para amenizar esse efeito, indica a formação de parcerias entre transportadores, embarcadores e Governos.

De outro norte, pesquisa realizada pelo SOS Estradas, Programa de Segurança nas Estradas do Portal Estradas.com.br, defende a existência de paradas suficientes no País para o cumprimento da Lei n. 12.619/2012. O Programa SOS Estradas apurou a existência total de, pelo menos, 74.925 vagas (RIZZOTTO, 2012).

A mesma pesquisa constatou, a respeito dos custos, que:

Pelos valores mencionados nas entrevistas com os responsáveis pelos postos, a estimativa é que, para cobrir custo e gerar alguma receita, os estacionamentos dos postos de rodovia devem receber entre R\$ 15,00 e R\$ 30,00 por 11h. Muito mais barato que qualquer estacionamento urbano, em praticamente todas as cidades importantes do País. Apesar de estarmos falando de veículos com 15m ou mais. [...] A cobrança média de R\$ 20,00 no estacionamento nos postos de rodovia, por 11h de permanência, não afetaria em absoluto o valor do frete. Para viagens acima de 600 km, que podem exigir pernoite dos caminhoneiros, isso significa em torno de 1% do valor mínimo cobrado pelo frete para essa distância. Esse valor deveria ser incluído, assim como deveria estar sendo pago o vale-pedágio, mas frequentemente não acontece por falta de fiscalização. O que cabe ao Governo fiscalizar. O valor de R\$ 20,00 é matematicamente inexpressivo se comparamos com

o valor da carga transportada, sem contar o veículo. Portanto, é absolutamente viável o pagamento desse valor como diária/estacionamento em qualquer frete rodoviário (RIZZOTTO, 2012, p. 59-60).

Segundo a avaliação do Programa SOS Estradas, a aplicação rigorosa do novo diploma legal pode ser capaz de reduzir em até 50% o atual número de acidentes de trânsito envolvendo veículos de carga observado (RIZZOTTO, 2012).

Dentro do contexto ora revelado, não é demais ressaltar a reclamação dos motoristas profissionais a respeito das péssimas condições de estadia nos locais de carga e descarga, assim como nos embarcadores, motivo por que o estudo aponta ser indispensável maior fiscalização, a fim de contribuir para o aumento do uso da frota e a redução dos acidentes e dos custos da economia. Das ilações da pesquisa, extrai-se, por fundamental, que o custo Brasil, em vez de aumentar, irá diminuir, tendo em vista que [...] *Com menos acidentes o tráfego flui, a carga chega antes, a empresa trabalha mais, o caminhoneiro tem mais serviço, os postos empregam mais, os hospitais ficam com leitos disponíveis, tudo funciona melhor* [...] (RIZZOTTO, 2012, p. 73-74).

Nesse aspecto, Alemão (2012), ao referir-se ao artigo 9^o do novel diploma legal e ao veto de quase toda a sua parte final, bem ponderou a perda da oportunidade, pelo legislador, de responsabilizar e punir pelas condições degradantes sofridas pelos motoristas profissionais. Registrou, outrossim, a remissão por ele feita a Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego que, na verdade, de forma específica para a hipótese em análise, ainda nem sequer existem.

Acerca da percepção da nova lei em outras áreas do conhecimento, Moura (2012), sob o olhar da Engenharia Civil, acredita que o modelo cooperativo reduziria o custo de capital imobilizado, por viabilizar o melhor aproveitamento do veículo, sem exigir excessivo trabalho do motorista profissional, como se vê abaixo:

[...] um caminhoneiro, para trabalhar de forma segura e de acordo com a Lei nº 12.619/2012, deveria trabalhar no modelo de parcerias, ou seja, para cada veículo deveriam estar designados dois motoristas. A

melhor forma de organização identificada dessa proposta e para garantir que o motorista tenha um descanso remunerado de forma que não reduza seus rendimentos seria a formação de cooperativas de transportadores autônomos de cargas (p. 5).

Seria o fim do vínculo empregatício? Apenas sob o aspecto dos autônomos apresenta-se, aparentemente, como uma boa alternativa, pois, conforme a autora sustenta, *[...] remete à forma como as empresas desse ramo trabalham, ou seja: possivelmente geraria lucro, o que nas cooperativas é chamado de sobras, aumentando assim a receita total da cooperativa, bem como a dos cooperados [...]*(p. 20). Moura (2012) destaca, igualmente, as vantagens desse modelo operacional para os cooperados, por reduzir custos e incrementar a sua qualidade de vida e a da sua família, citando, como exemplos, os convênios firmados pelas cooperativas.

Do ponto de vista logístico, Araujo (2013) entende que a nova lei não andou bem ao contemplar parâmetros mais severos que os dos países desenvolvidos e com baixos índices de acidentes. Para ele, todavia, em tese, a sua aplicação pode servir de estímulo a outros modais, como o ferroviário e a cabotagem, por exigir maior tempo de viagem, o que *[...] é, sim, um fator de ajuste para o modal rodoviário brasileiro, o qual operava de maneira 'exploratória' a figura do motorista autônomo [...]* (p. 8).

Ninguém prometeu que seria fácil reduzir o número de acidentes de trânsito envolvendo motoristas profissionais, até porque, como regra geral, a todo benefício – aumento da segurança nas estradas – corresponde um sacrifício – eventual majoração do valor do frete e, por corolário, dos preços a serem pagos pelo consumidor na compra dos produtos finais. Quem sabe seria essa situação, aliás, a alavanca que faltava para que a sociedade pressione e, então, sejam tomadas providências relativas a investimentos em outros meios de transporte de cargas no Brasil.

A questão requer, portanto, o contrabalançar dos ônus e dos bônus: gastar mais com tratamento e pensões por morte decorrentes de acidentes de trânsito ou com o remanejar do aumento dos custos da operação logística, a ser diluído nos produtos? Não há dúvida de que será

mais salutar para todos arcar com esse remanejamento que com as consequências fatais oriundas da quantidade assombrosa de sinistros hodiernamente verificada, a exemplo dos trabalhadores e terceiros vítimas de invalidez, dos hospitais superlotados, entre outras, conforme é amplamente sabido.

5 DISCUSSÕES ACERCA DE MODIFICAÇÕES NO TEXTO LEGAL

Em termos gerais, pode-se dizer que inexistente consenso entre os próprios integrantes das categorias envolvidas no assunto, profissional e econômica, acerca dos ditames da Lei n. 12.619/2012. Em que pese a manifestação contrária a ela do Movimento União Brasil Caminhoneiro (MUBC), segundo Bortolin (2013), vem agindo isoladamente de tal forma, enquanto diversas outras entidades representantes desse motorista profissional - seja empregado, seja autônomo -, como a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres (CNTTT), a União Nacional dos Caminhoneiros do Brasil (Unicam) e a Confederação Nacional dos Transportadores Autônomos (CNTA), apoiam a sua aplicação. Nesse mesmo sentido, o recente diploma legal conta com o incentivo, do ponto de vista patronal, da NTC, associação nacional que representa as sociedades empresárias transportadoras de cargas.

Do mesmo lado da moeda ocupado pela MUBC, deputados federais ligados ao agronegócio anseiam por uma mudança rápida da Lei em pauta, sugerindo, nessa linha, que se dê por meio de Medida Provisória editada pelo Governo Federal. Sustentam que as novas regras prejudicam a agricultura e, por consequência direta, o consumidor final, que pagará mais caro pelos alimentos, em razão do aumento do frete (BORTOLIN, 2013). O último argumento é unanimidade entre os opositores.

De acordo com Bortolin (2013a), sob pressão da Confederação Nacional da Agricultura (CNA) e da Confederação Nacional da Indústria (CNI), após debates no XIII Seminário Brasileiro do Transporte Rodoviário de Cargas, promovido pela NTC na Câmara dos Deputados, a Casa Civil pretende ampliar para até seis horas o tempo de direção ininterrupta e elastecer para até quatro horas extraordinárias por dia a prorrogação da jornada. Em contrapartida, a NTC e a CNT querem a preservação dos

limites da jornada e do tempo de direção dos motoristas fixados na redação original.

Ora, com a ampliação do tempo de direção ininterrupta para até seis horas, como se quedará o limite diário da jornada? Estar-se-ia, com isso, afastando a adoção do limite constitucional de oito horas e fomentando a negociação coletiva sem nenhum critério de razoabilidade, como já permite a atual redação do artigo 235-C, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pelo novo diploma legal?

O Projeto de Lei n. 4246/2012, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, infelizmente busca admitir a prorrogação da jornada por até quatro horas extras, reduzir o intervalo interjornadas de 11 para oito horas, a cada 24 horas, e o repouso semanal para 32 horas, bem como revogar a possibilidade de instituição, via negociação coletiva, da jornada de 12 por 36 horas. Propõe, ainda, a modificação do período de uma para duas horas, instituído para que o condutor do veículo chegue a lugar seguro, em situações excepcionais de inobservância justificada do tempo de direção e desde que isso não comprometa a segurança rodoviária (BRASIL, 2012b).

Como justificção do referido Projeto de Lei, o respectivo autor, deputado federal Jerônimo Goergen, menos de quatro meses, apenas, depois da publicação da Lei n. 12.619/2012, apontou os motivos a seguir relacionados:

A Lei 12.619, de 30 de abril de 2012, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, trouxe transtorno a toda a cadeia de serviço de motorista profissional e impactou o custo de produção, cujos os reflexos ainda estão sendo devidamente dimensionados. Todavia, o que se tem de concreto até agora é a total inviabilidade, tanto do trabalhador que exerce a profissão de motorista quanto das empresas que prestam serviço de transporte de carga, de trabalharem em conformidade com a atual legislação (BRASIL, 2012b).

Consoante argumenta o Procurador do Trabalho Paulo Douglas Almeida de Moraes, essa situação resultará na legalização do tão

rechaçado excesso de jornada do caminhoneiro - causa primeira e maior de toda a discussão a respeito das suas condições laborais (BORTOLIN, 2013a). Trata-se de mais um indício do lema do *oito ou oitenta*, a que aderiu o legislador na elaboração da Lei n. 12.619/2012.

Verifica-se, nessa linha, a ausência de debates sobre uma possível – e imprescindível – alteração no texto do artigo 235-G da CLT, acrescentado pela Lei n. 12.619/2012, de acordo com a minuta de propostas de modificações elaborada pela Casa Civil da Presidência da República e divulgada pelo Movimento União Brasil Caminhoneiro (BOTELHO, 2013). O dispositivo proíbe a remuneração em função da distância percorrida, do tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante comissão ou outro tipo de vantagem, se houver *comprometimento* da segurança rodoviária ou da coletividade (BRASIL, 2012).

A respeito da remuneração desse motorista profissional, aliás, bastante oportunos são os comentários de Alemão (2012), abaixo colacionados:

Exigir dele o cumprimento não só do contrato, mas da lei geral que protege o cidadão é correto, mas com uma remuneração mensal adequada. Não aquela de incentivo, como bem tratado por esta lei, mas a remuneração contratual, com vantagens correspondentes à cobrança que é feita a ele pela sociedade, com direito de organização profissional adequada. Não se pode exigir do empregado um 'plus social' sem a devida contraprestação. Essa é uma discussão que a sociedade e em especial o legislador tem que avançar quando se trata de regulamentação profissional.

A submissão dos condutores de veículos transportadores de cargas a regulamentação tão severa, de fato, deveria vir acompanhada, por justo, razoável e lógico, da fixação de um piso salarial que a compensasse, que fizesse valer a pena a sua observância, aliada a um incremento dos seus benefícios, a exemplo da aposentadoria especial e do adicional de penosidade. Quem sabe, por conseguinte, seria o salário fixo, como regra

geral, capaz de manter o atual poder de compra dos integrantes dessa categoria profissional, por meio do assentamento de piso salarial decente, sem exceções ou subjetivismo, a solução (GOULART, 2013).

Outro aspecto carente de discussão para fins de mudança é a remuneração do tempo de espera, cujas horas, conforme o artigo 235-C, § 9º, da CLT, devem ser *indenizadas* com base no salário-hora normal acrescido de 30% (BRASIL, 2012). Já exsurge no meio acadêmico, porém, como forma de sanar esse equívoco, a adoção da interpretação sistemática para conferir a tal pagamento natureza salarial, por referir-se a tempo à disposição do empregador (GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2012).

Esse breve esboço dos debates acerca de modificações na recente Lei n. 12.619/2012, iniciados imediatamente após a sua publicação, não deixam dúvidas a respeito da omissão existente no seu processo de elaboração quanto às circunstâncias que permeiam a realidade do transporte rodoviário de cargas no nosso País, às estradas brasileiras e aos setores diretamente atingidos pelos novos ditames, em especial os motoristas profissionais e as empresas transportadoras.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o exposto no decorrer deste estudo, o fato é que a Lei n. 12.619/2012 se encontra em vigor e permitindo, conseqüentemente, tanto aos auditores do Ministério do Trabalho e Emprego, como ao Ministério Público do Trabalho, à Polícia Rodoviária Federal e à própria Justiça do Trabalho, a sua imediata aplicação, mesmo que careça de razoabilidade tal aplicação *do dia para a noite*.

Indispensável seria fixar tempo suficiente para a adequação das empresas às novas regras, seja no planejamento das rotas em conformidade com os postos de parada existentes ao longo das rodovias e aptos a receber os veículos durante os descansos obrigatórios dos seus motoristas, seja na implantação dos instrumentos capazes de controlar a jornada por eles efetivamente trabalhada. Entretanto, dada a realidade apurada, tem-se que, inevitavelmente, *aos trancos e barrancos* é que se delineará essa inédita rotina na vida dos sujeitos envolvidos, por meio da capacidade individual de adaptação às mudanças de cada um, da análise

dos casos concretos pelo Poder Judiciário, na construção da jurisprudência, e das interpretações doutrinárias e acadêmicas em potencial, a despontarem num futuro não muito distante.

A Lei n. 12.619/2012 exige melhor organização, dinamismo e estrutura nos locais de carga, descarga e embarcadores, onde o motorista profissional perde muito tempo ocioso, sem condições mínimas de higiene e conforto para a sua estadia e que, certamente, em muito contribuem para inviabilizar a efetividade das novas regras legais. Não basta para tanto, pois, comprometimento de empregado e empregador: o cumprimento do novo diploma legal ultrapassa os limites da relação empregatícia, requerendo a boa vontade de terceiros. Isso sem esquecer a autoisenção do Governo de providenciar os pontos de parada seguros ao longo das rodovias, passando tal incumbência a particulares: os proprietários dos postos de combustíveis.

A par das especulações atuais em torno de mudanças no texto legal, inegável é o avanço com a exigência de controle e limitação das horas de direção. Cumpre lembrar que o grande problema que originou a nova lei é a jornada excessiva a que se submetem especialmente os caminhoneiros, os quais, pelo menos antes do seu advento, chegavam a permanecer mais de dezesseis horas diárias ao volante.

Por outro lado, a Constituição da República estabelece, no artigo 7º, inciso XIII, duração da jornada não superior a oito horas diárias, nem a 44 semanais, bem como a possibilidade de instituição de regimes de compensação ou redução de horários por meio de acordo ou convenção coletiva (BRASIL, 1988). Por que não impor tal jornada a esses motoristas, então, continua-se a insistir, apenas com o intervalo de uma hora previsto no artigo 71, *caput*, da CLT, a ser usufruído da maneira que lhes for mais conveniente? (GOULART, 2013). Frisa-se que faltavam para o caminhoneiro *limites* de tempo de condução e efetivo descanso, e não um maior número de paradas. Essa, talvez, possa ser a solução para assegurar a incolumidade física e psicológica desse trabalhador e, ainda, atender aos anseios de todos os interessados.

Considerando o histórico das condições laborais dos caminhoneiros, no que se refere às horas intermináveis na direção do

veículo, tem-se que, pelo menos num primeiro momento, somente o intervalo intrajornada seria passível de flexibilização por meio do seu fracionamento, com vistas a beneficiar o empregado, isto é, a fim de que, com isso, possa lidar com as intempéries que permeiam a sua jornada de trabalho. Por outro lado, não caberia falar em jornadas de trabalho mais extensas, mesmo que para atender às peculiaridades da profissão e mediante a concessão de um maior número de intervalos, pois isso implicaria a legalização dos abusos praticados.

A negociação coletiva sempre foi autorizada pelo artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República³, mas nem por isso os sindicatos representantes da categoria profissional em pauta lograram restringir a jornada de trabalho dos seus integrantes, tampouco evitar os abusos. Essencial é, por consequência, a rígida fiscalização dos limites impostos pela nova lei, acompanhada do estabelecimento de condições para o seu efetivo cumprimento, sem aberturas ou exceções.

Imprescindível é, ademais, conscientizar esses empregados a respeito da necessidade de observância dos limites legais, mesmo que a vontade de chegar mais cedo em casa e ficar com a família clame por falar mais alto. Essa vontade, aliás, pode facilmente ser suprida pelo empregador com o revezamento de motoristas nas viagens de longa distância, a fim de potencializar o aproveitamento do veículo.

Com a manutenção do texto legal acerca da responsabilização dos motoristas profissionais pelo controle do tempo de direção, sob pena de serem autuados por infração grave, com multa e retenção do veículo para o regular cumprimento do tempo de descanso, nos termos dos artigos 67-C e 230, inciso XXIII, do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), certo é que precisam participar do planejamento das viagens com o empregador e receber recibo do ajuste final, com o objetivo de que possam, no mínimo, *tentar* se esquivar dessa responsabilização, levando em conta a situação de completa subordinação em que se encontram.

A par dessas considerações, tem-se que necessária segue a continuidade de reflexões a respeito da efetividade da Lei n. 12.619/2012. Espera-se que não promovam às pressas a sua alteração, de forma a pender

para o lado que mais pressão logre exercer sobre o legislador, mas, sim, depois de acurado exame das circunstâncias capazes de viabilizar a sua obediência, tendo em vista não apenas os desejos dos envolvidos, mas, igualmente, os imprevistos passíveis de estimativa, como congestionamentos, más condições das estradas, enfim, a realidade brasileira.

7 NOTAS

¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (BRASIL, 1988).

² Art. 9º As condições sanitárias e de conforto nos locais de espera dos motoristas de transporte de cargas em pátios do transportador de carga, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador intermodal de cargas ou agente de cargas, aduanas, portos marítimos, fluviais e secos e locais para repouso e descanso, para os motoristas de transporte de passageiros em rodoviárias, pontos de parada, de apoio, alojamentos, refeitórios das empresas ou de terceiros terão que obedecer ao disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dentre outras (BRASIL, 2012).

³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; (BRASIL, 1988).

8 REFERÊNCIAS

ALEMÃO, Ivan. **Comentários à Lei do Motorista (Lei 12.619 de 30.04.2012)**. Blog do Prof. Ivan Alemão. Niterói, 8 maio 2012. Disponível em:

<<http://ivanalemaouff.blogspot.com.br/p/livros-publicados-recentemente.html>>. Acesso em: 7 maio 2013.

ARAUJO, João Guilherme. A navegação de cabotagem brasileira e os impactos da Lei 12.619. **ILOS Instituto de Logística e Supply Chain**, 2013. Disponível em:

<https://www.loginlogistica.com.br/Download/Arquivo/RI/20130304-Artigo_Navegacao_Cabotagem_-_ILOS.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

Associação Nacional de Transporte de Carga e Logística (NTC). NTC divulga estudo sobre impactos da Lei 12.619. **NTC & Logística**. São Paulo, 10 set. 2012. Disponível em: <http://www.portalntc.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4796

8:ntc-divulga-estudo-sobre-impactos-da-lei-12619&catid=64:rodoviário>. Acesso em: 9 maio 2013.

BORTOLIN, Nelson. MUBC pede redução do tempo de descanso. **Revista Carga Pesada**, 8 fev. 2013. Disponível em:

<<http://cargapesada.com.br/revista/2013/02/08/mubc-pede-reducao-do-tempo-de-descanso-para-8-horas/>>. Acesso em: 7 maio 2013.

BORTOLIN, Nelson. Lei do descanso: procurador vê risco de legalização das longas jornadas. **Revista Carga Pesada**, 9 maio 2013a. Disponível em: <<http://cargapesada.com.br/revista/category/noticias-destaque-3/>

>. Acesso em: 9 maio 2013.

BOTELHO, Nélío. Minuta de propostas para discussão. Ajustes na Lei nº 12.619. Movimento União Brasil Caminhoneiro (MUBC). Disponível em: <<http://www.uniaobrasil>

www.uniaobrasil.com.br/MINUTA%20DE%20PROPOSTAS%20PARA%20DISCUSS%30

[%20CONGRESSO.pdf](http://www.uniaobrasil.com.br/MINUTA%20DE%20PROPOSTAS%20PARA%20DISCUSS%30)>. Acesso em: 13 maio 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (5 de outubro de 1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.

_____. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1997. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 8 maio 2013.

_____. Lei 12.619, de 30 de abril de 2012. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997, 10.233, de 5 de junho de 2001, 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e 12.023, de 27 de agosto de 2009, para regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2012. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12619.htm>. Acesso em: 7 maio 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão em recurso ordinário n. 20260-19.2010.5.04.0000. Relatora: Kátia Magalhães Arruda. DJ, 19 out. 2012a. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTe>

or&highlight=true&numeroFormatado=RO%20-%2020260-19.2010.5.04.0000&base=

acordao&numProcInt=179488&anoProcInt=2011&dataPublicacao=19/10/2012%2007:

00:00&query=>. Acesso em: 9 maio 2013.

_____. Projeto de Lei n. 4.246, de 1º.8.2012. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista. Brasília, 2012b. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1015994&filename=PL+4246/2012>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão em recurso ordinário n. 3980-02.2012.5.04.0000. Relator: Mauricio Godinho Delgado. DJ, 19 abr. 2013. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor>

or&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RO%20-%203980-02.2012.5.04.00

00&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJMAAAJ&dataPublicacao=19/04/2013&

query=lei%2012.619>. Acesso em: 8 maio 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. Documento de trabalho dos serviços da Comissão. Resumo da avaliação de impacto. Proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho, Bruxelas, 19 jul. 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

[LexUriServ.do?uri=SEC:2011:0947:FIN:PT:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:0947:FIN:PT:PDF)>. Acesso em: 10 maio 2013.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. A nova lei 12.619/2012 que disciplina a profissão do motorista: questões controversas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região**, João

Pessoa, v. 19, n. 1, p. 44-55, 2012. Disponível em:
<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/55361/nova_lei_disci

[plina_gemignani.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/55361/nova_lei_disci/plina_gemignani.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 7 maio 2013.

GOULART, Rhiane Zeferino. Jornada de trabalho dos caminhoneiros: passos e descompassos da Lei n. 12.619/2012. *In* **Direito do trabalho efetivo: homenagem aos 30 anos da AMATRA 12**. São Paulo: LTr, 2013, p. 279-303.

MACHADO, Caren Silva; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Um olhar constitucional sobre a jornada de trabalho do motorista profissional partindo de uma análise da nova lei do motorista. **Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais**. 2012. pp. 683-719. Disponível em:
<<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito>>.
Acesso em: 7 maio 2013.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. Abordagem holística sobre nova regulamentação da profissão do motorista (Lei nº 12.619/2012). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3331, 14 ago. 2012. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/22405/abordagem-holistica-sobre-nova-regulamentacao-da-profissao-do-motorista-lei-no-12-619-2012>>.
Acesso em: 7 maio 2013.

MOURA, Grazielle Araujo. **A viabilidade de cooperativas para a renovação da frota autônoma de caminhões**. Dissertação (Mestrado em Transportes), Publicação T. DM – 025 A/2012, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 81p. Disponível em:

<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11948/1/2012_GrazielleAraujoMoura.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

RIZZOTTO, Rodolfo A. A lei do tempo de direção e os pontos de parada nas rodovias brasileiras. **Portal Estradas.com.br**, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.estradas.com.br>>.

com.br/new2/A_LEI_DO_TEMPO_DE_DIRECAO_E_OS_PONTOS_DE_PARA
DA_

NAS_RODOVIAS_BRASILEIRAS_2012.pdf>. Acesso em: 9 maio 2013.

Transport Regulators Align Control Enforcement (TRACE). Uma explicação do Regulamento (CE) n.º 561/2006 com vista à harmonização da aplicação dos controlos de estrada. Disponível em: <http://ec.europa.eu/transport/modes/road/social_provisions

/doc/trace_explanatory_text_pt.pdf>. Acesso em: 8 maio 2013.

UNIÃO EUROPEIA (UE). Regulamento CE n. 561, de 15 de março de 2006. Relativo à harmonização de determinadas disposições em matéria social no domínio dos transportes rodoviários, que altera os Regulamentos (CEE) n. 3821/85 e (CEE) n. 2135/98 do Conselho e revoga o Regulamento (CEE) n. 3820/85 do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**, Estrasburgo, 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006R0561:20100604:PT:PDF>>. Acesso em: 7 maio 2013.

UNIÃO EUROPEIA (UE). Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de setembro de 2011, sobre a política europeia de segurança rodoviária de 2011 a 2020. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:056E:0054:0067:PT:PDF>>. Acesso em: 10 maio 2013.

do?uri=OJ:C:2013:056E:0054:0067:PT:PDF>. Acesso em: 10 maio 2013.

OS EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA QUANTO AO DEPÓSITO RECURSAL TRABALHISTA

LEANDRO WEHDORN GANEM: Bacharel em Direito, especialista em Direito Constitucional, Técnico Judiciário - assistente de juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região.

RESUMO: A Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, disciplina a reunião de credores em juízo universal competente para promover a satisfação dos créditos em concurso a partir da situação patrimonial do empresário. Por outro lado o processo do trabalho detém pressuposto recursal específico, o depósito recursal, que objetiva a garantia do juízo e satisfação dos créditos do trabalhador. No presente trabalho, serão abordados os efeitos da decretação da falência e do deferimento da recuperação judicial em relação ao depósito recursal trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Falência. Depósito Recursal. Execução trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Depósito recursal trabalhista. 3. Características do juízo universal. 4. A execução trabalhista e a falência. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Consolidação das Leis do Trabalho contempla a necessidade da realização do depósito recursal (art.899, §1º) como pressuposto de admissibilidade dos recursos interpostos pelos empregadores interpostos na Justiça do Trabalho quando há condenação em obrigações de pagar, o qual tem por efeito a garantia da execução.

Por outro lado, a Lei 11.101/2005 prevê a execução concursal dos créditos dos diferentes credores, observadas as categorias preferenciais de cada qual, a fim de se atender aos interesses de todos em um juízo universal.

Para tanto, todos os bens do devedor submetem-se a um mesmo procedimento a fim de se observar a máxima satisfação dos direitos dos credores.

A questão que suscita controvérsia é saber se o depósito recursal efetuado anteriormente à decretação da falência ou deferimento da recuperação judicial deve sujeitar-se ao concurso de credores.

2. Depósito recursal trabalhista

Nos termos do art. 899, §1º, da CLT, a admissão dos recursos interpostos pelos reclamados no processo trabalhista quando há condenação em pecúnia dependem da realização do depósito recursal.

Segundo Schiavi, o depósito recursal é “o valor pecuniário a ser depositado na conta do reclamante vinculada ao FGTS, devido quando há condenação em pecúnia, como condição para conhecimento do recurso interposto pelo reclamado.” (SCHIAVI, 2016, p. 263).

Assevera Carlos Henrique Bezerra Leite:

“O depósito recursal não tem natureza jurídica de “taxa”, e sim de garantia do Juízo recursal, o que pressupõe a existência de decisão (sentença ou acórdão) condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado pelo órgão judicial.” (LEITE, 2016, p.1079)

A partir da parte final do dispositivo 899, §1º da CLT que disciplina que “Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz. ”, a doutrina e a jurisprudência trabalhista fixaram-se pela prescindibilidade da realização do ato de penhora do depósito recursal, a fim de que este viesse a ser utilizado para a quitação da dívida trabalhista.

Nesse sentido, tem-se que efetuado o depósito recursal pelos reclamados, os valores destinados para tal fim já caracterizam a disponibilidade pecuniária para a satisfação do crédito trabalhista, deixando de integrar o patrimônio do devedor.

No que concerne à massa falida, nos termos da Súmula 86 do C. TST, não há obrigatoriedade de realização do depósito recursal para admissibilidade do recurso.

Todavia, sendo superveniente a decretação da falência, inexistente previsão legal para a destinação do valor recolhido anteriormente a tal condição ao juízo universal.

3. Características do juízo universal.

Os credores de crédito constante título individual, seja ele extrajudicial ou judicial, detém, em regra, a possibilidade de promover a execução das obrigações que lhes são devidas independentemente de relação jurídica com os demais credores do mesmo devedor.

Porém, sobrevindo falência ou deferido processamento de recuperação judicial, a situação patrimonial do devedor incapaz de arcar com a totalidade dos débitos, por um critério de justiça e maior atendimento do interesse da coletividade dos credores, passa a estar sujeito a um único juízo (artigos 6º, *caput* e §8º e 76 da Lei 11.101/2005).

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho:

“o juízo da falência é universal. Isto significa que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo em que tramita o processo de execução concursal por falência (art. 76). É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida” (COELHO, 2011,p.361”.

A própria legislação (artigos 6º e 76 da Lei 11.101/2005) excetua, todavia, algumas ações quanto à força atrativa da decretação da falência, sendo os casos de execuções fiscais, reclamações trabalhistas até a apuração do crédito devido a ser habilitado, bem como as ações contra o

falido que demandem quantia ilíquida e nas a massa falida seja autora ou litisconsorte.

Segundo Requião (2002) o juízo da falência é o uno, indivisível e universal, arrematando que:

“ Evita-se, na verdade, com a unidade e consequente indivisibilidade do juízo falimentar, a dispersão das ações, reclamações e medida que, conjuntamente, formam o procedimento falimentar, submetido ao critério uniforme do julgamento do Magistrado que superintende a falência e que preside a solução dos interesses em conflito com ela ou nela relacionados. Como bem descreve Piero Pajardi, a razão do sistema é evidente, pois concentra todo o contencioso e toda a atividade processual da falência no juízo falimentar, para manter sob sua unidade uma complexa estrutura jurisdicional, e assegura, nas suas várias fases de desenvolvimento, uniformidade de visão, síntese de direção e economia de condução. (Requião, 2002, p. 71)

Desse modo, a partir da decretação da falência do devedor há a atração dos créditos dos devedores e do exame da situação patrimonial da massa falida para o juízo universal, no qual serão realizados os atos destinados à satisfação dos créditos dos credores em concurso.

4. A execução trabalhista e a falência.

Conforme apontamento anterior, a apuração do crédito trabalhista realiza-se perante a Justiça do Trabalho (artigos 114 da CR/88 e 6º da Lei 11.101/2005), devendo a satisfação do crédito realizar-se perante a habilitação no juízo universal da falência.

Por outro lado, considerando-se a hipótese de falência superveniente à realização do depósito recursal pelo reclamado, tem-se a disponibilidade de numerário em processo judicial, em razão do que surgiu controvérsia se tal

valor deveria ser remetido para o juízo universal ou se poderia ser utilizado para saldar a dívida trabalhista apurada.

Há na doutrina justrabalhista correntes que divergem quanto aos limites da competência da Justiça do Trabalho em sede execução contra a massa falida.

Uma primeira corrente defende, a luz do art. 114 da CR/88, a competência da Justiça do Trabalho para processamento da execução até os seus ulteriores atos. Nesse sentido:

FALÊNCIA DO EMPREGADOR - A falência do empregador não impede que a execução prossiga nos autos da reclamação trabalhista, haja vista a prevalência do texto do art. 114, da CF/88 sobre o DL n. 7.661/45. Demais disso, fazendo um paralelo entre a Lei n. 6.830/80 e o DL n. 7.661/45, temos que o art. 5º, da Lei dos Executivos Fiscais determina que a competência para a execução dos créditos da Fazenda Pública excluiu qualquer outro juízo. Ora, se o crédito trabalhista se sobrepõe até mesmo ao fiscal, com maior razão para que a execução se processe perante a Justiça do Trabalho. Recurso da reclamada a que se nega provimento. (RT - 9º R. - Ap. 3.611/95 - 5ª T. - Ac. 9841/96 - rel. Juiz José Montenegro Antero - DJPR 24.5.1996)

Tal corrente, todavia, contrapõe-se ao precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CRÉDTOS TRABALHISTAS EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM, COM EXCLUSÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI 11.101/05, EM FACE DO ART. 114 DA CF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. I – A questão central debatida no presente recurso

consiste em saber qual o juízo competente para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas no caso de empresa em fase de recuperação judicial. II – Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945 consolidou-se o entendimento de que a competência para executar os créditos ora discutidos é da Justiça Estadual Comum, sendo essa também a regra adotada pela Lei 11.101/05. III – O inc. IX do art. 114 da Constituição Federal apenas outorgou ao legislador ordinário a faculdade de submeter à competência da Justiça Laboral outras controvérsias, além daquelas taxativamente estabelecidas nos incisos anteriores, desde que decorrentes da relação de trabalho. IV – O texto constitucional não o obrigou a fazê-lo, deixando ao seu alvedrio a avaliação das hipóteses em que se afigure conveniente o julgamento pela Justiça do Trabalho, à luz das peculiaridades das situações que pretende reger. V – A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento. VI – Recurso extraordinário conhecido e improvido (STF-RE 583955/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Repercussão Geral. Acórdão divulgado no DJE de 27-8-2009 e publicado em 28-8-2009).

A corrente prevalecente adotada pelo Supremo Tribunal Federal é encampada por Carlos Henrique Bezerra Leite (2016) segundo o qual com a decretação da falência, realizada a apuração do crédito trabalhista, este deve ser habilitado perante o juízo universal.

A necessidade de prosseguimento da execução, por sua vez, na justiça universal não impede que haja a liberação do valor do depósito recursal

efetuado pelo reclamado antes da decretação da falência. Nesse sentido decidiu o C. TST:

“Tendo em vista que o depósito recursal foi efetuado em 26.3.1996 (fl. 430 - valor 2.103,92) e a falência decretada em 20.10.1999, resta sem objeto a questão levantada pelo executado, porquanto essa hipótese enseja aplicação do disposto no parágrafo 1º do art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê expressamente a possibilidade de levantamento da importância depositada, em favor da parte vencedora, após o trânsito em julgado da decisão recorrida. Frise-se, por oportuno, que a partir do trânsito em julgado da decisão o depósito efetuado pela empresa deixa de pertencer ao seu patrimônio, configurando-se crédito à disposição do Juízo. Deste modo, tratando-se de depósito recursal efetuado antes da decretação de falência, para possibilitar o recurso da decisão transitada em julgado, vincula-se ao crédito do autor, não cabendo desvinculá-lo em benefício da massa falimentar.” (PROC. Nº TST-AIRR-862/1994-029-04-40.6 – Relatora: Juíza Convocada MARIA DORALICE NOVAES)

5. Conclusão

Isso posto, conclui-se que a execução coletiva, objeto do concurso de credores, perante o juízo universal da falência tem por finalidade a tentativa de maior satisfação dos variados créditos da coletividade de credores.

A competência do juízo universal não afasta, todavia, a competência da Justiça do Trabalho para promover a apuração do crédito a ser habilitado em concurso de credores.

Em razão da especificidade do processo trabalhista, que adota o depósito recursal como pressuposto de admissibilidade, os valores depositados a

este título antes da decretação da falência não são atraídos para o concurso de credores no juízo universal.

Assim, por não mais integrarem o patrimônio do devedor, a superveniência da decretação da falência não impede que os valores dos depósitos recursais possam ser liberados ao titular de crédito de trabalhista, devendo os atos executivos subsequentes, quando já realizada a liquidação da sentença, serem objeto do juízo universal da falência.

6. Referências Bibliográficas

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: direito de empresa. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

REQUIÃO, Rubens. RT 906, pag. 71, 12/2002.

SCHIAVI, Mauro. Execução no Processo do Trabalho. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2015.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO 3ª VIA NA APLICAÇÃO DA PENA

ADEVANIA NOGUEIRA MOURA: Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins, Brasil. Conciliadora pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense.

RESUMO: Este artigo visa apresentar um breve histórico acerca das teorias e finalidades da pena trazendo a Justiça Restaurativa como alternativa real para o sistema de justiça criminal. Em meio a sistema tradicional de justiça penal falho e desumano que sofre inúmeras críticas ao longo dos anos, surge a Justiça restaurativa como 3ª via na aplicação da pena, mostrando os benefícios do diálogo entre as partes: ofensor, vítima e comunidade. Essa via de aplicação se mostra uma justiça colaborativa que propicia o reparo emocional, restaurando a dignidade das partes, o que não pode se visto quando se trata a punição como essencial para o acesso a justiça.

PALAVRAS-CHAVE: FUNÇÕES DA PENA; JUSTIÇA PENAL; JUSTIÇA RESTAURATIVA;

APLICAÇÃO DA PENA; ALTERNATIVA.

ABSTRACT: This article aims to present a brief history about the theories and purposes of the sentence bringing Restorative Justice as a real alternative to the criminal justice system. In the midst of a traditional system of faulty and inhuman criminal justice that has undergone numerous criticisms over the years, Restorative Justice appears as the third way in the application of the sentence, showing the benefits of dialogue between the parties: offender, victim and community. This way of application shows a collaborative justice that provides the emotional repair, restoring the dignity of the parties, which can not be seen when the punishment is treated as essential for access to justice.

KEYWORDS: FUNCTIONS OF PEN; PENAL JUSTICE; RESTORATIVE JUSTICE; APPLICATION OF THE PENALTY; ALTERNATIVE.

SÚMARIO: 1 Introdução; 2 Introdução a Teoria da Pena: Das Teorias Clássicas das funções da pena; 2.1 Teoria da Retribuição; 2. 2 Teoria da

Prevenção; 2. 3 Teoria Mista ou Unificadora; 3 Da Justiça Restaurativa como 3ª via na aplicação da pena ; 4 Procedimento da Justiça Restaurativa; 5 Modelos Restaurativos; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema tradicional de justiça penal apresenta inúmeras falhas, o impulso da vingança habitual de retribuir o mal com o mal, traz críticas a respeito do sistema acerca do caráter ressocializador da pena, bem como na ineficácia, quase sempre, de prevenção da reincidência. Cesare Beccaria em sua obra "Dos delitos e das penas", já considerava o sistema punitivo visivelmente falho, podendo ser verificado por condições desumanas e degradantes que desrespeitam aos direitos humanos.

Construindo uma retrospectiva da história da aplicação da pena, conceituando as três teorias da finalidade da pena, é possível perceber que o estado evoluiu em questão aos castigos e penas impostas aos infratores, tentando alcançar uma aproximação com a humanização construindo um caráter mais humanitário com finalidade de recuperar o delinquente.

A Justiça Restaurativa se mostra como uma oposição ao sistema retributivo de justiça penal, porém, sem, pretender sua substituição. Os modelos de Justiça Restaurativa se mostram como concepções modernas, pois coloca o ofensor, a vítima e a comunidade de forma equivalente. As evoluções dos modelos e das práticas são uma boa forma de se aprimorar sistema, culminando em uma justiça penal mais democrática com índices de satisfação mais favoráveis dos envolvidos nos conflitos penais.

Pretende-se, com o trabalho, abordar o sistema de justiça em vigor, analisando se este está realmente receoso com a sanção que será aplicada ao infrator e que por vezes não atende às exigências da vítima, podendo ser acrescentado pelo sistema restaurativo como uma via de aplicação da pena, que não está preocupado unicamente com a compensação material do dano, mas também a reparação moral e das relações buscando um convívio pacífico futuramente.

2 INTRODUÇÃO A TEORIA DA PENA: DAS TEORIAS CLÁSSICAS DAS FUNÇÕES DA PENA

Na idade média, para o homem tudo era derivado de Deus. Como consequência, o direito de punir, não fugia à regra e, por essa razão, a pena fundava-se em um tipo de represália pela violação divina e visava a expiação como maneira de salvação da alma para a vida eterna.

Configuravam uma vontade divina a autoridade e as sanções impostas aos delinquentes que não tinham por propósito final a retribuição no sentido jurídico, mas sim na sua concepção de conversão, por meio do castigo. O que preponderava, contudo, essa finalidade atribuída à pena, na verdade, era a imposição do castigo, gerada pelo sentimento de revolta contra todo aquele que se revoltasse contra os preceitos religiosos. Como o homem medieval era guiado pela fé cristã, seu maior inimigo era o incrédulo, contra o qual recaía a vingança.

Posteriormente, constituíram, na Idade Moderna, novos modelos de punir. A pena, então, era utilizada para ratificar o poder e soberania do monarca, este não tendo a obrigação prestar contas de sua administração a ninguém. Não prevalecia, o princípio do duplo grau de jurisdição, a pena era aplicada de forma desproporcional, não sendo de acordo com o delito cometido, não apresentando conteúdo jurídico nem ao menos finalidade de ressocialização do condenado.

A partir da Idade Contemporânea, novos avanços atingiram o modo de punir. Desde esse momento, a sociedade teria que descobrir uma maneira justa e humana de punir os criminosos. Com o fim do absolutismo, a pena se torna uma vingança em nome da sociedade, e não apenas uma confirmação do poder do rei. O criminoso torna-se inimigo da sociedade. Nesta fase surgiu o livro que marcou o que se compreende por pena, *Dos Delitos e das Penas*, publicado em 1764, escrito por Cessare Beccaria.

*É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-
los; e todo legislador sábio deve procurar antes
impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa
legislação não é senão a arte de proporcionar aos*

homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida(Cesare Beccaria).

As teorias acerca da pena foram se desenvolvendo, procurando dar respostas a questão de como solucionar o problema da criminalidade. Diante disso, é de suma importância o estudo de cada teoria de reação a criminalidade das quais são: Teoria Absoluta (Retributiva); Teoria Relativa (Preventiva);

2. 1 TEORIA ABSOLUTA (RETRIBUTIVA)

Na jurisprudência, a teoria da retribuição tem desempenhado um papel importante até recentemente. Essa concepção recebe sua característica de "absoluto" porque vê o senso da pena não na busca de algum propósito social útil, mas sustenta que esse sentido reside no fato de que a culpa do autor é compensada pela imposição de um mal criminoso, o significado da sentença é independente do seu efeito social, é "liberado" dele.

As medidas preventivas são discrepantes com a dignidade humana, o mal da pena é justificado pelo mal do crime, é projetado como um mal que deve sofrer o delinquente para contrabalançar com o mal causado por seu comportamento, pensamento conhecido como antecedente a Lei da Talião.

Kant, define a justiça retributiva como "lei inviolável, um imperativo categórico pelo qual todo aquele que mata deve morrer, para que cada um receba valor de seu fato e a culpa do sangue não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados." (CIRINO Kant, define a justiça retributiva como "lei inviolável, um imperativo categórico pelo DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 454-455)

Cumpri destacar que para Kant, a pena era uma retribuição puramente moral, trazendo a idéia de proporcionalidade da pena, conforme a qual, somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal.

O pagamento ou a retribuição de um mal condiz ao impulso clássico da vingança humana. A indicação de que a pena é exercida

uma retribuição real só pode ser legitimada na medida em que proíbe os atos de justiça por sua própria mão. A idéia de equiparação é vulnerável, porque a penalidade não apaga o erro causado pelo crime, mas, na verdade, introduz um segundo mal, o método do tribunal não pode recuperar o olho da vítima, removendo um olho para o autor.

Verifica-se que este é um modo desumano de aplicação de pena, regularmente carregada de violência, contudo, representou um progresso em comparação à insegurança da duração e à medida das punições que reinava anteriormente.

2. 2 TEORIA RELATIVA (PREVENTIVA)

A teoria preventiva da pena são aquelas teorias que outorgam à pena a perspectiva e a tarefa de evitar que no futuro se cometam delitos, podendo ser considerada como a profilaxia criminal neste sentido.

As teorias preventivas também afirmam que, a pena se reflete em um mal para quem a aflige. Mas, como ferramenta político-criminal designado a atuar no mundo, não pode a pena satisfazer-se com esse atributo, em si mesma destituída de sentido social-positivo. A pena tem de usar desse mal para atingir a destinação básica de toda a política criminal, precisamente, a prevenção. Podem fragmentar-se em teoria preventiva especial e teoria preventiva geral.

Para a teoria da prevenção especial, a pena dirige-se a um autor individual e tem como objetivo prevenir delitos futuros deste autor em especial. Desse modo, o foco é no indivíduo, pretendendo repremir que aquele que cometeu o delito não volte a cometer.

Por outro lado, tem-se a prevenção geral que da mesma forma quer prevenir delitos futuros, mas não agindo especialmente sobre o condenando, e sim geralmente sobre a comunidade, direcionada aos cidadãos em sua totalidade, almejando que a sua imposição ou simplesmente a ameaça de pena sirva para intimidar os delinquentes. Desta forma, a pena pode ser elaborada como um método de intimidação de outras pessoas através do sofrimento que ela impõe ao criminoso.

A teoria da prevenção especial tem exercido grande influência na aplicação da teoria da pena. Segundo Roxin:

[...] na prevenção geral positiva se podem distinguir três fins e efeitos distintos, embora imbricados ente si: o efeito de aprendizagem, motivado sócio pedagogicamente; o 'exercício na confiança do direito' que se origina na população pela atividade da justiça penal; o efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica; e, finalmente, o efeito de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, sobre a violação da lei e considera solucionado o conflito com o autor[...]. (ROXIN, Claus. Derecho Penal, p. 91-92)

2. 3 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA

A Teoria mista busca agrupar em um só conceito os fins para os quais são destinados a pena, sem ignorar os principais aspectos das teorias absolutas e relativas..

Mir Puig (1994) afirma: "Entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena".

No entanto, essa teoria não obteve êxito junto aos doutrinadores da época, os estudos e pesquisas continuaram para uma ideal teoria sobre os fins da pena, buscando obter critérios limitadores da intervenção da pena.

3 DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO 3ª VIA NA APLICAÇÃO DA PENA

Perante as críticas encontradas no modelo tradicional de justiça penal, fundamentado em que a punição é necessária, com o argumento de que é a única forma de acesso para se obter a justiça criminal, busca-se a aprofundação no modelo de justiça restaurativa, como meio de solução alternativa dos conflitos advindos de infrações a Lei e à convivência social.

Uma vez decretada a culpa, a "resposta enlatada" não se atenta para as consequências das relações destruídas e abaladas pelo crime, nem

investiga se podem ser tomadas medidas para pacificá-las. Apenas, centram-se na aplicação da sanção, julgando que por meio desta o ofensor “pagará” o mal causado, presumindo que a estabilidade da relação desestrurada se dará pela aplicação de um mal ao infrator, pelo fato que “ele merece”.

É impreterível apontar, ainda, que, modernamente, a pena aplicada com maior frequência é a de prisão, para punir os crimes de maior gravidade. Manoel Pimentel pondera acerca das consequências da pena, criticando a ausência de preocupação com a pessoa do infrator:

“ingressando no meio carcerário, o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado”. (PIMENTEL, Manoel Pedro, 1983. p. 158)

As críticas empregadas ao modelo tradicional são incontestes no caráter ressocializador da pena, bem como na ineficácia, quase sempre, de prevenção da reincidência. Trata-se de um sistema falho, centrado na pena de prisão como principal instrumento de resposta ao delito. Esse entendimento gera um único caminho a ser adotado para resgatar o senso de justiça.

Os modelos de justiça restaurativa são concepções modernas remontando o século XX, que acompanha o tecido social em seu constante desenvolvimento, trazendo uma nova maneira de tratar as questões penais.

Este modelo representa um resgate de tradições dos antepassados, que se sentavam em roda e valorizavam o diálogo na condução de seus conflitos.

Marcelo Gonçalves Saliba, fazendo referência à doutrina de Jürgen Habermas, retrata algumas características da Justiça Restaurativa:

Dentro das bases da pós-modernidade, a intersubjetividade e a integração social, a consensualidade, numa razão comunicacional, também servem de base para o estabelecimento desse novo modelo de justiça. A resposta ou censura deixa de ser imposta verticalmente numa relação de poder e passa a ser discutida horizontalmente, com igualização dos envolvidos e empoderamento das partes. (SALIBA, 2009, p. 147)

A obra *The Biblical Doctrine of Justice and Law* (London: SCM Press Ltd, 1955), de Heinz Horst Schrey, Hans Hermann Walz e Walter Alexander Whitehouse seria a fonte da qual Eglash teria se inspirado para a utilização do termo “justiça restaurativa”, como se pode notar no seguinte trecho:

[...] este alinhamento de justiça e de amor é algo que é peculiar da tarefa que os cristãos são destinados a promover e, ao fazer isso, eles precisam de ver para além da concepção secular de justiça na sua tríplice forma de justiça distributiva, comutativa e retributiva. Justiça também tem um elemento restaurador. É talvez enganoso imaginar que um quarto elemento possa ser adicionado à vontade aos outros três. Walther Schonfeld (*Ueber die Gerechtigkeit*, 1952) sugeriu uma imagem alternativa em termos das dimensões. [...] O efeito dessa visão quidridimensional é produzir uma transformação interior da estrutura tridimensional, para proporcionar uma nova visão total do homem em comunidade, e descobrir as possibilidades que não estão lá simplesmente nos termos da visão tridimensional... A justiça restaurativa só pode fazer o que a lei como tal

nunca pode fazer: ela pode curar a ferida fundamental do qual toda a humanidade sofre e que transforma a melhor justiça humana constantemente em injustiça, a ferida do pecado. A justiça distributiva não pode nos levar além da norma de reparação, a justiça comutativa pode fornecer apenas a devida compensação e a justiça retributiva não tem meios de reparar o dano, salvo pela punição e expiação. A justiça restaurativa, como é revelada na Bíblia, por si só tem o poder positivo para vencer o pecado. (HEINZ-HORST SCHREY; HANS HERMANN WALZ; WALTER ALEXANDER WHITEHOUSE, 1955, p. 182-183 *apud* VAN NESS; STRONG, 2010, p. 22).

Partindo da premissa que a justiça restaurativa surgiu do verbo “restaurar”, que segundo o dicionário Aurélio Publicado em: 24-09-2016, revisado em: 27- 02- 2017, significa: reintegrar, recuperar, restabelecer-se, temos que a Justiça Restaurativa está mais voltada para trazer de volta a convivência pacífica pretérita da comunidade e responsabilização do ofensor que devidamente focada na punição pura e simples de atos passados.

No sentido de “dar compensação a; pagar, indenizar, reparar danos” trás um sentido óbvio de qualquer prática de natureza restaurativa. Os danos emocionais e materiais não devem permanecer sem respostas. A reparação criativa, com a escuta das necessidades do trinômio vítima-ofensor-comunidade, é o que se busca por este tipo de abordagem depois que uma ofensa causa um desequilíbrio entre as relações interpessoais e sociais.

Apresentada em meados da década de 70, este modelo de Justiça, pode ser classificado como um conjunto de métodos de tratamento de conflitos, trazendo a evolução e a análise de novas ideias para lidar com a criminalidade, um novo significado do papel do ofendido e da comunidade no processo, buscando valorizar as soluções dialogadas e recuperar sem macular o ofensor na sociedade, bem como a confidencialidade do procedimento.

Sérgio García Ramírez, assegura que a Justiça restaurativa busca a responsabilidade do autor, devendo este responder pelas condutas que assume livremente, está ligada a restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que ele também danificou com o ilícito. (RAMÍREZ, 2005,p. 199)

Defende-se um conceito objetivo de crime, como sendo uma conduta que traumatiza a vítima, gerando danos. Segundo enfatiza Hudson Barbara (2003), o modelo restaurativo não acredita que, para ajudar a vítima, seja necessário ter uma postura agressiva em relação ao ofensor. Neste ponto de vista, o direito penal configura desassociado do binômio crime-pena, o que pode causar estranheza àqueles que não assimilaram os valores restaurativos.

No sistema restaurativo, a comunidade, a vítima e o ofensor se tornam personagens principais do processo de resolução de conflitos. Gerando, uma justiça colaborativa que propicia o reparo emocional, restaurando a dignidade das partes e a segurança, preservando, assim, dos riscos de danos e subsequentes atos infracionais.

Sérgio Gacia Ramírez, enfatiza que as práticas da Justiça Restaurativa contribuem de maneira construtiva para responder o crime e seus efeitos são maiores e mais eficazes que o do sistema punitivo, como se percebe no trecho a seguir:

É uma variedade de práticas que procuram responder ao crime de uma maneira mais construtiva que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional, seja o retributivo, seja o terapêutico. Mesmo com o risco de simplificação excessiva, pode-se dizer que a filosofia deste modelo está resumida nos três R: (Responsabilidade, Restauração e Reintegração). Responsabilidade do autor, desde que cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os

vínculos com a sociedade que ele também danificou com o ilícito. (RAMÍREZ, 2005, p. 199) (tradução nossa) [1]

A justiça restaurativa coloca a vítima no centro do processo, sem impor uma preferência pelos direitos da vítima excluindo os direitos do infrator. Destaca-se, as necessidades da vítima, simultaneamente requer que o infrator assuma suas responsabilidades e obrigações, suprimindo a debilidade imposta na conjuntura do modelo retributivo à vítima e ao infrator. Neste contexto, o infrator terá a oportunidade de expor o seu arrependimento.

Empenha-se, deste modo, na ideia de se voltar para o futuro e para a restauração dos convívios e, não centralizar na culpa e no passado, estimula a adequada responsabilização dos atos lesivos, apresentando um impacto sobre as pessoas e resultados maiores que a pena e os métodos empregados pelo modelo retributivo.

No que diz respeito ao infrator, Pinto (2005) ressalta que este não será apenas punido, mas responsabilizado pelo seu ato, adquirindo conhecimento das consequências causadas por sua ação criminosa a vítima e à sociedade, possibilita, assim a real reparação do dano. O infrator terá voz ativa durante o processo, estabelecendo diálogo direto com a vítima, fato que não ocorre na realidade, na qual se encontra distante e alheio ao fato, esse processo evitará que o transgressor se comunique apenas por meio de advogados.

A responsabilização deve realizar-se oferecendo maior grau importância ao valor restaurativo, com o intuito de alcançar as finalidades propostas no procedimento da justiça restaurativa. A procura da restauração tem que ser marcada pela análise das consequências da contravenção e o seu comprometimento com a reparação, não somente a parte infratora, mas sim todas as partes envolvidas no conflito, da mesma forma, os facilitares restaurativos, o Poder Judiciário e os Governos.

4 PROCEDIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas traz a conceituação do processo restaurativo, sendo visto como uma aproximação a diversas perspectivas a cerca do assunto:

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. (Tradução Livre por Renato Sócrates Gomes Pinto, 2009)

O procedimento não é definitivo, trata-se da etapa inicial do processo restaurativo, e que deve ser adaptado as partes conforme o caso concreto. Existem diversos procedimentos que podem ser praticados, como os painéis informativos, conferências restaurativas e círculos restaurativos, dentre outros.

O espaço para a prática do procedimento restaurativo deve ser imparcial e prazeroso para que as partes envolvidas sintam-se a vontade. Como esse instituto é regido pelo princípio da voluntariedade, não deve ser imposto a obrigatoriedade as partes.

Para que sejam eficazes os atos praticados durante o procedimento restaurativo, os autos do processo penal devem ser analisados minuciosamente por um grupo de profissionais multidisciplinares para profundo conhecimento do fato a ser discutido. Caso seja necessário, serão realizados esclarecimentos diretamente com as partes, com o propósito de estabelecer um plano de ação para o caso concreto (VITTO, 2005).

O professor Pedro Scuro (2000), destaca que o sucesso do procedimento restaurativo não deve ser avaliado apenas quantitativamente, mas também através do respeito pelas pessoas e capacidade de agir dos

facilitadores, descartando o paternalismo que os demais modelos de justiça impõem, sendo construtivo e enfatizando a esperança.

Atuam no procedimento restaurativo: a vítima, o ofensor confesso, os facilitadores (especialistas de diversas áreas). O facilitador é capacitado por meio de treinamentos, a fim de que execute bem suas atividades específicas. Exemplo de algumas destas atividades, conforme Boonen (2011) e Pinto (2005), tem-se:

1. preparar bem as partes antecipadamente aos encontros;
2. permanecer atento, observando qualquer sinal de tensão ou ameaça durante a realização das reuniões, caso em que, se presentes, sugere-se a suspensão do procedimento restaurativo;
3. convidar, de maneira apropriada, alguns membros da comunidade para atuarem como apoio a ambos os lados;
4. proporcionar, o respeito entre as partes, propiciando um ambiente restaurativo e seguro;
5. ajudar, cada envolvido a exprimir o que pensa e sente de forma coesa e educada;
6. encarregar-se, para que o direito a fala seja distribuído uniformemente. Além de tudo, deve o facilitador dispor de clareza na comunicação e averiguar se todos estão compreendendo as informações igualmente.

Neste artigo, pode-se destacar o Círculo Restaurativo, pois constitui uma atividade restaurativa mais ampla, sendo ele uma das etapas do procedimento restaurativo. Este procedimento como um todo é composto por três importantes etapas: o pré- círculo restaurativo, o círculo restaurativo e o pós- círculo restaurativo. A seguir serão apresentados os elementos de cada uma destas etapas.

O pré-círculo é onde acontece a primeira comunicação entre coordenador e participantes do procedimento. Nesta etapa, ocorrem encontros em momentos distintos, do coordenador, a vítima e suas respectivas comunidades de apoio, buscando a junção de narrativas acerca do fato ocorrido, a vontade de cada sujeito em participar voluntariamente do encontro e as pessoas que seriam ou não importantes participar. Essa

fase oferece condições para que aconteça a próxima etapa do procedimento.

O Círculo Restaurativo promove o encontro entre os sujeitos que estão envolvidos de forma imediata no dano e suas comunidades de apoio, para conjuntamente, buscarem um novo significado para o passado e construir perspectivas para o futuro. Esta etapa é considerada a principal de todas as etapas do procedimento. Nas palavras de Capitão (2009, p.72) o círculo pode ser entendido como a “apoteose” do Procedimento Restaurativo, podendo ser entendido também como uma prática que busca a humanização dos sujeitos e suas relações, podendo ser observadas a centralidade dos elementos humanos que estão em contrapartida nas relações sociais, como consta no material didático destinado especialmente à formação de coordenadores de procedimentos restaurativos:

Os Círculos Restaurativos oferecem oportunidades para experimentar dimensões pouco exploradas no relacionamento humano [...]. O círculo, porém, lida com situações difíceis e dolorosas para os participantes. Faz aflorar e mobiliza conteúdos afetivos intensos- os quais, aliás, serão o combustível do processo de restauração e cura dos traumas e relacionamentos (JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21, 2008, p.38)

Por fim, tem-se a última etapa do Procedimento Restaurativo, o Pós-Círculo. Trata-se de um encontro preparado para que os participantes classifiquem o desenvolvimento do acordo executado na fase anterior, no Círculo, podendo discutirem se o acordo foi ou não cumprido e o grau de satisfação com os resultados do procedimento.

Nota-se que os intérpretes do método de restauração operam dinamicamente em todo o processo, bem como o conjunto se envolve com a reparação, regeneração e consolidação da comunidade. É função do facilitador é ajudar os presentes ao desempenhar uma análise das possibilidades de solução produzidas até o momento, e oportunizar a idealização de acordos satisfatórios e dignos. Por isso, é essencial que o

facilitador não procure dominar a discussão, saiba ouvir, usando o encontro para observar, fazer investigação, afim de que se obtenha os resultados esperados.

5 MODELOS RESTAURATIVOS

Conforme a ONU (Resolução 2002/12), são delimitados 04 modelos práticos principais da Justiça restaurativa, sendo eles: a Mediação (modelo de utilização majoritária), a Conciliação, a Reunião de Grupo Familiar ou Comunitária e os Círculos Decisórios ou Grupos de Sentença.

A mediação é o modelo de justiça restaurativa mais utilizados nos países. A mediação traduz-se no encontro entre a vítima e o infrator, com o objetivo de produzir um acordo reparador, usando da mediação de terceiro (mediador). A viabilidade de reparação e a democratização do diálogo presente na mediação favorecem a autoestima e diminuem o impacto da atividade delituosa existente.

A prática da mediação vem demonstrando que o aperfeiçoamento na relação entre vítima e infrator, vem ocasionando a redução pânico da vítima e aumentando as chances de cumprimento do acordo por parte do infrator. A mediação se caracteriza por uma condição aos participantes como afirma Miers:

[...]exige que os indivíduos (quer isoladamente ou como membros da sociedade) encarem e reconheçam os interesses dos outros como condicionantes das suas próprias ações ou omissões. Pensar ativamente e respeitar os interesses dos outros e ajustar o comportamento em conformidade não é somente um meio para atingir um fim, mas o objetivo em si mesmo (MIERS, 2003, p. 51)

A mediação penal permite que o ofendido e o ofensor busquem juntos a solução, fazendo de cada caso uma experiência. Deste modo, cada

conflito pode ser visto como uma oportunidade de constituir laços e de afimar a cidadania que decorrem de um conflito.

O modelo da Reunião de Grupo Familiar tem como solução a proposta dos encontros restaurativos com grupos de familiares, foram introduzidas como uma alternativas aos tribunais, esse modelo busca o resgate e a utilização das tradições que incluem as famílias envolvidas.

A elas geralmente comparecem os infratores, sua família estendida, as vítimas, seus partidários, a polícia, um assistente social e outras pessoas importantes da comunidade. Aos jovens se proporciona um advogado. As vítimas comparecem a cerca de metade das reuniões e os procedimentos foram modificados para encorajar sua participação (McCOLD, 2001, pp. 45-46)

Os acordos, geralmente, integram sanções reparadoras como desculpas, restituição ou serviços comunitários. Um atributo significativo dos métodos é o “tempo de planejamento privado” ofertado ao infrator e à sua família no curso do processo para cogitar e propor um plano de ação para o infrator reconhecer a responsabilidade pelo crime e efetuar indenizações à vítima.

Existem dois métodos fundamentais dessa prática restaurativa: o primeiro chamado de courtreferred – modelo no qual os casos são desviados (diverted) do sistema de justiça sempre que possível (caso neozelandês); e o segundo chamado Police-based – a polícia ou a escola facilitam o encontro entre as partes e familiares (caso da Austrália e da maioria dos Estados norte-americanos) (Pallamolla, 2009, p. 117).

A reunião de grupo familiar geralmente tem aplicação para crimes de menor potencial ofensivo, é similar ao procedimento a medição e podem ser submetidos a esse procedimento por juízes, por advogados, polícia e até mesmo pelas partes envolvidas o que possibilita sua aplicação em diversas fases do processo criminal.

Outro modelo são os círculos decisórios, possuindo uma utilização mais ampla, não sendo empregado apenas para o fim restaurador, sua aplicação pode alcançar problemas da comunidade, promoção de base e atenção para as vítimas e famílias e para a reintegração na comunidade de ex-detentos, podendo também ser empregado para delitos graves.

Nos círculos participam as partes envolvidas no conflito (infrator/vítima), suas respectivas famílias, pessoas ligadas à vítima e ao infrator que queiram apoiá-los, qualquer pessoa que represente a comunidade e que tenha interesse em participar, vem como pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal (Promotores de Justiça, Juízes, Conselheiros, Polícia, etc.) (Pallamolla, 2009, p. 120).

A experiência restaurativa, entretanto, é oportuna e aponta bons índices, como baixa reincidência dos ofensores. Pallamolla apresenta um estudo de caso com esses resultados, com base em pesquisa de Raye e Roberts, vejamos:

Por serem uma forma mais recente de procedimento restaurativo, não existem muitos estudos a seu respeito. Todavia, vale referir uma pequena investigação feita por meio de entrevistas com participantes de círculo de sentença em Milaca e Princeton (Minnesota). O estudo refere que 5 entre 6 ofensores sentiram-se satisfeitos com experiência, tendo sido apoiados pela comunidade e recebido sua confiança. Alguns ofensores, contudo, contestaram a equidade do círculo, alegando que não puderam se expressar livremente. Já a comunidade parece ter percebido efeitos mais positivos, pois muitos referiram ter experimentado forte impacto com o processo. (Pallamolla, 2009, p. 120)

As evoluções dos modelos e das práticas são uma boa forma de se aprimorar o próprio sistema, este aprimoramento culmina em uma justiça penal mais democrática com índices de satisfação dos envolvidos no conflito penal mais favoráveis, e tendo uma retribuição penal mais apropriada, conforme Vitto acrescenta:

Igualmente, do ponto de vista social, o sistema representa ganho ao caminhar em direção à solução efetiva do conflito concreto confiando no comprometimento das partes na busca de uma solução negociada, o que de certa forma minimiza os efeitos negativos da visão distorcida de vitória do Direito em contraposição à derrota do culpado, e traz um enorme potencial de pacificação social (VITTO, 2005, p. 43-44).

Portanto, o sistema da Justiça Restaurativa representa avanços positivos, pois caminha para uma solução válida e efetiva do conflito. A busca pelo Direito Fraterno vem perdurar a busca pelos direitos humanos, indo além da reparação para as vítimas e a punição dos responsáveis, possibilita integração do cidadão infrator, e uma forma para esse cidadão, mais responsável de reparar seus próprios erros.

6 CONCLUSÃO

Como ponderado, a justiça restaurativa surge como uma contraposição ao sistema retributivo de justiça criminal, centrada em uma alternativa para a solução de conflitos na forma da aplicação da punição, na qual o ofensor é um cidadão responsável e humano, que se põe no lugar do ofendido (vítima), e torna a ressocialização eficaz.

É possível afirmar que a justiça restaurativa expressa relevantes vantagens em relação à justiça retributiva, seja para a vítima, já que esta possui um papel importante no procedimento, seja para o réu, que estará apto a reparar os erros produzidos, bem como para a sociedade de modo geral, pois proporciona a restauração de relações perdidas por conta da infração e promove a concretização de princípios constitucionais como o da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, essa nova alternativa ratifica a definição democrática de Estado, sob a óptica participativa, estabelece mais humanização e responsabilidade diante da sociedade. Trata-se da aproximação do cidadão ofensor, vítima e comunidade, de uma maneira que o ofensor encontre uma forma responsável de reparar seus próprios erros.

A justiça restaurativa não representa uma solução para todas circunstâncias, mas busca uma complementação para o sistema atual como uma terceira via da aplicação da pena. O aperfeiçoamento dessa forma de aplicação da justiça poderá culminar em uma justiça criminal mais democrática, com maior nível de satisfação entre as partes envolvidas no conflito, obtendo uma retribuição penal mais adequada.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Marchese di, Dos Delitos e das penas, Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2011.

BOONEN, P. M. **Justiça restaurativa e mediação**. Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/corregedoria/pdf/curso/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20e%20Media%C3%A7%C3%A3o%20-%20Palestra.ppt>>. Acesso em: 5 out. 2017.

BRACHER, Leoberto; SILVA, Susiâni. (Org.). **Justiça para o século 21: instituindo práticas restaurativas: semeando justiça e pacificando violências**. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

CAPITÃO, L.C.D. **Sócio-educação em xeque: interfaces entre justiça restaurativa e democratização do atendimento a adolescentes privados de liberdade**. 2008.

Dissertações (Mestrado em Serviço Social). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008). Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000200011> Acesso em 16 de abril de 2018.

HUDSON, Barbara. Victims and Offenders. In: VON HIRSCH, Andrew et al (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 178.

MIERS, D. (setembro de 2003). **Um Estudo comparado de sistemas**. Relatório DIKÉ - Proteção e Promoção dos Direitos das

Vitimas de Crime no âmbito da Decisão - Quadro relativo ao Estatuto da Vitima em Processo Penal., pp. 45-60.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático**, 1ª ed. Editorial Ariel, 1994.

NETO, Pedro Scuro. **A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação**. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/10fulltext/scuro2.pdf> >. Acesso em: 25 de abr de 2018.

Pallamolla, R. d. (2009). **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a pena na atualidade**. São Paulo : Ed. RT, 1983. p. 158.

PINTO, R. S. G. **Justiça restaurativa: um novo conceito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro: UERJ, ano 3, v. 3, 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revistaeletronica-de-direito-processual/volume-iii/justica-restaurativa-umnovo-conceito/>>. Acesso em: 19 de dez. 2017.

RAMÍREZ, Sérgio García. **En búsqueda de la tercera via: la justicia restaurativa**. Revista de Ciencias Penales. Iter Criminis. Cidade do México: Inacipe, n. 13. Abr./Jun 2005.

Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL. Versão portuguesa livre produzida por PINTO, Renato Sócrates. Disponível em:<http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material de Apoio/Resolucao ONU 2002.pdf>. Acesso em: 28 de abr de 2018

SALIBA, Gonçalves Marcelo. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

VITTO, R. C. P. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: BASTOS, M. T.; TAMM, S. R.; RENAULT, C. (Org.). **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

Disponível em: <www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA>. Acesso em: 22 fev. 2018.

NOTA:

[1] Se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las três R": Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito. (Texto Original em Espanhol) (RAMÍREZ, 2005, p. 199)

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA FERRAMENTA EFICAZ

SARAH GREGORIO ERCOLIN:

Bacharelanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

Airton aloisio schutz^[1](Orientador)

RESUMO: O presente trabalho destina-se ao estudo da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Primeiramente, será discorrido sobre a personalidade jurídica, seu surgimento, suas características, bem como a que se destina. Posteriormente, será definido o Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, objeto de estudo deste artigo, que contemplará sua evolução histórica e a introdução do instituto no direito brasileiro. Será apreciada também as hipóteses de aplicação do referido instituto, tornando possível identificar sua inquestionável relevância para todo o direito, portanto justifica a importância de todos os pontos estudados.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Evolução histórica. Hipóteses de aplicação. Personalidade jurídica.

ABSTRACT: The present work is aimed at the study of Disregard of Legal Personality. Firstly, it will be discussed on the legal personality, its appearance, its characteristics, as well as its intended purpose. Subsequently, the Institute for Disregard of Legal Personality will be defined, object of study of this article, which will contemplate its historical evolution and the introduction of the institute in Brazilian law. It will also be appreciated the hypotheses of application of this institute, making it possible to identify its unquestionable relevance for all law, therefore justifies the importance of all points studied.

Keywords: Disregard of Legal Personality. Historic evolution. Hypotheses of application. Legal personality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a Desconsideração da Personalidade Jurídica, *disregard doctrine*, suas teorias e hipóteses de insidência, bem como a aplicabilidade no direito brasileiro. O interesse pela desconsideração da personalidade jurídica não é tão recente no direito brasileiro, pois, tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira já mencionavam o instituto desde os anos 60 do século passado com o jurista Rubens Requião.

O direito atribui personalidade não só aos seres humanos, mas igualmente a sociedades empresárias que se constituem por meio do ajuntamento de pessoas que possuem um interesse comum na realização de determinada atividade econômica. A sociedade empresarial é um sujeito de direitos e deveres independente em relação aos sócios que a compõem, possui patrimônio próprio integralizado pelos sócios e concede maior segurança em relação aos riscos da atividade empresarial. Ocorre que, sendo a sociedade conduzida por seres humanos, que são falhos, a sociedade é utilizada como ferramenta para a consumação de atos fraudulentos e abusivos em decorrência da personalidade adquirida. Foi para conter a prática de atos como o abusos de poder, a fraude, a confusão patrimonial, e o desvio de finalidade que se criou a desconsideração da personalidade jurídica.

Para entender como ocorre a desconsideração da personalidade jurídica, em primeiro lugar, necessário se faz tratar sobre a personalidade jurídica, com o objetivo de compreender o que levou à sua criação e os benefícios que advém dela, tendo em vista que, conforme dito, a desconsideração originou-se a partir da necessidade de controlar os danos causados por aqueles que dela se valeram para atuar de forma indevida. Após discorrer sobre a personalidade jurídica passará a ser tratado sobre a desconsideração da personalidade jurídica, da mesma forma entendendo o surgimento do instituto no direito internacional e a sua positivação no direito brasileiro, bem como as hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

1. A PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes de tratar especificamente sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica, é mister conceituar a personalidade jurídica, suas características, o motivo da sua criação e os benefícios que surgem juntamente com ela.

A sociedade empresária é a vontade de duas ou mais pessoas de unirem seus esforços e bens para uma certa finalidade, passando a existir uma associação ou uma sociedade de pessoas. Para Bruno Mattos e Silva em um sentido estrito, “[...] sociedade é uma união de pessoas que se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (SILVA, 2007, p. 175).

Nem sempre a sociedade é uma pessoa jurídica, uma vez que as vontades dos seus integrantes poderão ser direcionadas a algo que o direito não confere personalidade jurídica. Tem-se desta forma que poderão existir sociedades não-personificadas e as sociedades personificadas. A personalidade jurídica é a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações, ainda que necessária a assistência ou a representação por outras pessoas, ou seja, quem tem personalidade jurídica é sujeito de direitos e deveres jurídicos.

O conceito clássico assentado pela doutrinadora Maria Helena Diniz nos ensina que a pessoa jurídica cuida-se de uma realidade dotada de autonomia, capaz de direitos e obrigações independentes de seus componentes e sem nenhum vínculo com estes: “agindo por si só, comprando, vendendo, alugando etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte” (DINIZ, 2007, p. 229). Orlando Gomes (1990) aduz que as pessoas jurídicas seriam entidades autorizadas pelo direito a atuar no campo jurídico, assegurando-lhes a existência e permitindo-as contrair obrigações e adquirir direitos. Em outras palavras, tem-se que as pessoas jurídicas são sujeitos de direitos criadas com o intuito de atingir uma determinada finalidade, uma autonomia própria e independente de seus sócios.

Existem alguns grupos de teorias que tentam explicar a concessão da personalidade jurídica, a *Teoria da ficção*, *Teoria do patrimônio-fim* e a *Teoria da personalidade real*, que se remetem à Idade Média. A partir

dessas teorias surgiu a de que a personalidade jurídica decorre de um ato de concessão formal do Estado, é algo que está inserido no poder discricionário do legislador, uma vez que a simples vontade de particulares não tem o condão de criar sujeitos de direito, sendo necessário assim o preenchimento de requisitos e a prática de atos previstos na legislação (SILVA, 2007).

Desta forma, para adquirir personalidade jurídica, é necessário que seja inscrito o ato constitutivo ou estatuto da sociedade no respectivo registro, a Junta Comercial ou no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, conforme dispõe os artigos 45, 985 e 1.150 do Código Civil. Uma das principais características que a pessoa jurídica passa a possuir a partir da aquisição da personalidade jurídica, segundo Amaral, é a sua total autonomia em relação aos membros, pessoas naturais, que a constituem:

Essa independência revela-se no patrimônio, nas relações jurídicas e na responsabilidade civil, sabido que o novo ente não responde pelos atos de seus membros, nem estes por atos daquele, salvo expressa disposição legal ou contratual (AMARAL, 2011, p.301).

A separação da personalidade do sócio da personalidade jurídica da sociedade traz como consequência a intangibilidade dos bens do primeiro para solvência das obrigações da segunda. Esta é a regra no nosso ordenamento pátrio. Para Rizzardo, [...] como regra geral, não se deve imiscuir os patrimônios, e muito menos as responsabilidades. [...] a existência de personalidade jurídica impõe em responsabilizar as sociedades, sejam de que tipo forem, tanto na órbita contratual como na extracontratual [...] (RIZZAARDO, 2007, p.1111).

Portanto, em decorrência da concessão de personalidade às pessoas jurídicas, as sociedades são detentoras de capacidade para a prática de atos, tendo personalidade jurídica própria e patrimônio incomunicável com o de seus sócios. Conseqüentemente, os bens da sociedade não se confundem com os bens particulares dos seus integrantes, tampouco respondem os sócios pelas obrigações da sociedade, sendo a própria pessoa jurídica a titular de direitos e a responsável ao contrair obrigação,

pelo seu adimplemento e pelos efeitos do inadimplemento. Isso significa dizer que, em situações normais e de acordo com a lei, não serão alcançados os bens dos sócios, ou mesmo dos administradores.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A importância da personificação de uma sociedade empresarial e dos seus efeitos, levou a uma supervalorização da autonomia patrimonial, tornou-a intocável, não sendo possível seu afastamento. Tida como um ponto de elevada importância, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre foi prestigiada e considerada essencial, de forma que não se admite sua superação. Não se pode olvidar que a personalidade jurídica deve ser utilizada para propósitos legítimos, não deve ser distorcida. Entretanto, caso esses propósitos sejam desvirtuados não pode prevalecer a intocabilidade da separação patrimonial.

A partir do século XIX, começaram a surgir as preocupações acerca da má utilização da pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial, de forma que foi necessário buscar meios legais para reprimir aqueles que corrompiam a finalidade da personificação da sociedade empresária e aproveitavam-se dela para alcançar fins não idôneos. Identificou-se então que era imprescindível relativizar a autonomia patrimonial para que aqueles não alcançassem resultados contrários à lei.

O berço da desconsideração da personalidade jurídica está nos países que adotam o *common law*. Segundo Antonio Cecílio Moreira Pires:

[...]a decisão judicial precursora da teoria da desconsideração da personalidade jurídica remonta ao ano de 1809, no caso *Bank of United States x Deveaux*, quando o juiz Marshall [...] acabou por desconsiderar a personalidade jurídica, sob o fundamento de que não se tratava de sociedade, mas sim de sócios contadores (PIRES, 2014, p. 112).

Outro caso que teve grande destaque foi o Caso *Salomon x Salomon Co.* em 1897 na Inglaterra. Aaron Salomon junto com seis membros da sua família criaram uma companhia, sendo que cada sócio possuía uma ação e

Aaron vinte mil ações, integralizando-as com o patrimônio do seu estabelecimento comercial, um vez que este já realizava atividades mercantis, sob a forma individual. Os credores dos negócios realizados pelo comerciante individual Aaron viram sua garantia patrimonial restar prejudicada em decorrência do esvaziamento do seu patrimônio em favor da companhia. Sendo assim, o juízo de primeiro grau declarou a fraude, tendo sido alcançados os bens do sócio Aaron Salomon. Em que pese a decisão ter restado reformada em segunda instância, era certo de que ali estava a semente da *disregard doctrine*.

A *disregard doctrine* também é conhecida na jurisprudência anglo-saxônica como *disregard of legal entity*. Certo é que, no Brasil a tradução mais acertada é a desconsideração da personalidade jurídica, não devendo se falar em despersonalização uma vez que os dois termos não possuem o mesmo significado. Enquanto despersonalizar seria anular a personalidade, a desconsideração produz o afastamento momentâneo e pontual da personalidade jurídica com o objetivo de afastar também a autonomia patrimonial que surge em decorrência dela, levantar o véu da pessoa jurídica que esconde a pessoa dos sócios.

Trata-se de uma técnica que se aplica aos casos concretos específicos, daí falar-se em suspensão episódica e temporária. A pessoa jurídica continuará a existir para os demais atos, nos quais não se apresente um motivo justificado para aplicar a desconsideração. Por isso, falamos em desconsideração e não em despersonalização (TOMAZETTE, 2017, p.316-317)

No Brasil, o primeiro diploma legal a tratar sobre a desconsideração da personalidade jurídica foi o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 28, Lei n.º 8.078/90. Em seguida surgiu a Lei Antitruste – Lei n.º 8.884/94, que foi revogada pela Lei n.º 12.529/11 que conservou a hipótese da desconsideração no artigo 34. Ainda em 1998, a Lei n.º 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, também tratou sobre a *disregard* no artigo 4º. E finalmente, o Código Civil prevê a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 50.

Independente da teoria adotada para a personificação da sociedade empresarial, ela é uma criação do legislador. Em virtude disso, a desconsideração é o meio pelo qual o legislador busca adequar o uso da pessoa jurídica aos fins para a qual ela foi criada, é o meio pelo qual se limita o uso indevido da pessoa jurídica, é uma forma de relativizar a personalidade jurídica das sociedades. A utilização da pessoa jurídica só se justifica quando usada adequadamente, caso contrário não há razão para a separação patrimonial (TOMAZETTE, 2017).

Quando ocorre o desvio do propósito que ensejou a criação da pessoa jurídica, o não cumprimento da sua função social, nada mais justo do que retirar os benefícios advindos da personalidade jurídica e afastar a autonomia patrimonial e fazer com que não exista mais separação ente a sociedade e os sócios e conseqüentemente estende a eles as obrigações da sociedade, torna a responsabilidade dos sócios ainda que momentânea, ilimitada.

Esse também é o entendimento de Gilberto Gomes Bruschi ao asseverar que:

[...] se a pessoa jurídica seguir todos os parâmetros legais de constituição e de funcionamento, atendendo aos requisitos previstos em seu estatuto ou contrato social, e não ocultar atos ilícitos nem aspectos fraudulentos praticados pelos responsáveis, sua autonomia permanecerá intacta, ficando impossibilitada a invasão da esfera patrimonial de quaisquer dos componentes de seu quadro societário, ainda que haja a insolvência.

[...]

Entretanto, a partir do momento em que a personalidade jurídica é desvirtuada, para por cobro a situações antijurídicas praticadas pelos seus sócios ou acionistas, abusivamente, em prejuízo de terceiros, pode e deve ser desconsiderada sua personalidade jurídica, de forma a penetrá-la,

responsabilizando os sócios que a compõem (BRUSCHI, 2009, p.29 e 31).

Sobre a responsabilização dos sócios, é imperioso destacar o Enunciado 7 da I Jornada de Direito Civil que dispõe: “só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald o propósito da desconsideração da personalidade jurídica é claro: “atribuir responsabilidade patrimonial aos sócios ou administradores que praticaram o ato fraudulento ou abusivo, que passam a responder com seu patrimônio pessoal por uma obrigação constituída, originalmente, pela pessoa jurídica” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 379). Já para Fábio Ulhoa, o objetivo não é só coibir a fraude e o abuso de direito, como também o de garantir o direito de crédito nos casos em que o devedor revela um comportamento deliberado e consciente de prejudicar seus credores, diminuindo maliciosamente seu patrimônio (COELHO, 1995).

Há de se ressaltar que, a desconsideração da personalidade jurídica é uma medida que deve ser utilizada apenas quando necessária e configurados os requisitos fundamentais para a sua aplicação uma vez que ela é exceção, sendo a autonomia patrimonial a regra. A aplicação desmoderada da *disregard* tornaria sem propósito a existência da pessoa jurídica. De acordo com Antonio Cecílio Moreira Pires a essência para a desconsideração da personalidade jurídica consiste na existência da entidade personalizada que, momentaneamente é ignorada em favor dos credores de boa-fé, em razão de decisão judicial, sendo uma exceção ao princípio da separação patrimonial (PIRES, 2014).

Existem duas formas diferentes para justificar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e superar a autonomia patrimonial entre o patrimônio da sociedade empresarial e dos sócios, são chamadas de teoria maior e teoria menor, sendo que a teoria maior divide-se em teoria maior subjetiva e teoria maior objetiva.

Na teoria maior a desconsideração da personalidade jurídica só será possível em cada caso concreto e a autonomia patrimonial poderá ser

ignorada face a existência de fraudes e abusos praticados em decorrência da autonomia patrimonial. Conforme dito, essa teoria divide-se em teoria maior subjetiva e teoria maior objetiva. Na teoria maior subjetiva, o pressuposto fundamental para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica segundo Faria e Rosenvald é a “demonstração da *fraude* ou do *abuso* com a *intenção* deliberada de prejudicar terceiros ou fraudar a lei” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 383). Nessa mesma linha Fabio Ulhoa Coelho diz que “não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência” (COELHO, 2011, p. 153 e 154). O prejuízo do credor não é suficiente para afastar a autonomia patrimonial, deve ser comprovada a manipulação fraudulenta a busiva da pessoa jurídica. Caso não sejam comprovados esses pressupostos, o credor deverá suportar a insolvência do devedor. Já a teoria maior objetiva está mais concentrada nos aspectos funcionais do que na intenção do sócio, de forma que os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são objetivos, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento, a perca do objeto social. Certo é que, de acordo com a teoria maior, sempre serão exigidos os requisitos legais específicos para a aplicação da desconsideração.

A exemplo disso, tem-se: i) o Código de Defesa do Consumidor, que elenca o abuso de direito, o excesso de poder, a infração da lei, o fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, a falência, a insolvência, o encerramento da atividade propovada por má administração, para aplicar a desconsideração como forma de proteger o consumidor, parte mais fracada da relação; ii) o artigo 34 da lei 12.529/11 também prevê os mesmos requisitos que o Código de Defesa do Consumidor para a desconsideração da personalidade jurídica, contudo com um objetivo diferente, busca-se assegurar o interesse público; iii) o artigo 50 do Código Civil segundo o qual poderá ser aplicada a desconsideração em caso de abuso da personalidade jurídica, que é caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, cabendo aplicação quer no âmbito civil como no trabalhista, de forma subsidiária;

Conforme exposto acima, verifica-se que os três diplomas elencam hipóteses, requisitos, a serem cumpridos para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, e conseqüente suspensão da eficácia da separação patrimonial.

Por outro lado, a teoria menor tem como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica o simples prejuízo do credor, ou seja, o mero não pagamento do crédito, para afastar a autonomia patrimonial. Se a sociedade empresarial não honrar com suas obrigações e não possuir patrimônio para fazê-lo, mas os sócios forem solventes, será aplicada a desconsideração da personalidade jurídica (TOMAZETTE, 2017). Torna-se dispensável a comprovação dos pressupostos subjetivos da fraude ou abuso de direito, sendo suficiente a prova do prejuízo causado pela pessoa jurídica para a aplicação da *disregard of legal entity*.

A teoria menor é adotada pela Lei n.º 9.605/98, artigo 4º dispondo que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Nesse sentido observa-se que o legislador não atribuiu hipótese/requisito objetivo ou subjetivo, intenção ou não do agente, mas trouxe de forma genérica a personalidade como obstáculo para o ressarcimento do prejuízo ao meio ambiente. Portanto, a pessoa jurídica ao se encontrar em estado de insolvência, enseja o levantar do véu da pessoa jurídica, deixando ao alcance a pessoa dos seus sócios.

Portanto, para a teoria maior, seja subjetiva ou objetiva, para a aplicação da desconsideração é necessário atender ao requisito esquisitico, de forma que nem todo caso de responsabilização do sócio é hipótese para a incidência da *disregard doctrine*, por outro lado, para a teoria menor, considera-se toda e qualquer responsabilização do sócio por dívida da empresa um caso para a aplicação da desconsideração (FARIAS e ROSENVALD, 2010). Nessa linha, transfere-se o risco do empreendimento para os sócios e administradores, e passam a responder pelos atos da sociedade, independente de ação fraudulenta.

Embora as duas teorias, teoria maior e teoria menor, sejam completamente distintas, elas servem para determinar a superação da

autonomia patrimonial, seja por fraudes ou quaisquer situações diversas em que o sócio responde pelas obrigações da empresa. A legislação utiliza em certas hipóteses a teoria maior e em outras a teoria menor, como é o caso do Código Civil no artigo 50 e a Lei n.º 9.605/98, artigo 4º, respectivamente.

3. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto, e trazer ao alcance o sócios que ficam cobertos pelo véu da autonomia patrimonial, em primeiro lugar é mister que se trate de um ente personalizado. A desconsideração da personalidade jurídica busca suspender momentaneamente a eficácia da personalização, caso não haja a sociedade empresarial personalizada, não se tem o que desconsiderar. Em segundo lugar, é necessário que o caso concreto se enquadre em alguma hipótese ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica, pela ótica da teoria maior, uma vez que conforme dito anteriormente, segundo a teoria menor, o simples inadimplemento do crédito é capaz de ensejar a desconsideração da personalidade jurídica.

4.1 ABUSO DE DIREITO

A desconsideração da personalidade jurídica busca tutelar o princípio da boa-fé, onde que não se admite qualquer prática abusiva da sociedade empresarial para se afastar das suas obrigações. Embora o abuso de direito não seja a única forma de uso indevido da pessoa jurídica, é um princípio geral onde a teoria está amparada no direito brasileiro pelo artigo 187 do Código Civil quando diz que, "comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Não é possível elencar todas as hipóteses de abuso de direito, mas certo é que a sua existência se reflete como uma prática com o propósito de causar dano à outra pessoa. No abuso de direito, o ato praticado em si é lícito, permitido pelo ordenamento jurídico. Contudo, em dado ponto ele é exercido em excesso, foge à sua finalidade, ultrapassa seus limites e gera

um mal-estar no meio social, causa danos a terceiros. Esse é o entendimento de Rolf Madaleno quando diz que:

Quando alguém, portanto, extrapola no exercício de seu direito, dele abusa, podendo ocorrer de este abuso ser praticado sob o manto da pessoa jurídica, que é utilizada para encobrir a prática de atos ilícitos e prejudiciais ao direito de terceiro, deflagrando o abuso da forma e da sociedade empresária, em evidente acinte aos fins sociais, aos princípios da finalidade econômica e às bases morais da personalidade jurídica (MADALENO, 2009, p.85).

Para Tomazette, dois exemplos frequentes de abuso do direito são a subcapitalização e a dissolução irregular. A subcapitalização, se dá quando os sócios não mantêm na sociedade empresarial o capital adequado para a realização do objeto social da empresa, isto é, o capital entra na empresa e são distribuídos exclusivamente entre os sócios e não são reaplicados no ente, o que o torna incapaz de cumprir suas atribuições. Gerir uma sociedade empresarial sem o capital suficiente, é um abuso da pessoa jurídica, de forma que a capitalização adequada é uma condição necessária para a autonomia patrimonial.

O segundo exemplo de abuso do direito autorizador da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, é a dissolução irregular. Essa situação ocorre quando os sócios se valem da autonomia inerente à pessoa jurídica para a realização do rateio patrimonial, mas sem a observância das normas necessárias à dissolução regular da sociedade, gerando, evidentemente, prejuízos para os credores da sociedade.

4.2 FRAUDE

Na fraude, o negócio jurídico é feito para prejudicar credores em benefício próprio ou de terceiros, sendo necessário para a sua caracterização a intenção de lesar, de forma que sua prática desvirtua intencionalmente a verdade do negócio jurídico, podendo ser este ser negócio unilateral ou negócio bilateral. Portanto, são pressupostos da

fraude a má-fé e a intenção de lesar terceiro, a consciência de produzir dano. Na fraude por meio de pessoa jurídica, a personalidade é utilizada para atingir objetivos diversos daqueles para sua criação, desviando o objetivo societário, usando da autonomia patrimonial para fins ilícitos. O princípio dos negócios jurídicos é a boa-fé, portanto nada mais justo do que perseguir aqueles que reduzem fraudulentamente o patrimônio ou as garantias dos negócios em detrimento de terceiros, sejam credores ou não. Segundo Madaleno, a fraude é?:

[...] sino?nimo de ma?-fe?, logro, artifi?cio utilizado para ocultar a verdade ou esquivar-se do cumprimento de uma obrigac?a?o, e, logicamente, causando um prejui?zo a outrem. Esta? presente na fraude a intenc?a?o de induzir terceiro ao engano, com o propo?sito de causar um prejui?zo, uma lesa?o aos interesses econo?micos de outra pessoa, ou mesmo na promoc?a?o de uma contravenc?a?o contra?ria, portanto, ao direito e a? regra juri?dica a que esta? vinculado (MADALENO, 2009, p.89).

Um exemplo interessante é o descumprimento de cláusula de não restabelecimento. Quando o comerciante aliena seu estabelecimento, normalmente é imposta cláusula em que o alienante não pode se restabelecer gerando concorrência ao comprador. Tem-se neste caso uma obrigação para o alienante, que para se furtar do cumprimento, poderia criar uma nova pessoa jurídica, com existência distinta, não sendo importado o não restabelecimento (TOMAZETTE, 2017). A criação da pessoa jurídica em si é lícita, contudo neste caso a sua finalidade foi desviada, pois foi criada e utilizada com intuito de fraudar o compromisso firmado com o adquirente. Se não fosse este o intento, não seria necessária a criação de nova sociedade empresarial, bastaria continuar com as atividades da empresa anterior, dentro dos parâmetros exigidos no contrato de alienação.

Outra hipótese de fraude, no caso de credores, ocorre no âmbito das relações familiares, seja cônjuge ou filho que possui o direito de receber verbas alimentares. Nesses casos a fraude pode se dar quando o ex-

cônjuge ou devedor de alimentos esvazia-se do seu patrimônio, transferindo-o para a sociedade empresarial, causando dano ao consorte ou ao recebedor de verbas alimentares.

Outra espécie de fraude é a fraude à execução. Diferente da fraude à credores, o desvio dos bens pertencentes ao devedor se dá no curso do processo de execução, seja o desvio real ou simulado. É pressuposto da fraude à execução a existência de uma ação contra o devedor, bem como a alienação ou oneração dos bens pelo devedor, conforme disposto no artigo 792 do Código de Processo Civil.

4.3 CONFUSÃO PATRIMONIAL

O artigo 50 do Código Civil trouxe como hipótese para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica a confusão patrimonial. O benefício destaque da personificação da sociedade empresarial é a autonomia patrimonial, que garante aos sócios a separação do seu patrimônio do patrimônio da empresa, fato que torna os riscos da atividade restritos à sociedade empresarial, não havendo como confundir ou misturar os patrimônios. Portanto, a confusão patrimonial tira a razão da existência da autonomia patrimonial.

Cristiano Chaves e Nelson entendem que:

[...] a *confusão patrimonial*, que também é critério para efetivar a desconsideração, pode ser caracterizada em hipóteses diversas, nas quais o sócio utiliza o patrimônio da pessoa jurídica para realizar pagamentos pessoais e vice-versa, atentando contra a separação das atividades entre empresa e sócio. É o que se convencionou chamar de *comingling of funds*, ou seja, *promiscuidade de fundos*, explicitando essa mistura patrimonial. Sem dúvida, é hipótese bastante comum, podendo ser muito bem exemplificada com casos envolvendo empresa controladora e empresa controlada (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 386).

A separação entre a sociedade empresarial e seus sócios deve ser clara, mantendo a empresa sua autonomia patrimonial, e essa autonomia inclusive é um estímulo para a exploração da atividade empresarial, por não comprometer o patrimônio pessoal dos sócios. Tendo em vista a importância que possui a autonomia patrimonial, é justificável a desconsideração da personalidade jurídica, sendo esta uma hipótese de destaque.

4.4 DESVIO DE FINALIDADE

A sociedade empresarial, devidamente constituída, deve realizar suas atividades seguindo a lei e os parâmetros estipulados em estatuto ou contrato registrado no órgão competente. Segundo Cristiano e Nelson, “o *desvio de finalidade* tem ampla conotação e sugere uma fuga dos objetivos sociais da pessoa jurídica, deixando um rastro de prejuízo, direto ou indireto, para terceiros ou mesmo para outros sócios da empresa” (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 386). No mesmo sentir, Antonio Cecílio Moreira Pires esclarece que “o desvio de finalidade somente restará configurado quando a sociedade for utilizada para finalidades diversas daquelas estabelecidas em seu objeto social” (PIRES, 2014, p. 118).

No desvio de finalidade, a pessoa jurídica opera de forma contrária aos princípios da sua criação e às regras legais. Madaleno entende que “quando desborda de sua atividade lícita, a pessoa jurídica pode ser chamada a responder pelo fato de outrem e o artigo 50 do Código Civil reconhece a responsabilidade pessoal do sócio ou do administrador” (MADALENO, 2009, p. 102) aplicando de forma pontual a *disregard doctrine* face o desvio de finalidade.

O desvio de finalidade que o artigo 50 do Código Civil se refere é justamente este, o uso incorreto da pessoa jurídica. Portanto, a desconsideração da pessoa jurídica é meio pelo qual se coíbe o uso indevido da sociedade empresarial e adequa a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada.

4.5 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

A desconsideração da personalidade jurídica, que levanta o véu da autonomia patrimonial para alcançar os sócios, visa coibir atos fraudulentos, de abuso de direito, de desvio de finalidade e de confusão patrimonial praticados pela pessoa jurídica sob a proteção da autonomia patrimonial. Há também uma quinta hipótese ensejadora da aplicação da desconsideração, contudo de forma inversa. Para Cristiano e Nelson:

[...] a partir do momento em que se isola o fundamento jurídico da admissibilidade desta teoria, fácil é depreender a admissibilidade do inverso: é possível igualmente, desconsiderar a (mesma) autonomia da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigações assumidas pelos seus sócios (FARIAS e NELSON, 2010, p. 393).

Essa quinta hipótese para aplicação da desconsideração, que visa alcançar os bens da sociedade (o oposto das outras quatro), ocorre quando os sócios se valem da autonomia patrimonial e agem de forma a ocultar os seus bens na sociedade. Admite-se a desconsideração inversa da personalidade jurídica para suspender a autonomia patrimonial e responsabilizar a sociedade por obrigações assumidas pelos sócios, e não pela sociedade. Esse também foi o entendimento firmado na IV Jornada de Direito Civil, quando do enunciado 283 diz que "é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros".

Uma área com grande possibilidade de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica é no Direito de Família. Um exemplo claro dessa situação ensejadora da desconsideração inversa acontece quando o cônjuge ou companheiro adquire bens com recursos próprios e registra-os em nome de pessoa jurídica que ele ou terceiro 'laranja' tenha controle. Outro exemplo é o esvaziamento do patrimônio pessoal em favor da sociedade empresária por parte do sócio que tenta se esquivar do pagamento de verbas alimentícias ou da partilha de bens com o futuro ex-cônjuge. São em casos como estes que é possível responsabilizar a

sociedade pelo valor devido ao cônjuge na meação ou ao credor de alimentos.

1. ASPECTOS PROCESSUAIS

Em primeiro lugar, é imperioso definir em que momento deve-se requerer a desconsideração da personalidade jurídica. Segundo Gilberto Gomes Bruschi, existem duas correntes que tratam sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. A primeira corrente sustenta a idéia de que é necessária a propositura de uma ação de conhecimento paralela à execução para ali se formar um título executivo judicial que permita atingir os patrimônios dos sócios ou representante da pessoa jurídica, levando-o a ingressar no polo passivo da execução. Essa corrente se baseia na necessidade de dilação probatória e no princípio do contraditório e da ampla defesa, para justificar a necessidade da ação de conhecimento. Já a segunda corrente, à que o mencionado autor segue, diz que a desconsideração pode ocorrer de forma incidental, na própria ação de execução dependendo da simples comprovação das hipóteses para aplicação. A partir daí, poderia recair constrição sobre os bens particulares da pessoa física integrante da sociedade empresarial. A ideia dessa corrente é que o processo deve correr de forma célere, não desprezando os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (BRUSCHI, 2009).

Para Cristiano e Nelson, "é possível que, através de ação cautela incidental ou mesmo através de um incidente instaurado no processo de execução, seja desconsiderada a personalidade jurídica, permitindo que a execução venha a incidir sobre o patrimônio dos sócios" (FARIAS e NELSON, 2010, p. 396). Desta forma, não se justifica exigir a propositura de uma ação autônoma de conhecimento para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, bastando que seja seguido o devido processo legal. Certo é que não se pode esquecer que a aplicação desmoderada, irrestrita, feriria os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Após verificado o momento oportuno para requerer a desconsideração, cumpre entender qual é a natureza jurídica da *disregard of legal entity*. A natureza da desconsideração da personalidade jurídica é

uma espécie de intervenção de terceiro, uma vez que se busca a responsabilização patrimonial de terceiro que ainda não integra a relação processual. Se e quando o terceiro ingressar no processo ele perderá a qualidade de terceiro e passará a ser qualificado como parte na lide.

O Código de Processo Civil reservou o capítulo IV do Título III, Livro III, para tratar sobre a desconsideração da personalidade jurídica, que também é aplicado nas ações trabalhistas, conforme disposto no artigo 855-A da CLT. É possível verificar que o referido código prevê que como parte legítima para requerer a desconsideração a parte ou o Ministério Público, quando houver interesse, art.133. A parte interessada, seja exequente ou o MP, quando requerer a desconsideração da personalidade jurídica deverá comprovar o preenchimento dos pressupostos legais para sua aplicação.

No caso de restar comprovada a hipótese ensejadora da desconsideração, o Poder Judiciário está autorizado a fazer recair sobre os sócios a responsabilidade pela dívida assumida em nome da sociedade empresária. O juízo responsável pelo processo proferirá decisão interlocutória, haja vista o requerimento incidental, tendo como recurso adequado a se manejar o agravo de instrumento, conforme disposto no artigo 1.015, inciso IV do Código de Processo Civil.

1. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme aludido, a criação da desconsideração da personalidade jurídica se deu com a finalidade de coibir certas práticas por parte dos sócios da sociedade empresária. Ela passou por uma evolução, que surgiu da ideia de doutrinadores inovadores que buscavam a solução para o mau uso da autonomia patrimonial, até ser positivada. Tem como indispensável o preencher de requisitos, bem como há uma forma correta de se postular sua aplicação.

A desconsideração da personalidade jurídica é uma ferramenta importante e eficaz no combate à fraude, abuso de direito, confusão patrimonial e desvio de finalidade praticados sob o manto da autonomia patrimonial. A superação da ideia de ser intangível a autonomia patrimonial possibilitou a criação dessa ferramenta e tornou admissível a suspensão

momentânea, no caso concreto, do véu da separação patrimonial. Um dos benefícios advindos disso foi a possibilidade de satisfação dos credores de forma mais eficaz e célere, quando configurados os requisitos para a desconsideração.

Não se pode admitir que a autonomia patrimonial sirva de instrumento para prejudicar terceiros. Contudo, a desconsideração da personalidade jurídica tem caráter excepcional, e isso é essencial para que essa ferramenta também não se desvirtue, não fuja do seu propósito. Apesar da autonomia patrimonial não ser mais intocável, certo é que ela é a regra, de forma que a sua desconsideração uma exceção. Aplicar desmoderadamente e sem se observar os requisitos necessários, a desconsideração da personalidade jurídica acabaria por extinguir a personalidade jurídica.

É destaque que a desconsideração da personalidade jurídica é uma ferramenta para aperfeiçoar a pessoa jurídica, pois corrige as arestas provocadas pelas práticas indevidas, sem torná-la inexistente. Contribui para que os sócios e administradores busquem cumprir a função social da sociedade empresarial, atuem de forma correta para com seus credores respeitando os princípios que norteiam os negócios jurídicos e mantenham seu patrimônio da forma que preceitua a lei. A desconsideração da personalidade jurídica restaura ordem àquilo que foi desviado.

1. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL, Enunciados. Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/249>>. Acesso em 04 maio 2018.

BRASIL, Enunciados. Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/653>>. Acesso em 27 abr. 2018.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 26 abr. 2018.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 26 abr. 2018.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 26 abr. 2018.

BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Desconsiderac?ao da personalidade juri?dica**: aspectos processuais. – 2. ed. – Sa?o Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. – 8. ed. 2ª tiragem. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **A desconsiderac?ao judicial da pessoa juri?dica e da interposta pessoa fi?sica no direito de fami?lia e no direito das sucesso?es**. – 2a ed., – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIRES, Antonio Ceci?lio Moreira. **A desconsiderac?ao da personalidade juri?dica nas contratac?oes pu?blicas**. – Sa?o Paulo: Atlas, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo – **Direito de empresa**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa**: teoria da empresa e direito societário / Bruno Mattos e Silva. – São Paulo: Atlas, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria geral e direito societário, v. 1. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**: busca de sua natureza jurídica. Carta Forense, 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-busca-de--sua-natureza-juridica/15298>>. Acesso em 04 maio 2018.

NOTAS:

[1] Professor orientador: Doutor; Faculdade Católica do Tocantins; e-mail: notrias10@gmail.com

ANÁLISE DAS CONVENÇÕES 29 E 105 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

ADRIANA LETÍCIA SARAIVA LAMOUNIER RODRIGUES: Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade de Roma Tor Vergata em cotutela com a Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Sindical pela Università degli Studio di Roma Tor Vergata. Graduada em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

RESUMO: O presente trabalho, cuja metodologia é descritiva, objetiva analisar, pormenorizadamente, os artigos das Convenções de nº 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho, de modo a explicar a normativa internacional acerca do trabalho forçado. Primeiramente, far-se-á um brevíssimo panorama histórico e depois analisar-se-á as referidas convenções da OIT, comparando-as com a realidade.

Palavras-Chave: Trabalho forçado; Organização Internacional do Trabalho; Dignidade

ABSTRACT: The present study, whose methodology is descriptive, aims to analyze in detail the articles of Conventions nº. 29 and 105 of the International Labor Organization, in order to explain the international rules on forced labor. First of all, a very brief historical overview will be made and then the ILO conventions will be analyzed, comparing them with reality.

Keywords: Forced labour; International Labor Organization; Dignity.

1. Introdução

Desde tempos imemoriais um ser humano escraviza o outro. Nas cidades gregas, aquele que era estrangeiro ou prisioneiro de guerra era escravo. Roma seguiu a tradição escravizando os que perdiam batalhas contra o Império. Séculos mais tarde, o advento do Estado Moderno e o

“achamento”^[1] do Novo Mundo fez com que os europeus escravizassem o negro, em especial, o vindo da África. Neste caso específico, a mácula no Brasil é deveras grande, assunto ao qual voltar-se-á mais tarde.

A natureza humana de egoísmo e acúmulo para si é manifestada na tradição. A força de trabalho sempre teve seu valor, embora^[1] diferente com o passar do tempo. Porém, por mais que ainda não se falasse em capitalismo ou modo organizado de produção, para que uma sociedade funcione alguém tem que trabalhar (nem que seja objetivo dos demais apenas pensar ou guerrear, caso dos cidadãos das POLIS gregas). E sendo assim, melhor para uns que outros trabalhem sem que nada tenham em troca (nem mesmo os frutos do seu trabalho). De um modo ou de outro, havia enriquecimento ou ganho de status, sendo o escravo um objeto tratado como mercadoria, com valor de troca e sem sua personalidade reconhecida.

É da essência do escravo a impossibilidade de definir seu destino. Todos seus atos, serviços, escolhas, responsabilidades são as dadas por seus donos. O escravo perde a capacidade de autodeterminação, de poder decidir sobre si mesmo. Kant elege o ser moral como aquele capaz de agir de forma a seus atos serem espelho para o resto dos demais. E essa ação deve ser feita segundo motor moral interno, despido de motivos egoísticos. A este motor da ação humana o filósofo deu o nome de imperativo categórico. Desdobramento deste primeiro, o segundo imperativo categórico diz que só há possibilidade do ser humano atuar da maneira moral se for capaz de se autodeterminar, ou seja, se tiver poder de escolha sobre sua vida. Vê-se, portanto, a seriedade da escravidão, que tira do homem poder de agir sobre sua esfera decisória, sem contudo afastar sua condição de humano. O escravo pensa e sente, e isto dono nenhum pode dele tirar.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirma, em seu artigo 1º, que os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

O documento, datado de 1789, época da Revolução Francesa, já reconhecia que todos os homens são livres, iguais, não há algum que possa

tolher a liberdade de escolha do outro. Fica óbvio que o trabalho forçado constitui afronta direta e clara ao direito conferido pela Carta. Vários ordenamentos jurídicos, em especial europeus, já proibiam esta forma de trabalho, que continuava a existir de modo escancarado em outros lugares, como no Brasil(foi proibido somente em 1888, com a publicação da Lei Áurea).

Contudo, a escravidão continua a existir até os dias de hoje. Muda de forma, toma outro corpo, mas tem a mesma alma (RODRIGUES, 2015). Não são mais escravos somente os negros. Nem objetos de direitos, mas sim sujeitos. Porém por outras maneiras continuam presos, acorrentados a "donos", sem poder decidir o que fazer, como fazer e especialmente, se querem fazer. Continuam sem o poder de decidir sobre as escolhas que tomam nas suas vidas. O papel que antigamente conferia a condição de dono ao senhor do escravo mudou de cor e hoje vem em forma de notas de dinheiro, que conferem o medo da miséria, da morte de fome.

A Constituição da Organização Internacional do Trabalho, no Anexo II, apregoa que "todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, tem o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade"(grifos nossos). Para fazer cumprir este dispositivo fundamental foi elaborada a Convenção 29, complementada pela 105, que dispõe sobre a proibição do trabalho forçado.

A Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho considera as convenções 29 e 105 obrigatórias, com ou sem ratificação.

Passemos a análise de seus principais artigos.

2. Comentários aos principais artigos da Convenção nº 29 da OIT

Art. 1º : Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível.

A servidão por dívida é a forma mais comum de trabalho forçado da contemporaneidade. Tem-se que a dívida obriga o trabalhador a permanecer no local de trabalho (o trabalhador sente-se compelido a ficar por sua consciência, para manter sua honestidade, ainda que sua dívida não seja legítima). Quando a dívida não é suficiente para retê-lo, ele sofre agressões físicas e morais. Muitas vezes, os empregados são aliciados pelos denominados “gatos” em direção a latifúndios longínquos. Pessoas ou grupos sociais vulneráveis acabam por serem vítimas de descabimentos, como receber promessas de pagamentos ou benefícios para consentirem sua exploração (OIT, 2001)^[2].

Frequentes são também os trabalhos forçado de imigrantes pobres e ilegais, de trabalhadores em terceirizadas de multinacionais, de empregados domésticos (principalmente mulheres e crianças) e o tráfico de pessoas.

No primeiro caso, os imigrantes, como não possuem documentação legal, são impossibilitados de procurarem seus direitos. Fazem-se ameaças e até violência física, utilizando o fantasma da deportação para manter os empregados no confinamento.

Outra realidade dramática é a existência de trabalho forçado na cadeia de produção das multinacionais. Para minimizar as despesas, buscando cada vez mais maximizar os lucros, as macroempresas desmembram o ciclo produtivo, há o deslocamento da etapa de manufatura, por exemplo, da indústria têxtil para países onde não há efetivos direitos trabalhistas (e a fiscalização é quase inexistente).

Para ilustrar a exploração na cadeia produtiva, vejamos o caso Nike:

A organização não-governamental internacional Oxfam divulgou um relatório condenando as condições de dezenas de fábricas da Indonésia que fornecem suprimentos para a Nike e a Adidas.

O documento, intitulado Nós Não Somos Máquinas, afirma que dezenas de milhares de operários ainda vivem em situação de extrema pobreza e trabalham em condições perigosas.

Este é o segundo relatório produzido pela Oxfam, uma entidade com base na Austrália, sobre as condições das fábricas indonésias em menos de dois anos. O objetivo da entidade foi descobrir se as condições de trabalho em fábricas a Nike e da Adidas teriam melhorado desde a publicação do primeiro relatório. Humilhados

Na primeira investigação, foi detectado extremo abuso dos direitos básicos dos trabalhadores, e, de acordo com a Oxfam, a situação não melhorou até agora.

"Foram feitas algumas mudanças, mas elas estão longe de tirar os operários da pobreza, dar a eles condições de trabalho mais seguras e respeitar seus direitos de classe", disse à agência de notícias Reuters o autor do relatório, Timothy Connor.

"Diminuíram os casos de assédio sexual e agora os trabalhadores têm direito a folga se ficarem doentes. Mas eles ainda são humilhados e ouvem seus chefes gritarem que eles são muito lerdos", afirmou Connor.

O novo relatório afirma que a vida dos trabalhadores ainda é dominada pelo medo e pela miséria. Cada trabalhador recebe US\$ 2 (cerca de R\$ 4,7) por dia. A Oxfam alega que os operários que atuam em sindicatos temem perder seus empregos ou sofrer represálias.

O documento diz que ainda acontecem muitos acidentes envolvendo máquinas cortantes e que muitos trabalhadores ficam expostos a uma fumaça composta por substâncias tóxicas (BBC, 2011).

Os domésticos, por sua vez, são alvos do trabalho obrigatório. Em países subdesenvolvidos é comum a existência de trabalho doméstico informal em que adolescentes trabalham cerca de dez horas ganhando menos de um quarto do salário mínimo, envolvendo por vezes até mesmo a

exploração sexual. Tem-se que a fiscalização do trabalho doméstico é extremamente difícil de ser fiscalizado porque o serviço é prestado nas residências. Cabe ressaltar que, nesses casos, costumeiramente, os empregados domésticos moram na própria residência dos empregadores.

Caso de uma menina adotada que foi feita de escrava, de acordo com uma pesquisa realizada pela OIT:

“Era para eu ser filha naquela casa, e me fizeram de escrava”, “Não sei por que minha mãe não me deixou ficar com ela, em casa”(RIZZINI; FONSECA, 2000).[\[3\]](#)

Por fim, o tráfico de pessoas ocorre por meio da sedução de oferta de trabalho legítimo, como em restaurantes, bares, clubes noturnos, em grandes cidades distantes de seus domicílios. Os traficantes cobram caro pela viagem e os trabalhadores, por fim, não conseguem quitar a dívida, tornando-se dominados economicamente. É muito comum, também, que eles tenham seus passaportes confiscados, tão logo cheguem ao destino.

O artigo 2º, 1 conceitua trabalho forçado ou obrigatório [\[4\]](#). Trabalho é o exercício de uma atividade, o ato de ocupar-se manual ou intelectualmente. Já o serviço é uma diligência, uma atividade específica. A Convenção, para não deixar dúvidas, adota os dois termos na definição. Para que se categorize como forçado ou obrigatório há duas qualidades que devem acompanhar o trabalho ou serviço: ameaça de sanção e a não espontaneidade. Para a Comissão de Peritos da OIT no “Estudio General” de 2007, o consentimento da vítima é irrelevante.

Sanção é repressão. Forma de coagir alguém a fazer algo que é caro ao coator. Neste caso, é o mal injusto que promete aquele que pretende obter os frutos do trabalho forçado, a ameaça de invadir esfera alheia seja de forma física ou psicológica. Por exemplo, no caso do tráfico de pessoas é a subtração do passaporte ou os castigos físicos. Ressalte-se que a sanção nem sempre consistirá em ato ilícito. A ameaça do mal, por mais lícito que seja, deve ser fator que faça com que o trabalhador se prenda àquele serviço, dele não consiga sair quando desejar em virtude do medo.

Já no caso do oferecimento espontâneo, importa que a pessoa tenha tolhida sua liberdade de escolha quanto a aceitar, permanecer ou sair daquele trabalho ou serviço. No momento de contratar ou durante a execução do contrato, não há vontade de uma das partes. Somente aquele que contratou, por maneiras diversas, exerce e faz prevalecer por completo o seu desejo, qual seja, manter o trabalhador adstrito ao trabalho, nas condições em que se encontra, não importa quais.

A não espontaneidade significa a restrição da liberdade. A restrição se dá por violência física e psicológica contra a pessoa ou sua família, retenção de documentos, ameaça de deportação, escravidão, servidão por dívida ou penalidades financeiras (RODRIGUES, 2014).

(...) o trabalhador pode estar sofrendo pelo menos quatro formas de coerção: i) econômica – possui dívida contraída com o transporte para a fazenda, compra de alimentos tenta pagar, mas não consegue, pois os preços são exorbitantes, superfaturados; ii) moral/psicológica – o patrão ou o responsável pela propriedade ameaça bater na pessoa e até matá-la, além disso, há o capataz que, armado, vigia o local da prestação de serviço; iii) física – os responsáveis pela fazenda agridem os trabalhadores e chegam a assassiná-los para impedir fugas ou amedrontar os demais^[5]; iv) localização da fazenda – o fator geográfico é bastante importante na restrição do direito de ir e vir; muitas vezes, trata-se de local tão isolado e de difícil acesso, que os trabalhadores não têm a menor condição de deixá-lo (CACCIAMALI, 2011). ^[6]

O artigo 149 do Código Penal Brasileiro abrange não só situações de falta de liberdade em sentido estrito, como o trabalho em jornada exaustiva e em condições degradantes.

Quanto à expressão “condições degradantes” de acordo com o professor Márcio Túlio Viana (2006), o melhor é entendê-la sob um enfoque

não muito amplo – o que não significa reduzi-la aos casos típicos de escravidão. De acordo com ele, seriam cinco as hipóteses previstas:

A primeira categoria se relacionaria com o trabalho escravo *stricto sensu*, ou seja, pressupõe a falta de liberdade. A segunda categoria refere-se à jornada exaustiva, ao exacerbado poder diretivo e ao assédio moral e situações análogas. Já a terceira se liga ao salário, quando se paga valor menor do que o salário mínimo. A quarta categoria, por sua vez, relaciona-se à saúde do empregado em condições aviltantes como água insalubre, barraca de plástico e comida estragada. Por fim, a quinta categoria seria o fato de o trabalhador ser deslocado, em virtude do trabalho, para viver numa periferia qualquer, sem condições dignas (VIANA, 2006).

Estabelecido o conceito de trabalho forçado ou obrigatório, objeto da Convenção, o artigo 2º, 2 estabelece exceções^[7]. São permissivos, casos em que, embora presentes os elementos caracterizadores o trabalho forçado é tolerado pela Organização. Vejamos cada um deles:

Na alínea 'a', verifica-se que a OIT permite que as legislações dos países signatários estabeleçam serviço militar obrigatório, porém apenas os puramente militares. Seria, no caso do Brasil, o serviço militar obrigatório que se conhece por "tiro de guerra", para homens ao completarem 18 anos.

Já na alínea "b", percebe-se que as obrigações cívicas comuns de cidadãos de país soberano também são permitidas pela OIT. São serviços obrigatórios a todos que integram, note, país soberano. Isto porque a Convenção pretende evitar a exploração dos serviços do povo de possível país politicamente dominado por outro (na época da edição da Convenção ainda havia muitas colônias de países europeus). Como exemplo, podemos citar o dos convocados para mesário de eleições.

A alínea "c", por sua vez, é deveras polêmica. A Convenção permite o trabalho forçado do condenado penal, sob a supervisão de autoridade pública. O ordenamento jurídico brasileiro erige o trabalho como uma possibilidade, um direito do encarcerado (artigo 6º da Constituição da República), regulamentado pelo artigo 41, II da lei 7210/84, a LEP. Por sua vez, a Convenção 29 permite que o condenado encarcerado realize trabalho forçado, ou seja, contra sua vontade. A própria LEP, no seu artigo 28,

estabelece, contraditoriamente, o trabalho como direito e dever do encarcerado, portanto, dá a entender que se torna obrigatório.

Polêmicas à parte, preferimos nos filiar à corrente que entende por inconstitucional a aplicação deste inciso no Brasil. Ora, a Constituição da República fala em direito ao trabalho. E ninguém pode ser obrigado ao exercício do seu direito, que nada mais é que uma faculdade.

A alínea "d" permite a condução do trabalho forçado em casos de extrema necessidade da população como um todo, numa clara sobreposição do interesse público face ao privado.

Em todos os casos elencados (guerra, calamidade, incêndio, entre outros) não encontrar a mão de obra necessária para fazer cessar o mal em curso, arrisca a vida da coletividade dos cidadãos e a própria soberania do local atingido.

Por fim, na alínea "e" faz-se referência a pequenos serviços comunitários aos quais todos aproveitariam. É de pouca aplicação prática, pois para imaginá-la, seria necessária uma pequena comunidade onde, por exemplo, todos se revezassem para varrer ruas nos finais de semana. Neste caso, o serviço deve ser necessário à comunidade e poderá ser exigido do cidadão mesmo contra sua vontade.

No art. 3º, a Convenção define o que chamou de "autoridade competente"^[8]. Como já dito anteriormente, à época da edição da Convenção, havia ainda muitas colônias, principalmente no território africano. Por esta razão os eleger uma autoridade do país metropolitano, no caso dos países ainda dependentes politicamente.

Para os demais países, soberanos, o artigo se refere à mais alta autoridade central, o que no caso brasileiro, por exemplo, é o Presidente da República.

O primeiro inciso do artigo 4º erige duas frentes de dever para a "autoridade competente"^[9] dos países signatários, quais sejam a de não

impor nem deixar que imponham trabalho forçado ou obrigatório que favoreça particulares empresas e associações.

A primeira proibição zela para que a autoridade não se valha do poder que possui no território para impor que terceiros trabalhem para ele, mesmo que contra vontade. A Convenção não tolera que desmandos políticos impliquem na consecução do trabalho forçado.

Já o segundo dever diz respeito à posição de autoridade conferida pela OIT. É da sua competência coibir a imposição de trabalho forçado, seja por quem for, que aproveite particulares, empresas, ou associações, constituindo dever de zelo pela efetiva aplicação da Convenção.

O artigo 9º, por sua vez, diz respeito aos trabalhos forçados ou obrigatórios^[10] que são permitidos pela OIT, no artigo 2º desta Convenção (os cinco permissivos já comentados acima). Impõe condições para que se exija a prestação do serviço, demonstrando ser a medida de extrema urgência e absoluta necessidade.

Pela leitura da alínea "a", verifica-se que o trabalho forçado deve ser de interesse real e direto da comunidade a qual pertencem os cidadãos que o prestarão. Caso contrário, mesmo se dentro de um dos casos abstratamente permitidos, não o serão no caso concreto.

Já na alínea "a", nota-se a necessidade do trabalho ou serviço deve ser real, ou seja, atual(chuva que castigou severamente uma região) ou premente, futuro, porém quase certo, na iminência de acontecer(guerra quase declarada, por exemplo).

A alínea "c" estabelece que incumbe à autoridade responsável pela imposição do trabalho demonstrar a impossibilidade de conseguir mão-de-obra voluntária para realizá-lo. Ademais, deve ser pago salário do nível do concedido, em média, naquela região para serviços análogos e as condições de trabalho deverão ser as mesmas.

A alínea "d", por sua vez, preceitua que o serviço, além de necessário, não pode constituir fardo excessivo para a população, sendo exigida a conferência da disponibilidade da mão-de-obra e da sua

capacidade de executar a tarefa. Evita-se, assim, a exploração indevida do cidadão, tendo em vista que a imposição do trabalho em si já é um mau, porém naquelas condições, necessário.

Com este artigo, a Convenção procura regulamentar os casos em que permite o trabalho forçoso, para não prejudicar ainda mais a esfera da liberdade de nenhum cidadão. A imposição é tratada como caso excepcionalíssimo e deve ser minuciosamente estudado frente ao caso concreto, evitando assim, que se burle a Convenção.

O artigo 11 é mais um artigo^[11] da Convenção que se presta a regulamentar a imposição do trabalho forçado nos casos em que este é permitido.

A possibilidade de obrigar ao trabalho é restrita aos adultos do sexo masculino, com idade entre 18 e 45 anos. A Convenção procurou proteger aqueles a quem considera mais frágeis. Exclui as mulheres, crianças e os homens de mais idade, deixando a cargo de pessoas do sexo masculino no auge da vida ativa, considerando a possibilidade de trabalho (RODRIGUES, 2014). Cabe lembrar que à época da edição do texto, a expectativa de vida entre os homens girava em torno de cinquenta anos em média, segundo pesquisa do IBGE.

Além disso, as alíneas "a", "b", "c" e "d", que seguem, elencam outras condições como o atestado médico comprovando que o indivíduo não possui nenhuma doença contagiosa e está apto a trabalhar, dentro do espírito de preservação dos mais frágeis. Deve ser dada dispensa de professores e alunos das escolas primárias, presumindo que os filhos necessitariam dos pais para freqüentarem as escolas, e o vínculo conjugal e familiar deve ser preservado, para que a vida do escolhido não tenha prejuízos posteriores irreparáveis. Outra ressalva importante é a manutenção de um número de homens adultos e aptos ao trabalho nas comunidades, para que não se aniquile totalmente a mão-de-obra do local (mais uma vez, é bom que se lembre que na década de trinta do século passado, a mulher ainda não estava inserida de maneira definitiva no mercado de trabalho).

O inciso 2 complementa o primeiro, ao regulamentar o índice de população adulta masculina que pode ser recrutada ao trabalho forçado. Não pode ultrapassar vinte e cinco por cento (25%) e, em cada caso concreto, faz-se necessária a análise das condições do local, densidade populacional, da época do ano em que acontecerá o recrutamento. Tudo isso para adequar a necessidade do serviço obrigatório ao menor sacrifício da vida normal da comunidade.

O artigo 14 refere-se[12] aos casos permitidos pelo artigo 2º da Convenção. Comentaremos cada inciso dele. O primeiro regulamenta a remuneração do trabalho forçado. Deve ser pago em espécie, isto é, dinheiro, moeda corrente nacional. A OIT, através desta norma, veda o pagamento em utilidades, como, por exemplo, vestuário ou alojamento (o caso da alimentação veremos mais a frente). O salário será calculado com base na média normal da remuneração atribuída a serviços análogos ao que se presta forçosamente. A média pode ser calculada na região onde se presta o serviço ou onde ocorreu o recrutamento, prevalecendo a maior.

O inciso terceiro obriga que o pagamento seja feito ao próprio trabalhador, sem intermediários. Já o quarto, estabelece que os dias de viagem contar-se-ão como dias de trabalho, sendo devido o salário. O quinto e último inciso trata da possibilidade de pagamento de salário em utilidade somente no caso da alimentação. As refeições regulares fornecidas durante o período de serviço podem ser descontadas a título de salário, tomando como base o que se pagaria por elas em espécie. Quanto às demais utilidades, seu desconto é vedado.

Pelo artigo 16, pode-se perceber a preocupação da organização internacional do trabalho em propiciar um saudável ambiente de trabalho[13]. Até porque a saúde e segurança do trabalho são dos direitos fundamentais do trabalhador consagrados de forma explícita e detalhada nas convenções 148, 155 e 161.

O inciso 1 do Artigo 16 veda a transferência do trabalhador em trabalho forçado para regiões de alimentação e clima muito diferentes daquela na qual vive, exceto em casos de real necessidade. Mais uma vez, se preocupa a Convenção com o menor sacrifício do trabalhador, que

lembramos, já sofre o prejuízo de ter sua vontade tolhida. No caso de transferência, o inciso 2 manda que antes de ser procedida, verifique-se todas as medidas de higiene e habitação cabíveis para proteger a saúde do trabalhador. Isto se aplica, como vimos, aos casos de extrema necessidade do serviço. Por fim, o inciso quarto deste artigo apregoa que se o trabalhador for executar serviço diferente daquele com o qual está acostumado, devem ser tomadas medidas de adaptação como treinamento, intervalos, repousos e mudança na dieta. Neste caso, a OIT se preocupa com a mudança de função. Imagine que um torneiro mecânico é convocado às pressas para uma guerra. São necessárias várias medidas de adaptação para que a pessoa se veja em mínimas condições de executar o serviço designado.

Já no artigo 18, a Convenção busca coibir o trabalho forçado de transportadores no transporte de mercadorias e pessoas^[14]. Manda que a autoridade competente o erradique além de tomar diversas medidas concernentes à esta espécie de trabalho quando contratado de maneira voluntária. Por exemplo, é necessário que se fixem limites de carga, percurso e dias de viagem. Além disso, deve ser providenciado atestado médico do empregado que o presta.

Caso a necessidade deste tipo específico de serviço subsuma-se ao artigo 2º, a alínea "f" do inciso 1 manda a autoridade competente regulamentar a execução do trabalho forçado, bem como seu recrutamento.

O trabalho obrigatório de cultivo é regulamentado pelo artigo 19 que dispõe^[15] que tal trabalho só é autorizado em casos de precaução contra a fome ou escassez de alimentos, sendo este o requisito da necessidade ao qual se refere o artigo 2º. Ademais, o produto da colheita será de propriedade de quem os produziu, sejam indivíduos ou comunidade.

O inciso 2 preserva intacta a obrigação de cultivo advinda de lei ou costumes de pequenas comunidades com produção organizada para venda em proveito desta ou consumo próprio.

E o artigo 20 da Convenção nº 29 da OIT, estabelece que uma comunidade não poderá ser punida, pelos crimes cometidas, por meio de trabalho forçado[16].

Cabe ao Conselho de Administração do Secretariado da OIT apresentar à Conferência Geral relatório do desenvolvimento desta Convenção, sendo aberta possibilidade de sua revisão total ou parcial[17], nos termos do artigo 31 da Convenção nº 29. Dada a importância do tema e a urgência de efetividade deste documento, a Organização Internacional do Trabalho deixa pendente seu texto normativo à verificação de aplicação e de resultados práticos verificados nos países signatários, mesmo porque, além de pilar de defesa da ordem mundial do trabalho, este documento se presta à conferir liberdade de escolha aos cidadão dos diversos países que o ratificar.

3.Comentários aos principais artigos da Convenção nº 105 da OIT

O Artigo 1º da Convenção nº 105 da OIT dispõe que:

Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso:

a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente;

b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico;

c) como meio de disciplinar a mão-de-obra;

d) como punição por participação em greves;

e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

A Convenção de 1957 completa o instrumento anterior, exigindo a abolição de toda forma de trabalho obrigatório imposto como sanção, castigo ou medida de coerção ou de educação àqueles que hajam cometido faltas disciplinares no trabalho, hajam participado numa greve ou hajam manifestado opiniões políticas ou ideológicas; a juízo da Comissão, a Convenção ampara essas pessoas contra a imposição de toda forma de trabalho obrigatório, em particular o trabalho penitenciário obrigatório.^[18]

O trabalho forçado nunca poderá ser utilizado como sanção, como uma forma de repressão, tendo em vista ser o trabalho um direito do ser humano, sendo a sua obrigatoriedade em hipóteses restritíssimas elencadas na convenção n. 29.

A utilização do trabalho obrigatório como medida de punição ou coerção feriria o valor do trabalho e violaria abruptamente o princípio-fundamento de um Estado Democrático de Direito, qual seja a Dignidade da Pessoa Humana.

Os outros dispositivos desta convenção apenas determinam o procedimento para sua ratificação, contendo como requisito básico a comunicação ao diretor geral do secretariado da OIT e a possibilidade de denúncia a contar da data de sua entrada em vigor, o que somente poderá ocorrer após dez anos.

4. Considerações finais

As Convenções refletem a iniciativa da OIT em erradicar o trabalho forçado, tendo em vista sempre o trabalho decente, a valorização da liberdade e a preservação da dignidade.

Vê-se que no mundo das idéias, a erradicação do trabalho escravo é um assunto pacífico (convenções OIT, artigos do Código Penal e portarias no caso do Estado Brasileiro). Porém, a realidade fática demonstra que ainda há um longo caminho a se percorrer, que ainda se deve buscar

maneiras de proporcionar a real efetividade da proibição e das punições ao trabalho forçado.

BIBLIOGRAFIA

CACCIAMALI, Maria Cristina. *Dilemas da Erradicação do Trabalho Forçado no Brasil*. VIII Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho – ABET, 2005.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*. OIT, 2010. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=447>

JÚNIOR, Einardo de Sousa. *A OIT e a questão dos trabalhos forçados*. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=366>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção de nº 29, de 1º de maio de 1932*. Trabalho Forçado ou Obrigatório. Genebra, 1932. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang-pt/index.htm

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção de nº 105, de 17 de janeiro de 1959*. Abolição do Trabalho Forçado Genebra, 1957. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235195/lang-pt/index.htm

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Conferência Internacional do Trabalho de 2011*. Genebra, 2011. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229498.pdf

RIZZINI, Irene FONSECA, Claudia. *As meninas e o universo do trabalho doméstico no Brasil. Aspectos históricos, culturais e tendências atuais*, OIT, 2002.

RODRIGUES, Adriana L. S. Lamounier. A escravidão contemporânea como ofensa máxima da dignidade do ser humano. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 17, p. 14-49, 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3 ed, LTr, 2010

VIANA, Márcio Túlio. *Trabalho escravo e "Lista Suja": um modo original de se remover uma mancha*. OIT, 2006

NOTAS:

[1] Utilizou-se o termo "achamento" pois nos filiamos à doutrina histórica que não considera a chegada europeia à América e à África um descobrimento. Muito havia de civilização desenvolvida nas terras "achadas" o que não pode ser de modo algum desprezado

[2] Protocolo para a Prevenção Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente de Mulheres e Crianças, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, aberta às assinaturas em dezembro de 2000. No entanto, nenhum desses instrumentos está em vigor; antes dele, o principal tratado internacional era a Convenção sobre a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição Alheia, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1949, instrumento de âmbito muito restrito (OIT, 2001: 54).

[3] RIZZINI, Irene FONSECA, Claudia. *As meninas e o universo do trabalho doméstico no Brasil. Aspectos históricos, culturais e tendências atuais*.

[4] Art. 2º, inciso I: Para fins desta Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

[5] Durante as inspeções a fazendas denunciadas, muitas vezes, são encontradas ossadas.

[6] CACCIAMALI, Maria Cristina. *Dilemas da Erradicação do Trabalho Forçado no Brasil*. VIII Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho – ABET, 2005.

[7] Art 2º, inciso 2. A expressão "trabalho forçado ou obrigatório" não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção:

a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar;

b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano,

c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição;

d) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizooticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população;

e) pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência à necessidade desses serviços.

[8] Artigo 3º: Para os fins desta Convenção, o termo "autoridade competente" designará uma autoridade do país metropolitano ou a mais alta autoridade central do território concernente.

[9] Artigo 4º, inciso 1. A autoridade competente não imporá nem permitirá que se imponha trabalho forçado ou obrigatório em proveito de particulares, empresas ou associações.

[10] Artigo 9º: Ressalvado o disposto no Artigo 10º desta Convenção, toda autoridade competente para exigir trabalho forçado ou obrigatório, antes de se decidir pelo recurso a essa medida, assegurar-se-á de que:

a) o trabalho a ser feito ou o serviço a ser prestado é de interesse real e direto da comunidade convocada para executá-lo ou prestá-lo;

- b) o trabalho ou serviço é de necessidade real ou premente;
- c) foi impossível conseguir mão-de-obra voluntária para a execução do trabalho ou para a prestação do serviço com o oferecimento de níveis salariais e condições de trabalho não inferiores aos predominantes na área interessada para trabalho ou serviço semelhante;
- d) o trabalho ou serviço não representará um fardo excessivo para a população atual, levando-se em consideração a mão-de-obra disponível e sua capacidade para se desincumbir da tarefa.

[11] Artigo 11: 1. Só adultos do sexo masculino fisicamente aptos, cuja idade presumível não seja inferior a dezoito anos nem superior a quarenta e cinco, podem ser convocados para trabalho forçado ou obrigatório. Ressalvadas as categorias de trabalho enumeradas no Artigo 10º desta Convenção, serão observadas as seguintes limitações e condições:

- a) prévio atestado, sempre que possível por médico da administração pública, de que as pessoas envolvidas não sofrem de qualquer doença infecto-contagiosa e de que estão fisicamente aptas para o trabalho exigido e para as condições em que será executado;
- b) dispensa de professores e alunos de escola primária e de funcionários da administração pública, em todos os seus níveis;
- c) manutenção, em cada comunidade, do número de homens adultos fisicamente aptos indispensáveis á vida familiar e social;
- d) respeito aos vínculos conjugais e familiares.

2. Para os efeitos a alínea "c" do parágrafo anterior, as normas prescritas no Artigo 23 desta Convenção fixarão a proporção de indivíduos fisicamente aptos da população masculina adulta que pode ser convocada, em qualquer tempo, para trabalho forçado ou obrigatório, desde que essa proporção, em nenhuma hipótese, ultrapasse vinte e cinco por cento. Ao fixar essa proporção, a autoridade competente levará em conta a densidade da população, seu desenvolvimento social e físico, a época do ano e o

trabalho a ser executado na localidade pelas pessoas concernentes, no seu próprio interesse, e, de um modo geral, levará em consideração as necessidades econômicas e sociais da vida da coletividade envolvida.

[12] Artigo 14: 1. Com a exceção do trabalho forçado ou obrigatório a que se refere o Artigo 10º desta Convenção, o trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, será remunerado em espécie, em base não-inferior á que prevalece para espécies similares de trabalho na região onde a mão-de-obra é empregada ou na região onde é recrutada, prevalecendo a que for maior.

2. No caso de trabalho imposto por dirigentes no exercício de suas funções administrativas, o pagamento de salários, nas condições estabelecidas no parágrafo anterior, será efetuado o mais breve possível.

3. Os salários serão pagos a cada trabalhador, individualmente, é não ao chefe de seu grupo ou a qualquer outra autoridade.

4. Os dias de viagem, de ida e volta, para a execução do trabalho, serão computados como dias trabalhados para efeito do pagamento de salários.

5. Nada neste Artigo impedirá o fornecimento de refeições regulares como parte do salário; essas refeições serão no mínimo equivalentes em valor ao que corresponderia ao seu pagamento em espécie, mas nenhuma dedução do salário será feita para pagamento de impostos ou de refeições extras, vestuários ou alojamento especiais proporcionados ao trabalhador para mantê-lo em condições adequadas a execução do trabalho nas condições especiais de algum emprego, ou pelo fornecimento de ferramentas.

[13] Artigo 16: I. As pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório não serão transferidas, salvo em caso de real necessidade, para regiões onde a alimentação e o clima forem tão diferentes daqueles a que estão acostumadas a que possam por em risco sua saúde.

2. Em nenhum caso será permitida a transferência desses trabalhadores antes de se poder aplicar rigorosamente todas as medidas de higiene e de habitação necessárias para adaptá-los às novas condições e proteger sua saúde.

3. Quando for inevitável a transferência, serão adotadas medidas que assegurem a adaptação progressiva dos trabalhadores às novas condições de alimentação e de clima, sob competente orientação médica.

4. No caso de serem os trabalhadores obrigados a executar trabalho regular com o qual não estão acostumados, medidas serão tomadas para assegurar sua adaptação a essa espécie de trabalho, em particular no tocante a treinamento progressivo, às horas de trabalho, aos intervalos de repouso e à melhoria ou ao aumento da dieta que possa ser necessário.

[14] Artigo 18: 1. O trabalho forçado ou obrigatório no transporte de pessoas ou mercadorias, tal como o de carregadores e barqueiros, deverá ser suprimido o quanto antes possível e, até que seja suprimido, as autoridades competentes deverão expedir regulamentos que determinem, entre outras medidas, as seguintes:

- a) que somente seja utilizado para facilitar a movimentação de funcionários da administração em serviço ou para o transporte de provisões do Governo ou, em caso de urgente necessidade, o transporte de outras pessoas além de funcionários;
- b) que os trabalhadores assim empregados tenham atestado médico de aptidão física, onde houver serviço médico disponível, e onde não houver, o empregador seja considerado responsável pelo atestado de aptidão física do trabalhador e de que não sofre de qualquer doença infectocontagiosa;
- c) a carga máxima que pode ser transportada por esses trabalhadores;
- d) o percurso máximo a ser feito por esses trabalhadores a partir do local de sua residência;
- e) o número máximo de dias por mês ou por qualquer outro período durante os quais esses trabalhadores podem ser utilizados, incluídos os dias de viagem de regresso;
- f) as pessoas autorizadas a recorrer a essa forma de trabalho forçado ou obrigatório, e os limites da faculdade de exigí-lo.

[15] Artigo 19: 1. A autoridade competente só autorizará o cultivo obrigatório como precaução contra a fome ou a escassez de alimentos e sempre sob a condição de que o alimento ou a produção permanecerá propriedade dos indivíduos ou da comunidade que os produziu.

2. Nada neste artigo será interpretado como derogatório da obrigação de membros de uma comunidade, onde a produção é organizada em base comunitária, por força da lei ou costume, e onde a produção ou qualquer

resultado de sua venda permanece da comunidade, de executar o trabalho exigido pela comunidade por força de lei ou costume.

[16] Art. 20: Leis de sanções coletivas, segundo as quais uma comunidade pode ser punida por crimes cometidos por qualquer de seus membros, não conterão disposições de trabalho forçado ou obrigatório pela comunidade como um dos meios de punição.

[17] Artigo 31:O Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho apresentará á Conferência Geral, quando considerar necessário, relatório sobre o desempenho desta Convenção e examinará a conveniência de incluir na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

[18] Informe III (Parte 4-B), para a Conferência de 1979, OIT, Genebra, pág.94.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA NO PROCESSO DO TRABALHO

ANDRÉ LUÍS MACEDO PEREIRA DA COSTA:

Vinculado a OAB Paraíba. Advogado. Graduado pela Unipê. Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNISUL. Pós-graduado em Direito Público pela UNISUL.

RESUMO: O sistema constitucional oferece os litigantes o direito fundamental à prova, entre eles destacando-se o devido processo legal, contraditório substancial e vedação a prova ilícita. Por meio da prova as partes tencionam o convencimento do magistrado sobre a verdade dos fatos. É neste diapasão que surge a possibilidade de os litigantes no processo do trabalho empregarem a interceptação telefônica e a gravação clandestina. Portanto, surge a necessidade de perquirir na jurisprudência e na doutrina a licitude ou ilicitude destes meios de prova.

Palavras-chave: Processo do Trabalho; Convencimento do Magistrado; Verdade dos Fatos; Direito Fundamental à Prova; Prova Ilícita; Interceptação Telefônica; Gravação Clandestina.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito de Prova – 3. Objeto da Prova – 4. Princípios Constitucionais Ligados a Prova: 4.1 Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa; 4.2 Princípios da Proibição da Prova Ilícita; 4.3 Princípio da Proporcionalidade – 5. Princípios Correlacionados a Prova no Processo do Trabalho: 5.1 Princípios da Necessidade, da Oralidade, da Imediaticidade e da Aquisição Processual ou Comunhão da Prova; 5.2 Princípio da Verdade Real e da Persuasão Racional; 5.3 Princípio da Boa-fé Objetiva, Cooperação e Lealdade Processual – 6. Admissibilidade da Prova Ilícita – 7. Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados – 8. Gravação Clandestina e Interceptação Telefônica no Processo do Trabalho – 9. Conclusão – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos deitam raízes históricas na doutrina Cristã, com a ideia que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus, bem como que Deus assumiu a condição humana para redimi-la.

Entretanto, é no iluminismo que os direitos humanos recrudesceram, sobremaneira através da concepção de constituições formais.

Na verdade, sempre houve, em todas as sociedades, uma constituição material, que era plasmada no modo de ser de uma comunidade, ou seja, elencava valores subjacentes, a organização e a identidade de um povo.

Todavia, a sistematização racional da comunidade política por meio de um documento escrito supralegal, em que se fixa direitos e garantias fundamentais, além da limitação de poder com a necessária organização e estruturação do Estado, surge apenas com a constituição formal, que, inegavelmente, é fruto do constitucionalismo americano e francês.

Dentre estes direitos, destaca-se o devido processo legal, que remonta a Carta de 1215 do Rei João-Sem-Terra.

É diáfano que o que suso direito não apresenta a feição do passado.

Hoje, ele possui uma faceta material e formal, constituindo um sobreprincípio, porquanto, consoante Uadi Lammëgo Bullos^[1], fundamenta todos os demais direitos.

Neste contexto, surge a proibição da prova ilícita, como um de seus corolários.

Pode ocorrer mácula ao direito material na formação ou instrução da prova, nascendo a prova ilícita, que conspurca o direito material e encontra-se vedada no art. 5º, inciso LVI, Constituição Federal de 1988.

É assaz estimulante o estudo do fenômeno jurídico em testilha, mormente em face da compreensão da busca da verdade real como ponto de justiça e efetividade no processo do trabalho.

Enfim, o presente trabalho tem o fito, sem a mínima pretensão de esgotar a matéria, de contribuir singelamente para o debate doutrinário, apresentando as soluções possíveis acerca do uso da interceptação telefônica e da gravação clandestina no processo do trabalho.

2. CONCEITO DE PROVA

O art. 369 do Código de Processo Civil preleciona que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Percebe-se que o sistema jurídico exprime que há duas espécies de prova.

A primeira é a prova típica, ou seja, aquela especificada no Código de Processo Civil ou em qualquer outra lei extravagante.

A segunda é a prova atípica, que não é delineada em lei. Esta, no entanto, desde que moralmente legítima e não afronte o sistema jurídico, é plenamente possível sua recepção, uma vez que a prova tarifada é exceção no sistema.

Nelson Nery Júnior^[2] afirma que as provas são meio processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.

Assim, em idiosincrasia, crê-se que prova é um fato jurídico consubstanciado em qualquer meio legal ou moral, utilizado no processo, apto a demonstrar a veracidade e autenticidade dos fatos alegados em juízo, levando certeza, exatidão à mente do magistrado e contribuindo para a formação do contraditório substancial.

Como Carnelutti enalteceu, as provas são o coração do processo, propiciando, ao magistrado, proferir uma decisão com acuidade e argúcia, fulcrada em uma perquirição dos fatos e argumentos probatórios encartados no processo.

3. OBJETO DA PROVA

As provas têm como objeto fatos controvertidos, pertinentes e relevantes a elucidação do processo.

Nesta esteira, o art. 374 da CLT preceitua que não dependem de provas os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos como incontrovertidos e em cujo favor milita presunção legal

Como a Consolidação das Leis do Trabalho não possui regra própria, aplica-se o artigo mencionado, em um diálogo de fontes, com base no art. 769 da CLT.

Realce-se que a presunção *juris et de juris* não admite prova em contrário, conquanto a *juris tantum* aceite.

O Tribunal Superior do Trabalho está pejado de presunções jurisprudenciais, como se percebe das súmulas 12[3], 16[4], 43[5], 212[6] e 443[7].

Por sua vez, é despicienda a comprovação do direito, que, em tese, é de domínio do magistrado, em razão do princípio do *iura novit curia*.

Nada obstante, quando requerido pelo juiz, excepcionalmente, é necessária a comprovação do direito quando se relacionar com direitos municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, regulamentos empresariais, acordos e convenções coletivas e usos e costumes.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIGADOS A PROVA

4.1 Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa

O sobre princípio do *due process of law* é um manancial de princípios constitucionais que luta contra o arbítrio daqueles que têm o poder e encontra-se positivado na nossa Constituição Federal e na Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

Por todos, cite-se Calmon de Passos que detalha o devido processo legal com precisão cirúrgica, veja-se:

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm o poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões), a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos inescusáveis que cometer).

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringi-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar.^[8]

O devido processo legal tem índole essencialmente processualista, como se depreende da velha Inglaterra e, depois, da quinta e décima quarta Emendas dos Estados Unidos.

Esta visão do *procedural due process* não buscava um questionamento de substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público, o que viria a acontecer mais tarde com o *substantive due process*.

Importante realçar que o devido processo substantivo é diferente do princípio da proporcionalidade, que deita suas raízes no direito alemão.

Enquanto este busca um modelo de sociedade com base na carga valorativa de cada intérprete, aquele trabalha com a hermenêutica-argumentativa.

Mesmo sendo despiciendo, a Lei Magna de 1988 faz menção ao contraditório e a ampla defesa, precipuamente com o escopo de evitar distorções na hermenêutica do devido processo legal, pois o Brasil é um país de tradição legalista.

Assim, bastaria a cláusula geral do devido processo legal para que decorressem todos os efeitos processuais que trouxessem aos litigantes o direito a um processo e uma sentença equânime, uma vez que a ampla defesa e o contraditório são corolários do devido processo legal.

A ampla defesa e o contraditório são instrumentos pelos quais o ordenamento jurídico permite a parte provar cabalmente os fatos alvo da lide, esclarecendo a verdade, através do livre debate e produção de provas.

O princípio do contraditório estimula a dialética processual, se consubstancia em um postulado lógico do princípio da ampla defesa e possibilita a parte à efetivação da sua defesa quando de uma alegação, contradizendo-a.

Sem contraditório seria impossível falar de ampla defesa.

Realce-se que, hodiernamente, predomina uma visão do contraditório substancial, pois não basta a mera possibilidade de alegação,

mas os fatos articulados pela parte devem influenciar o convencimento do magistrado, conforme se alinha dos artigos 7º, 10, 486, §1º, e 489 do Código de Processo Civil.

4.2 Princípio da Proibição da Prova Ilícita

O direito à prova é um direito fundamental que não está expressamente previsto na Constituição Federal.

Entretanto, sua existência é insofismável, pois encontra arrimo no princípio da inafastabilidade da jurisdição, encetado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, bem como em tratados internacionais incorporados pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

É através deste que se garante o efetivo exercício do devido processo legal, primordialmente o contraditório.

Conforme Didier^[9], ele é composto das seguintes situações jurídicas: a) direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) direito de produzir provas; c) direito de participar da produção da prova; d) direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Todavia, este direito não é absoluto, uma vez que a obtenção da verdade não é um fim em si mesmo, em que seja permitido um estratagema sem regras, devendo-se, sempre, respeitar o *fair play* do jogo democrático.

Aplica-se, aqui, a teoria dos jogos, que tem o grande mérito de demonstrar como as coisas devem ocorrer caso tenhamos agentes racionais no jogo real, não descartando a possibilidade irracional das pressões e das emoções comparecerem no ato processual^[10], inclusive no procedimento probatório.

No jogo, na linha de Tárek Moysés Moussalém^[11], é como se cada qual efetivamente habitasse uma linguagem e jogasse, de acordo com determinadas regras, com os demais que também a coabitam.

Neste diapasão, a caracterização da prova depende dos métodos aceitos pelo jogo.

Por outro lado, na esteira de um sistema autopoietico, que implementa certeza e segurança jurídica, para entrar no sistema jurídico, o fato passa por uma espécie de filtro, que seleciona quais propriedades que entram e quais ficam de fora.

Ao descrever os modos de escolha de elementos, o direito positivo brasileiro veda reconhecimento às provas obtidas ilicitamente em qualquer espécie de processo.

Na verdade, as provas em si não são ilícitas, mas o meio de sua obtenção.

O art. 30 da Lei de Processo Administrativo Federal estabelece que são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meio ilícito.

Na mesma vereda, o art. 157 do Código de Processo Penal estatui que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais.

No mesmo dispositivo normativo, os parágrafos primeiro e segundo preceituam que são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras, quando, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, sejam capazes de conduzir ao fato objeto da prova.

O CPP, por ser mais detalhista, deve ser aplicado por analogia ao CPC, conforme preconiza o enunciado 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Este princípio é tão importante para a manutenção da segurança jurídica, que o legislador constituinte decidiu enceta-lo na sessão de

direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no art. 5º, inciso LVI.

Os congressistas constituintes negaram peremptoriamente a utilização de provas ilegais no bojo do indubitado direito fundamental à prova.

Como provar a legitimidade de um fato e de um direito com a violação de outra norma? Seria um paradoxo da parte do legislador apoiar a tese de que para descobrir a verdade vale tudo.

Além dos meios convencionais de obtenção da prova ilícita, o avanço tecnológico, sem dúvidas, mormente pelo uso descontrolado associado a falta de fiscalização da *internet*, alavanca a proliferação de provas ilícitas, devido às facilidades e a celeridade proporcionada pela tecnologia, precipuamente no uso de ferramentas que aviltam a dignidade da pessoa humana e intimidade.

Assim, cabe ao Magistrado negar a eficácia e desentranhar a prova obtida ilicitamente dos autos do processo em questão.

Adverte-se que o Supremo Tribunal Federal^[12] entendeu que no que concerne as peças do processo que fazem referência a essa prova, estas não devem ser desentranhadas e substituídas.

Cândido Rangel Dinamarco^[13], por sua vez, refuta a opção do legislador constituinte, preconizando que “exigir que o juiz finja não conhecer de fatos seguramente comprovados, só por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mas ainda quando o fosse), suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito.”.

Outra questão assaz pertinente, é a relacionada à validade ou não das provas derivadas das provas ilícitas.

Há duas teorias.

A primeira orienta que as provas oriundas das provas ilícitas são válidas, enquanto a *Fruits of the Poisonous Tree* Doctrine defende a proibição do uso de provas derivadas das ilícitas, em que pese existir alguns temperamentos.

Quanto as provas ilegítimas, estas podem permanecer nos autos, mas devem ser declaradas nulas.

Por derradeiro, é de bom alvitre asseverar que a vedação do uso de provas ilícitas está imbricada com vários direitos fundamentais, pois tal regra prioriza as liberdades públicas, o respeito da dignidade da pessoa humana e a seriedade da atividade persecutória do Estado.

Assim, em algumas ocasiões, através do princípio da proporcionalidade, pode ocorrer a exclusão da ilicitude da prova.

4.3 Princípio da Proporcionalidade

Como dito em alhures, os direitos fundamentais são relativos e a vedação à prova ilícita pode sofrer um abrandamento em determinadas situações que serão estudadas de forma detalhada ao longo do nosso trabalho monográfico.

Ademais, o princípio da proporcionalidade brota com a ideia limitadora do poder, visando à defesa de outros princípios e regras merecedoras da tutela do Estado-juiz.

Com o princípio da proporcionalidade, o julgador realiza o sopesamento e a ponderação das regras em colisão, com o fito de perquirir se o meio adotado está em razoável proporção com a finalidade perscrutada.

O magistrado, a todo custo, tentará a correção de distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos excepcionais, através da análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5. PRINCÍPIOS CORRELACIONADOS A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

5.1 Princípios da Necessidade, da Oralidade, da Imediaticidade e da Aquisição Processual ou Comunhão da Prova

É imprescindível, além da exposição dos fatos, a comprovação destes.

Em decorrência, surge o princípio da escrituração ou escritura, que exige a consubstanciação dos fatos, sob a coima do magistrado desconsiderará-los, com base no brocardo *quod non est in actis non est in mundo*.

Contudo, em razão da penetração do mundo eletrônico, este princípio deve ser relativizado.

O magistrado pode, por exemplo, através da internet, ou seja, fora dos autos, buscar a verdade através de fatos publicizados na rede mundial de computadores.

Neste diapasão, surge o princípio da conexão, em que há uma simbiose entre os mundos real e virtual.

De outra banda, o princípio da oralidade nasceu no processo civil, mas se consagrou no processo do trabalho.

Certamente em função da informalidade deste, como se deflui da reclamação verbal, da defesa oral, das razões finais, do protesto, entre outros.

O princípio da oralidade se divide em três subprincípios, quais sejam, a identidade física do juiz, a concentração e a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

A identidade física do juiz preconiza que o juiz administre o processo do início até o julgamento

Tinha como fonte normativa o art. 132 do CPC de 1973. Contudo, o novel CPC não o positivou, levando, assim, a conclusão de que o TST adequará a jurisprudência a esta conjuntura.

O *standard* da concentração, por sua vez, prevê que os atos processuais devam ser executados em poucas ou numa única audiência.

O princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, por sua vez, possibilita uma maior celeridade do processo trabalhista.

A súmula 214^[14] do Tribunal Superior do Trabalho engendrou três ressalvas, a saber: recurso imediato de decisão de Tribunal Regional do Trabalho contrária à súmula ou orientação jurisprudencial; impugnação por recurso para o mesmo Tribunal; acatamento de exceção de incompetência territorial, com envio dos autos para outro Tribunal Regional do Trabalho.

Há que se falar, também, do princípio da imediatividade, conforme lição de Jorge Luiz Souto Maior^[15], como a necessidade de que a realização dos atos instrutórios ocorra perante a pessoa do juiz, que assim poderá formar melhor seu convencimento, utilizando-se, também, de impressões obtidas das circunstâncias nas quais as provas se realizam.

Para Goldschmidt^[16], o aludido princípio pode ser apreendido sob duas faces: em um cariz objetivo, em que as provas estarão o mais perto possível da percepção sensorial do magistrado e das partes; em sentido subjetivo, ocasionando a necessidade de o julgador possuir o tato com a produção de provas.

Por fim, a prova não pertence a nenhum dos atores processuais, pois, quando realizada, passa a pertencer ao conjunto probatório, independentemente de avariar ou beneficiar as pretensões do seu produtor, conforme se percebe do art. 371 do CPC.

Nesta senda, Didier^[17] afirma que o responsável pela prova, após a sua produção, não pode retirá-la do processo ou impedir que o juiz a considere na formação de seu convencimento, sob o argumento de que seu resultado lhe é prejudicial, por não ser o dono da prova. Consolidar-se, assim, o princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova e a homogeneidade da eficácia probatória, pois deve ser atribuída um só valor à prova que, como tal, repercutirá na esfera do seu produtor e de todos os outros sujeitos do processo.

5.2 Princípio da Verdade Real e da Persuasão Racional

O processo do trabalho não se contenta apenas com a verdade formal, pois não prescinde da verdade real, em razão do princípio da primazia da realidade, estatuído no art. 765 da CLT.

Todavia, há autores, cujo raciocínio pode ser trespassado para o processo do trabalho, que defendem uma verdade lógico-semântica.

Fabiana Del Padre Tomé[18] diz ser irrelevante a diferença entre verdade formal e real, considerando o caráter autossuficiente da linguagem. Toda a verdade passaria a ser formal, quer dizer, verdade dentro de um sistema linguístico.

Na mesma linha, Paulo de Barros Carvalho[19], afirma que para o alcance da verdade jurídica, necessário se faz o abandono da linguagem ordinária e a observância de uma forma especial. Impõe-se a utilização de um procedimento específico para a constituição do fato jurídico, pouco importante se o acontecimento efetivamente ocorreu ou não.

Destarte, toda verdade jurídica seria lógico-semântica e não formal ou material, dando-se o fato como verdadeiro se concebido na linguagem própria do direito.

Mas não é só. Faz-se mister discorrer sobre persuasão racional do juiz.

Há o sistema da prova legal, em que esta já vem fixada em norma legal, com o fato sendo provado apenas por esta.

Neste contexto, caberia apenas ao juiz analisar se a prova foi realizada na consonância do que a lei preceituava.

Em contraposição, criou-se o livre convencimento ou persuasão íntima, em que a liberdade do juiz no cotejo probatório é ampla e livre, pecando, pois, pela atribuição de um plexo de poderes ilimitados ao magistrado.

De outra banda, em que pese a divergência doutrinária, o atual Código de Processo Civil, tal como o anterior, implantou o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional.

O julgador não está preso ao jugo de uma hierarquia entre as provas. Entretanto, o juiz não é totalmente livre, pois deve, racionalmente, motivar a sua apreciação, obliterando-se, assim, subjetivismos.

Nesta seara, Didier^[20] enuncia que não se admite decisão fundada em critérios de fé, baseada em concepções religiosas ou místicas. Não se permite, desta feita, como exemplo, o reconhecimento de carga probatória a uma carta psicografada, que seria pejada pela ilicitude.

Contudo, há algumas exceções no processo do trabalho que corporificam o uso da prova legal, como a exigência de prova documental para pagamento dos salários (art. 464 da CLT), concessão de descanso da gestante (art. 392 da CLT), concessão ou pagamento das férias (artigos 135 e 145, parágrafo único, da CLT) e acordo de prorrogação de jornada (art. 59 da CLT).

5.3 Princípio da Boa-fé Objetiva, Cooperação e Lealdade Processual

A doutrina, o Superior Tribunal de Justiça^{[21][22]}, o Supremo Tribunal Federal^[23] e a jurisprudência trabalhista^[24], desde interregno que antecede o novel CPC, já trabalhavam com o *fair trial*, como uma das facetas do devido processo legal.

O saudoso Carlos Alberto Alvaro Oliveira^[25], em interstício anterior ao CPC vigente, em seu formalismo-valorativo, já pregava que a lealdade e a boa-fé, que devem ser apanágios de todos os sujeitos do processo, não só das partes, impõem a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele. Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, este aspecto seria por demais relevante no Estado Democrático de Direito, que é tributário do bom uso do juiz de seus poderes, cada mais vez mais incrementados pelo fenômeno da incerteza e complexidade da sociedade atual e da inflação legislativa, com aumento das regras de equidade e aplicação dos princípios. Exatamente a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que poderia justificar a

confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço feito para salvar o instrumento dos vícios formais. Em arremate, Carlos Alberto Alvaro Oliveira explica que do mesmo modo, dentro dessa visão cooperativa, impõe-se ao juiz, já na vigência do CPC de 1973, mandar suprir, por exemplo, falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória, embora necessária para o julgamento.

Atualmente, os artigos art. 5º, 378 e 379 do CPC positivaram expressamente os princípios da boa-fé e da lealdade processual, o que atrai um diálogo de fontes com o processo do trabalho.

Todos aqueles que de qualquer forma participem do processo devem comportar-se de acordo com a lealdade e boa-fé processual, sendo desnecessária a análise da culpa e das boas ou más intenções da parte.

Os demandantes, também, não devem se eximir de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, desde que preservado o *safeguard* constitucional do *nemo tenetur se detegere*.

Neste contexto, é indubitável que o processo civil e do trabalho se utilizam dos conceitos parcelares da boa-fé, como a *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* e *duty to mitigate the loss*.

O art. 6º, por sua vez, informa que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Daniel Amorim Assumpção Neves^[26] alvitra que a doutrina nacional divide o princípio da cooperação em três vertentes, entendidos como verdadeiros deveres do juiz na condução do processo: (i) dever de esclarecimento, consubstanciado na atividade do juiz de requerer às nulidades e a equivocada interpretação do juiz a respeito de uma conduta assumida pela parte; (ii) dever de consultar, exigindo que o juiz sempre consulte as partes antes de proferir decisão, em tema já tratado quanto ao conhecimento das matérias e questões de ofício; (iii) dever de prevenir,

apontando às partes eventuais deficiências e permitindo suas devidas correções, evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao processo como genuíno mecanismo técnico de proteção de direito material.

6. ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Em regra, a prova ilícita é proibida.

Como orienta Marcelo Neves^[27], a vigência das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, sendo dependente, pois, de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico.

Assim, a nossa Constituição Federal, abaixo apenas da norma hipotética-fundamental na pirâmide de Kelsen, veda que elementos probatórios obtidos por meios ilícitos passem por aquele filtro, adentrando no sistema do direito posto.

Contudo, o Constituinte Originário elegeu outros direitos e garantias imprescindíveis à manutenção da ordem pública e segurança jurídica.

A jurisprudência e a doutrina majoritárias utilizam o princípio da proporcionalidade com a finalidade de amenizar o rigor da redação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, pois há outros valores constitucionais com igual ou maior importância.

Alexandre de Moraes, em síntese apertada, explica o princípio da proporcionalidade e a vedação da prova ilícita:

Salienta-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando a corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no princípio da proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos

extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. Desta forma, repita-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente serão admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.[\[28\]](#)

Não discorda Nestor Távora e Rosmar Rodrigues, com base na teoria da exclusão da ilicitude da prova, veja-se:

Imaginemos que o réu tenha que praticar conduta típica, como a violação de domicílio, prevista legalmente como crime (art. 150 do CP), para produzir prova fundamental em favor de sua inocência. Estaria suprimindo um bem jurídico alheio (tutela domiciliar), para salvaguardar outro bem jurídico (liberdade), em face um perigo atual (a existência de persecução penal), ao qual não deu causa, e cujo sacrifício não era razoável exigir. Está em verdadeiro estado de necessidade, que vai excluir a ilicitude da conduta. A prova é lícita, válida, valorável em qualquer sentido.[\[29\]](#)

No bojo do processo do trabalho, Carlos Henrique Bezerra Leite[\[30\]](#)pronuncia-se no sentido que as partes têm o dever de agir com lealdade em todos os atos processuais, mormente na produção de provas. O princípio da licitude da prova encontra residência no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Esse princípio tem sido mitigado por outro: o princípio da proporcionalidade, segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, como, por

exemplo, quando na revista dos pertences do empregado não há tutela a intimidade e dignidade do trabalhador.

Mauro Schiavi^[31], por sua vez, traça um roteiro seguro que deve direcionar o juiz do trabalho na ponderação entre a prova ilícita e outro valor constitucional de igual ou maior importância, por meio do meta princípio da proporcionalidade: a) verificar se a prova do fato poderá ser obtida por outro meio lícito ou moralmente legítimo de prova, sem precisar recorrer à prova ilícita; b) sopesar a lealdade e a boa-fé da parte que pretende a produção da prova ilícita; c) observar a seriedade e verossimilhança da alegação; d) avaliar o custo-benefício na produção da prova; e) avaliar o princípio da proporcionalidade, prestigiando o direito que merece maior proteção; f) observar a efetiva proteção à dignidade da pessoa humana; g) valorar não só o interesse da parte, mas também o interesse público.

Há dois pontos que necessitam de uma meditação.

O primeiro ocorre quando o direito de maior importância for transgredido. Neste caso, é mister do Poder Judiciário protegê-lo e, sequencialmente, a prova ilícita não será acatada.

O segundo acontece quando no momento em que o direito brotado da prova ilícita possuir maior relevância que o direito violado pela ilicitude na colheita da prova. Neste caso, a prova ilícita será eficaz e aceita.

Assim, é insofismável que o princípio da proporcionalidade exige o sopesamento do interesse e o direito posto em questão, predominando o de maior relevância.

Em sentido oposto, Luís Roberto Barroso^[32] defende que a Constituição Brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo, elegendo, ela própria, o valor mais elevado, ou seja, a segurança nas relações sociais pela proscrição da prova ilícita.

Assim, consoante a tese defendida pelo exímio jurista, é inadmissível que a prova obtida por meio ilícito, em qualquer ocasião, pouco

importando o direito em debate. Este pensamento apoia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada e descartada.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal[33] já decidiu nesta senda.

Uma terceira via doutrinária, que discrepamos com veemência, prega a admissibilidade, em qualquer ocasião, de prova ilícita.

Ante o explanado, crê-se que, dentre as opções explicitadas, a primeira é que guarda mais consonância com a dogmática constitucional, pois se utiliza da ponderação e da proporcionalidade, seguindo, pois, o caminho enveredado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante se percebe do HC 96.056[34], HC 91.883[35], HC 94.164[36], HC 93.748[37], HC 80.949[38], HC 79.512[39], entre outros.

A vedação da prova ilícita é um direito fundamental não dotado de expressa previsão de restrição, não indicando um posicionamento percutido acerca da sua limitabilidade.

Então, quando este direito fundamental colidir com outro, é imperioso que o julgador pondere e sopesse os bens postos em litígio, julgando da maneira menos abstrata e mais equânime, através de uma racionalidade prática.

Nada obstante, reconhece-se uma maior qualidade jurídica da perspectiva do direito à luz da integridade e adequabilidade de Ronald Dworkin, em razão de tolher o indesejável subjetivismo dos magistrados.

Por fim, em regra, conforme dispõe jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se observa nos RE 201.819[40], Inq. 731[41] e HC 79.191[42], a vedação da prova ilícita não cabe apenas ao Estado, mas também ao réu, em face da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e ao substrato ético que deve nortear as relações jurídicas.

Contudo, quando seja usada para embasar sua defesa, a prova ilícita poderá ser usada pelo interessado, com o Supremo[43] admitindo o seu uso em estado de necessidade ou legítima defesa, que são causas excludentes da antijuridicidade da conduta.

7. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS

A prova ilícita, como é sabido, não contamina o fato polemizado no processo, pois nada tolhe que o fato seja provado com provas desvinculadas da prova obtida ilicitamente.

Entretanto, pode ter conexão com outras provas constantes dos autos e, conseqüentemente, contaminando-as.

Neste diapasão, a doutrina Luiz Guilherme Marinoni, *in verbis*:

Pouca coisa diz a afirmação da conhecida teoria da árvore dos frutos da árvore envenenada – criada pela Suprema Corte com o título de "*the fruit of the poisonous tree*" – quando entendida no sentido de que as provas derivadas das provas ilícitas também devem ser reputada ilícitas. Ora, isso é óbvio. O problema é saber quando uma prova está ligada à outra de modo a se contaminar por sua ilicitude.

Deixa-se claro, antes de mais nada, que a ilicitude da prova não contamina o fato a ser esclarecido, podendo se ligar, no máximo, a outras provas. Porém, uma prova ilícita não contamina, como é lógico, todo o material probatório, pois nada impede que um fato seja provado através de provas lícitas que nada tenham haver com a prova ilícita.^[44]

A jurisprudência americana, a partir do caso *Silverthorne Lumber v. United States*, criou a teoria da árvore dos frutos envenenados preconizadora da ilicitude das provas derivadas das provas ilícitas.

A atual composição do Supremo Tribunal Federal^[45] pacificou o posicionamento em sentido favorável a *the fruits of the poisonous tree*, a partir do julgamento do caso Collor.

Recentemente, o Supremo^[46] repisou este entendimento ao robustecer que é competente para processar e julgar litígio penal em que

figure Senador da República, sendo imperiosa a remessa imediata dos autos à Corte, sob pena de violação ao princípio do juiz natural e invalidade das provas diretamente relacionadas as interceptações telefônicas efetuadas pelo juízo de primeiro grau.

A jurisprudência trabalhista[47][48] também caminha neste diapasão.

Contudo, tal teoria pode ser relativizada, evitando que se crie um quadro de impunidade, quando a prova for absolutamente independente, se o vínculo for tênue e se o fato inevitavelmente seria descoberto.

Neste sentido, o art. 157, §1º e 2º, do CPP preceitua que deve ser desentranhado do processo as chamadas provas ilícitas por derivação, salvo quando não há nexos causal entre as provas ilícitas e as derivadas ou quando estas últimas puderem ser obtidas de forma independente das primeiras.

Se houverem outras provas no processo, desvinculadas da prova ilícita produzida, não há contaminação ou incidência dos frutos da árvore envenenada, conforme posicionou-se o Supremo[49].

Quanto ao *inevitable discovery exception*, Marinoni discorre com percuciência:

Isso pode ocorrer particularmente no âmbito do processo penal. A Suprema Corte Americana, ao que parece, apontou pela primeira vez para essa questão em 1984, quando do julgamento do caso Nix contra Willians. Nesse caso, a polícia obteve uma confissão mediante violação dos direitos fundamentais, através da qual foi relatado o local que estava o cadáver da vítima. Acontece que a polícia já presumia que o cadáver poderia estar nesse local, tanto é que aí trabalhavam vários policiais e voluntários. Como o corpo seria encontrado cedo ou mais tarde – fosse através da atuação dos próprios policiais, fosse em virtude da colaboração de algum voluntário, -

entendeu a Suprema Corte que a prova derivada deveria produzir efeitos processuais, uma vez que o cadáver seria naturalmente descoberto independentemente da ilicitude.^[50]

No concernente a conexão atenuada, realce-se que é possível que a relação entre a prova ilícita e a derivada seja tão superficial que não ocorra a contaminação

Pele exposto, infere-se que as provas obtidas por meios escusos, exceto quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, do descobrimento inevitável e da prova autônoma, são inadmissíveis e podem ser desentranhadas dos autos por meio de habeas corpus, recursos cíveis, bem como ocorrer a rescindibilidade através de ação rescisória ou revisão criminal.

8. GRAVAÇÃO CLANDESTINA E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO DO TRABALHO

A priori, faz-se mister, definir interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina.

A gravação clandestina é concebida quando há o registro de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro participante, ou seja, sem a intervenção de terceiros.

Na interceptação telefônica *strictu sensu*, um terceiro se imiscui, registrando e gravando a comunicação telefônica sem o conhecimento dos demais interlocutores.

A escuta telefônica, por sua vez, é a captação por um terceiro, em que um dos interlocutores tem o conhecimento da gravação. Conseqüentemente, a escuta telefônica é uma espécie de interceptação.

O Supremo Tribunal Federal^[51], através de repercussão geral, unificou o entendimento no sentido de ser lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o

conhecimento do outro, ainda que com a ajuda de terceiros, como repórteres.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, parametrizou a sua jurisprudência com a da Corte Excelsa, fixando o silogismo da licitude da gravação ambiental, distinguindo-a da interceptação telefônica, como se depreende do RR 20100-06.2007.5.03.0136[52], RR 162600-35.2006.5.06.0011[53], AIRR 387-39.2011.5.04.0601[54], AIRR 1174-90.2010.5.12.0048[55], AIRR 1424-04.2014.5.06.0161[56].

Apenas a título exemplificativo, cita-se que o Tribunal Superior do Trabalho[57] considerou lícita captação de áudio sem autorização da parte adversa, em que o gerente que estava no carro com a empregada ativou o viva-voz do celular, com ciência desta.

No concernente a interceptação telefônica, o art. 5º, XII, da Constituição Federal, típica reserva legal qualificada, veda a interceptação de comunicações telefônicas, ressalvadas as hipóteses e na forma que a legislação infraconstitucional estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que com pedido devidamente motivado, uma vez que não basta alusão ao "requerimento" do *Parquet* ou da autoridade policial para legitimar a quebra de sigilo telefônico.

O Supremo Tribunal Federal definiu, inclusive, como no HC 81.154[58] e HC 74.116[59], que a prova colhida antes da vigência da Lei 9.296/96 seria ilícita.

Destarte, as referências às escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, por ilícitas, devem ser desentranhadas dos autos, na esteira do que determina o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República, embora eventuais deficiências qualitativas na tradução do material degravado não invalidem a prova regularmente colhida, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 106.244[60] e HC 82.862[61].

Note-se que a Constituição Federal restringiu a possibilidade de utilização do procedimento interceptatório à esfera penal, tanto na fase de investigação, quanto no curso da ação penal, sendo rejeitada a prova

quando deficiente a fundamentação da decisão que a autorizou, não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, a prova puder ser feita por outros meios disponíveis e o fato investigado for infração penal punida no máximo com detenção.

Assim, como a Justiça do Trabalho não tem competência para julgar matéria penal, conforme o disposto na ADI 3684[62], a conclusão mais óbvia seria a de que ela não poderia fazer uso deste instrumento processual.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça[63] permitiu, inusitadamente, a interceptação telefônica em um processo cível de competência da vara da infância e da juventude, com o argumento de que a conduta também era criminosa.

Assim, crê-se que há, excepcionalmente, a opção do magistrado trabalhista decretar a interceptação telefônica, com a condição de que o fato também seja abstratamente tipificado como crime.

De outra banda, questão intrigante diz respeito da utilização como prova emprestada em processo trabalhista de interceptação telefônica colhida de processo criminal.

O art. 372 do Código de Processo Civil preceitua que o juiz poderá admitir a utilização da prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Não bastasse, o Supremo Tribunal Federal[64] e o Superior Tribunal de Justiça[65] defendem que os dados obtidos em interceptação telefônica e escuta ambiental, judicialmente autorizadas para a produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usadas, por exemplo, em outros processos, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outras cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita desta prova.

Em sede doutrinária, Mauro Schiavi[66] tem a opinião de que há algumas provas que somente podem ser produzidas na esfera criminal, como a interceptação telefônica. Desse modo, o juiz do trabalho não pode

determinar uma interceptação telefônica. Entretanto, caso a interceptação tenha sido feita pelo juiz criminal, esta prova pode ser trasladada ao processo do trabalho. O fato do juiz trabalhista não poder colher a prova, não significa que não possa importa-la do processo criminal em razão do caráter publicista do trabalho e da busca da verdade real. Assim, por exemplo, se em um processo trabalhista estiver sendo discutida uma justa causa por ato de improbidade do empregado e, na esfera criminal, em razão do mesmo fato, o empregado estiver sendo acusado de apropriação indébita, uma interceptação telefônica, determinada pelo juiz de direito, preenchendo os requisitos legais e constitucionais que comprove o fato, pode ser utilizada no processo do trabalho. Vale destacar, nos termos do art. 935 do Código Civil a responsabilidade civil é independente da criminal, entretanto, não se pode mais questionar a existência do fato ou quem seja o seu autor se estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

A jurisprudência trabalhista^[67] também é partidária da admissibilidade da prova emprestada de processo criminal.

Assim, pelo exposto, infere-se, ante os princípios da proporcionalidade, instrumentalidade, efetividade processual e busca da verdade real, a possibilidade plena do uso de interceptação telefônica no processo do trabalho nos casos acima encetados.

CONCLUSÃO

No gozo de seu direito fundamental à prova, os litigantes trabalhistas devem obedecer ao jogo processual delineados por normas constitucionais.

Não é possível o uso da prova ilícita, exceto em situações pontuais.

O emprego de gravação clandestina é plenamente possível, conforme vasta e pacífica construção jurisprudencial da Corte Excelsa e do Tribunal Superior do Trabalho.

Quanto a interceptação telefônica, típica reserva legal, em que a Constituição reservou apenas as investigações e processuais criminais, em regra seria vedado no processo do trabalho.

Entretanto, obtempera-se que há situações devem ser ponderadas *cum granu de salis*.

Para Chaim Perelman^[68], uma norma só é feita para um período ou um regime determinado. Adapta-se as circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade. Assim, uma boa norma não deve ser intangível. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Nesta conjuntura, defende-se que as interceptações telefônicas poderão ser usadas por meio de provas emprestadas de processos criminais e em situações em que o objeto debatido no litígio trabalhista também seja crime.

1. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2002.

DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, v.2, 10 ed., 2015.

DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA. **Carta Psicografada como Fonte de Prova no Processo Civil**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, p. 234.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

LEITE. Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8. ed., São Paulo: LTr, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Procedimentos e Nulidades no Jogo Processual Penal**. Florianópolis: Emais. 2018.

MOUSSALÉM, Tárek Moyses. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 611.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. Salvador: Juspodivm, v.2, 1. ed., 2016.

NEVES, Marcelo. **"A Constitucionalização simbólica"**. São Paulo: Saraiva, 2013

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo excessivo**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 26, 2006, p. 81.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN. Chaim. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105.

SCHIAVI. Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed., São Paulo: LTr, 2016.

_____. **Aspectos Polêmicos da Prova Emprestada no Processo do Trabalho**. In: <http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Aspectos%20Polemicos%20da%20Prova%20Emprestada%20no%20>

[Processo%20do%20Trabalho.pdf](http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Aspectos%20Polemicos%20da%20Prova%20Emprestada%20no%20Processo%20do%20Trabalho.pdf)

TÁVORA, Nestor; ANTONINNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

NOTAS:

[1] BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 527.

[2] NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 611.

[3] TST. Súmula 12: As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção "juris et de jure", mas apenas "juris tantum".

[4] TST. Súmula 16: Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito horas) depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo.

[5] TST. Súmula 43: Presume-se abusiva a transferência de que trata o parágrafo primeiro do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade de serviço.

[6] TST. Súmula 212: O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do

empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

- [7] TST. Súmula 443: Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador de HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.
- [8] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.69-70.
- [9] DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, v.2, 10 ed., 2015, p. 41.
- [10] MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Procedimentos e Nulidades no Jogo Processual Penal**. Florianópolis: Emis. 2018.
- [11] MOUSSALÉM, Tárek Moyses. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 31.
- [12] STF. RHC 137.368/PR. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 29/11/2016.
- [13] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2002, v. 3, p. 50.
- [14] TST. Súmula 214: Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, §1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária a Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para o Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, §2º, da CLT.
- [15] SOUTO MAIOR. Jorge Luiz apud SCHIAVI, Mauro. **Provas no Processo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 42.

- [16] GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 87 **rovav no Processo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 42.
- [17] DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA. **Carta Psicografada como Fonte de Prova no Processo Civil**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, p. 234.
- [18] TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 3. ed., São Paulo: Noeses, 2012, p. 26.
- [19] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 357.
- [20] DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA. Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, v.2, 10 ed., 2015, p. 41.
- [21] STJ. AgRg na PET no ARESP 204.145/SP. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 29/06/2015.
- [22] STJ. RESP 1.502.989/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 13/10/2015.
- [23] STF. RE 464.963/GO. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14/02/2006.
- [24] STF. TRT1. AgPet 00849007620085010067. Décima Turma. Rel. Des. Marcelo Antero de Carvalho, j. em 03/09/2014.
- [25] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo excessivo**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 26, 2006, p. 81.
- [26] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. Salvador: Juspodivm, v.2, 1. ed., 2016, p. 15.
- [27] NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120-121.
- [28] MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.126.

- [29] TÁVORA, Nestor; ANTONINNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 342.
- [30] LEITE. Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 415.
- [31] SCHIAVI. Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed., São Paulo: LTr, 2016, p. 716-717.
- [32] BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.346.
- [33] STF. HC 80.949/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/10/2001.
- [34] STF. HC 96.056/PE. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 28/06/2011.
- [35] STF. HC 91.883/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Elen Gracie, j. em 24/06/2008.
- [36] STF. HC 94.164/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Menezes Direito, j. em 17/06/2008.
- [37] STF. HC 93.748/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 01/04/2008.
- [38] STF. HC 80.949/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/10/2001.
- [39] STF. HC 79.512/RJ. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16/12/1999.
- [40] STF. RE 201.819/RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 11/10/2005.
- [41] STF. Inq. 731/DF. Tribunal Pleno. Rel. Néri da Silveira, j. em 22/05/1996.
- [42] STF. HC 79.191/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 04/05/1999.

- [43] STF. HC 74.678/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Moreira Alves, j. em 10/06/1997.
- [44] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.390.
- [45] STF. AP 307/DF. Segunda Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13/12/1994.
- [46] STF. RHC 135.683/GO. Segunda Turma. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 25/10/2016.
- [47] TRT13. RO 0014500-42.2012.5.13.0009. Segunda Turma. Rel. Des. Edvaldo de Andrade, j. em 24/09/2013.
- [48] TRT2. RO 00009344720145020046. Quarta Turma. Rel. Des. Ivani Contini Bramante, j. em 18/08/2015.
- [49] STF. HC 82.139/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 03/12/21996.
- [50] MARINONI, op.cit., p.392-393.
- [51] STF. RE 583.937/RJ. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19/11/2009.
- [52] TST. RR 20100-06.2007.5.03.0136. 3 Turma. Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, j. em 07/06/2013.
- [53] TST. RR 162600-35.2006.5.06.0011. 3 Turma. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, j. em 09/02/2011.
- [54] TST. AIRR 387-39.2011.5.04.0601. 2 Turma. Rel. Des. Conv. Cláudio Armando Couce de Menezes, j. em 28/08/2015.
- [55] TST. AIRR 1174-90.2010.5.12.0048. 6 Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, j. em 06/06/2014.
- [56] TST. AIRR 1424-04.2014.5.06.0161. 6 Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. em 10/08/2016.

- [57] TST. ARR 62-83.2015.5.03.0138. 6 Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, j. em 14/09/2016.
- [58] STF. HC 81.154/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 02/10/2001.
- [59] STF. HC 74.116/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 05/11/1996.
- [60] STF. HC 106.244/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 17/05/2011.
- [61] STF. HC 82.862/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19/02/2008.
- [62] STF. ADI-MC/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 01/02/2007.
- [63] STJ. HC 203.405/MS. Terceira Turma. Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28/06/2011.
- [64] STF. Inq. 3305/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 23/02/2016.
- [65] STJ. Súmula 591: É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizado pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.
- [66] SCHIAVI, Mauro. **Aspectos Polêmicos da Prova Emprestanda no Processo do Trabalho**. In: <http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/Aspectos%20Polêmicos%20da%20Prova%20Emprestanda%20no%20Processo%20do%20Trabalho.pdf>, p. 4-5.
- [67] TRT2. RO 19990441149 ac. 20000541086. Oitava Turma. Rel. Des. Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, j. em 16/01/2001.
- [68] PERELMAN. Chaim. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105.

VERÔNICA BETTIN SCAGLIONI

**FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

PELOTAS

2007

VERÔNICA BETTIN SCAGLIONI

**FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia jurídica apresentada ao Curso de Direito da Universidade Católica de Pelotas, como requisito parcial á obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcus Siqueira da Cunha

PELOTAS

2007

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador Prof. Esp. Marcus Siqueira da Cunha _____

Examinadora Prof. Msc. Ernani dos Santos Schmidt _____

Examinador Prof. Msc. Fernando Costa Azevedo _____

Pelotas, de de 2007.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por ser minha força, meu refúgio e minha fortaleza; por sua presença constante em todos os momentos da minha vida.

Agradeço, em especial, aos meus pais, José Antônio e Maria Celina que em seus investimentos sempre priorizaram a educação escolar e universitária de seus filhos. Agradeço ainda por todo amor e carinho sempre demonstrados, por terem me dado a vida, pelos exemplos de dignidade e honestidade, perseverança e pela oportunidade a mim confiada na realização do curso de bacharelado em Direito desta Universidade.

Ao meu irmão, Vicente, pelo amor, carinho e até mesmo pelas brigas, que, certamente, contribuíram para nossa união e nosso amadurecimento.

À Laís, escritora e professora de Língua Portuguesa, pela contribuição e revisão do texto, bem pelo carinho, apoio, compreensão, auxílio e amizade sempre demonstrada.

Meu sincero agradecimento ao Prof. Marcus Siqueira da Cunha, orientador deste trabalho, pela paciência, pelas sugestões, pelo incentivo, disponibilidade e destreza em todas as orientações os quais foram fundamentais para a realização de cada etapa nessa caminhada.

Agradeço também, à Prof. ^a Márcia Teixeira Antunes que, numa conversa informal, fez-me refletir sobre esse tema, e despertou meu interesse para me aprofundar melhor no assunto.

“[...] A concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão: tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bens alheios. Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto, seria uma máquina meramente negativa. Tratar a humanidade como Um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus.” (KANT apud ALMEIDA, 2000).

Título

Filiação no ordenamento jurídico brasileiro

Autor

Verônica Bettin Scaglioni

Orientador

Marcus Siqueira da Cunha

Ano/Semestre: 2007/1

Resumo:

O Trabalho traça consideração acerca da filiação biológica, jurídica na ação investigatória de paternidade. A Constituição Federal de 1988 provocou uma importante alteração no Direito de Família através do princípio da igualdade da filiação. A investigação tem por finalidade identificar os ascendentes de determinada pessoa. Há diversos meios de prova, no entanto, com o advento do exame de DNA, o julgador opta, na maioria das vezes, por somente esse meio de prova. A prova pericial não deve ser vista como meio absoluto de determinação de paternidade, devendo levar em conta a falibilidade do exame de DNA. Enquanto técnicas atuais não tiverem caráter de certeza absoluta, atingindo cem por cento de veracidade, elas continuarão a ser um meio de exclusão e não identificação. Ou seja, a exclusão é categórica e a inclusão probabilística. Foi utilizado método de revisão bibliográfica, a fim de viabilizar esse estudo.

Palavras-chave:

Paternidade biológica
Exame de DNA

Investigação de paternidade
Recusa do suposto pai

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 BREVE HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE	10
1.1 Filiação	13
1.2 A questão da paternidade.....	14
2 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	17
2.1 Os meios de prova na ação de investigação de paternidade.....	19
2.1.1 Prova documental.....	20
2.1.2 Prova testemunhal.....	21
2.1.3 Perda do caráter investigatório da Ação de Conhecimento de Paternidade	22
2.2 A coisa julgada nas Ações de Investigação de Paternidade.....	23
2.3 Confissão, presunção e indícios	25
3 O EXAME DE DNA E SUA INFLUÊNCIA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE ..	27
3.1 Condução coercitiva	30
3.1.1 Argumentos a favor da coerção	30
3.1.2 Argumentos contrários a coerção	32
3.2 A possibilidade de erro do DNA.....	34
3.3 Recusa do suposto pai	35
4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS	36
4.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	36
4.2 Aspectos constitucionais	38
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

Neste alvorecer de milênio, o Direito de família passa por intrínsecas transformações, espelhando a mudança de valores que regem a sociedade e a própria família. Assim, várias situações novas surgem, as quais o Ordenamento Jurídico deve disciplinar.

Uma das questões centrais dessa nova fase do direito de família é o problema do reconhecimento da paternidade e seus efeitos. Tal tema tem sido tratado com exaustão pelos grandes doutrinadores do País, em face da mudança ocasionada pela Carta Magna de 1988, que igualou em direitos os filhos havidos, ou não, fora do casamento.

Entretanto, se o tema focado não é tão novo, ele toma, atualmente, novos contornos, em conseqüência dos avanços da ciência no que se refere à comprovação da paternidade, bem como do princípio do melhor interesse da criança que vem sendo implementado pela doutrina e pela jurisprudência.

O presente estudo versa sobre a influência do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade as quais eram instruídas a partir de exames de sangue muito mais simples, que não possuíam o índice de certeza oferecido pelo exame de DNA. Tal método científico mostra-se capaz de identificar algumas informações genéticas herdadas pelo indivíduo que, na verdade, são combinações de genes do pai e da mãe.

Após o seu advento, a análise do DNA tornou-se o meio de prova mais utilizado nas ações de investigação de paternidade, transformando muitos conceitos do ordenamento jurídico; principalmente, aqueles inerentes ao reconhecimento do estado de filho.

Essa inovação, no entanto, não é aceita de forma unânime entre os pensadores de Direito, gerando dois posicionamentos principais, abordados neste trabalho: a prova pericial como meio absoluto de determinação da paternidade e a falibilidade do exame de DNA.

Os principais pontos referentes à possibilidade, ou não, de se afirmar que a prova genética, e apenas ela, é capaz de decidir de forma absoluta o vínculo familiar liga-se ao fator mais importante deste trabalho, cujo principal objetivo é demonstrar as transformações geradas pelo ingresso do teste de DNA nas ações de investigação de paternidade.

Para tanto, a presente monografia foi elaborada a partir da leitura de livros e artigos referentes ao exame de DNA e sua influência nas ações de investigação de paternidade, a fim de reunir e explicar as correntes que interpretam a perícia genética.

Seguindo esse mesmo processo, foram abordadas, ainda, questões relacionadas aos pressupostos fundamentais para ingressar com a investigatória de filiação, sobretudo no tocante às modificações trazidas pelo Novo Código Civil.

O presente estudo versa não apenas sobre a prova genética, mas também sobre outros meios de provas utilizados nas ações de investigação de paternidade. Inclusive, institutos como a confissão, presunção e indícios.

Na tentativa de verificar as posições doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito do tema, tratou-se de aspectos como a coisa julgada, depois da aplicação dos testes de DNA, a recusa à submissão da perícia por parte do investigado, finalmente, a margem de erro da referida perícia.

O primeiro capítulo fornece, em linhas gerais, noções sobre a filiação, face à Constituição de 1988, e sobre o reconhecimento de paternidade.

No segundo capítulo, são abordadas questões gerais relativas à prova e os principais meios probatórios disponíveis na Ação de Investigação de Paternidade.

O terceiro capítulo dedica-se exclusivamente ao exame de DNA, estudando seus métodos e procedimentos, bem como a prova pericial a juízo. Analisa-se também a limitação ao emprego do DNA em juízo, decorrente de eventual recusa do réu em submeter-se à perícia. Observa-se a atuação do juiz frente aos resultados conferidos pelo exame de DNA.

Destina-se, o quarto capítulo à discussão dos aspectos constitucionais referentes ao exame de DNA.

1 BREVE HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE

O Direito de Família Pátrio e, por conseqüência, a acepção jurídica de entidade familiar passou, no período compreendido entre 1916 e 1988, por um decisivo processo de transformação. Neste interregno, visualizam-se duas relevantes abordagens: a primeira, compreendida pelo Código Civil brasileiro de 1916, era de cunho patriarcal, contemplando a "família-instituição", diretamente ligada ao casamento, conforme depreende-se da seguinte definição: "Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento ou pelo parentesco." (GOMES, 1978, p. 13).

Vale lembrar que a família sofreu, nas últimas décadas, profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado Social.

O Estado Legislador passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.

Esse tipo patriarcal, ao longo dos anos, sofreu modificações devido às desigualdades dentro das famílias, em conseqüência do surgimento da liberdade de escolha.

A família atual parte de princípios básicos, de conteúdo mutante, segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a solidariedade, o respeito ao outro. Sem eles, é impossível compreendê-la.

A família tradicional era centrada no matrimônio, voltada para suas crenças e divisão de seus papéis. O homem exercia poder sobre a mulher e os filhos; assim a paternidade era exercício de poder.

A família patriarcal, que nossa legislação civil brasileira tomou como modelo, ao longo do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

A instituição atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado, nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o “direito de fundar uma família”, estabelecendo no art. 16. 3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e do Estado”.

O casamento apresentava-se como fonte única de sua constituição. Inclusive, trazia o reconhecimento pela religião e concedia o direito à prática do ato sexual, pretendendo que os cônjuges não buscassem a satisfação de seus instintos fora do casamento. Revela-se, assim, no modelo codificado, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Desta forma, a garantia da estrutura familiar apresentada se dava pela observação tanto da necessidade de matrimonialização, como no modelo de legitimidade dos filhos. Tal preceito pautava-se na proibição do reconhecimento dos filhos extramatrimoniais e na atuação da presunção *pater is est*.

Dessa forma, verifica-se a grande preocupação da lei no que dizia respeito à proteção da entidade familiar, através do aspecto da legitimidade da união e dos filhos dela havidos. Ainda, outro fator relevante na análise das normas da época, consiste o patrimonial, justificativo da função primordial de transmissão do nome paterno: "A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um

sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido”. Nesse contexto, a família evidencia um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei.

Vale ressaltar que uniões sem casamento foram gradativamente aceitas pela sociedade, ao passo que novas famílias estruturaram-se independentemente das núpcias, conduzidas por um único membro, o pai ou a mãe. Diante disso e das demais transformações sociais, o modelo legal codificado tornou-se insuficiente, cada vez mais distante da pluralidade social existente. Na verdade, os fatos concretos opuseram-se ao Direito, exigindo maior proteção.

A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada, como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o modelo contemporâneo tem destacado o seu aspecto pessoal e igualitário, valorizando os interesses individuais dos seus membros e buscando a felicidade como mola propulsora de sua continuidade. Na verdade, a família e o casamento visam ao desenvolvimento da pessoa.

Nessa conjuntura, então, surgiram normas asseguradoras de ampla igualdade entre todos os filhos, nascidos antes ou depois, dentro ou fora do casamento. Tal visão propiciou respaldo constitucional para aqueles que desejassem ser reconhecidos como filhos, carregar o nome e apelido de família do genitor e exercer todos os direitos e deveres atribuídos aos descendentes. Como disse o Professor Caio Mário da Silva Pereira: “filhos fora do casamento sempre existiram e sempre existirão” (PEREIRA, 1998, p. 52-53).

Cabe ressaltar que não apenas a redução na extensão da família, mas ainda a mudança dos papéis, além do descompasso entre o modelo legislado e da pluralidade social existentes resultaram na proteção jurídica à figura da família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, bem como a formada por um só dos pais e

seu filho. Oportunamente, a Constituição Federal recepcionou-as e reconheceu-as, em seu art. 226. O objeto da proteção estatal é a pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade.

O primeiro destaque é o art. 226, *caput*, da Constituição segundo o qual "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"; assim, compromete-se pela sua integridade. Adota, ao longo de seus parágrafos, a concepção eudemonista, equiparando-a e reconhecendo efeitos jurídicos à união estável entre homem e mulher (§ 3º) e ao grupo monoparental, em que vive apenas um dos genitores e descendentes, filhos ou netos (§ 4º). Assim, evidencia-se uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito.

Nesse ideal de família-modelo do Estado Social Democrático de Direito, a filiação também resta protegida com a chegada da Constituição de 1988, que estabeleceu igualdade de tratamento entre os filhos provenientes de matrimônio ou não. Traçado o perfil da família codificada importa, então, conhecer o papel nela desempenhado pela filiação, dada sua importância na sustentação do modelo patriarcal.

Filiação

Do latim, *filiatio* traduz-se pela relação de parentesco que se constitui entre pais e filhos em linha reta, gerando o estado de filho. Ou seja, filiação é o vínculo de parentesco que une os filhos aos pais. Esta não decorre unicamente da consangüinidade; há também outros institutos como adoção.

Todo ser humano, ao ser gerado, precisa de um pai e de uma mãe; todos os filhos procriados são plenos para exercerem seus direitos e deveres, em um grupo social como a família que, por sua vez, é célula da sociedade. Esta representa a continuação da espécie, daí que a filiação constitua objeto de apreciação de diversas áreas do saber, entre elas, a genética, que procura descobrir os traços comuns transmitidos de pai para filho.

O direito ao reconhecimento da origem genética é personalíssimo da criança, não sendo passível de obstacularização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai, inexistindo, portanto, a possibilidade de se ter presumido o vínculo paternal.

O artigo 27 da Lei 8. 069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) estabelece o seguinte: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Na definição da Professora Maria Helena Diniz, “filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida (DINIZ, 2002, p. 372). Já o Jurisconsulto Pontes de Miranda sustenta que:

filiação é a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra. Chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para qualquer dos genitores (MIRANDA, P., 2000, p. 45).

Após o advento da Magna Carta, em 1988, não há mais que se falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos e incestuosos. Aliás, essas duas últimas designações deixaram de existir em nosso direito, pois com o advento da CF/88, reconhecida a paternidade, vigora o princípio da isonomia entre os filhos, não podendo haver discriminação sob qualquer aspecto.

Dispõe o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que, *in verbis*: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A questão da paternidade

Os romanos proclamavam: *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa), pois a maternidade se evidencia fisicamente pela gravidez e pelo parto. Já a paternidade, dada sua incerteza, estabelece-se através de indícios e presunções. O

pragmatismo dos romanos fez valer a regra *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, fazendo presumir que o pai é o marido.

Quanto à paternidade, não há total certeza do vínculo com o filho, uma vez que a paternidade era sempre incerta – *pater semper incertus est*. No afã, então, de se criar um meio para a fixação da paternidade, originou-se o instituto da presunção da paternidade, mais conhecido como *pater is est*.

Sobre o instituto da presunção *pater is est*, preleciona o eminente Luiz Edson Fachin (1992, p. 21):

[...] diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera presunção *pater is est*; se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação.

Sempre houve dificuldades em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, principalmente a paternidade. Com isso, nas mais diversas legislações do mundo, começou-se, com base no Direito Romano, a se estabelecerem presunções de maternidade e paternidade.

O sistema de presunção da paternidade fincou a premissa de que o marido da mãe seria o pai dos filhos dela, concebidos durante o casamento, a qual foi chamada de presunção *pater is est*.

Exceções à parte, a mulher casada é fecundada pelo marido e, mormente, o pai jurídico, o esposo, é o pai biológico de seus filhos. Diante disso, a presunção de paternidade encontra no casamento o critério da filiação.

O preceito *pater is est* não foi revogado no novo Código Civil Brasileiro, uma vez que pelo art. 1. 597 presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; os nascidos dentro de trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões

excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Pater is est consiste numa presunção legal dita *juris tantum* ou relativa, dado que pode ser afastada por iniciativa do marido que detém, segundo o art. 1601 do novo Código Civil, o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação, agora, imprescritível.

Segundo Veloso (1997, p.52), a presunção *pater is est* está inserida em uma concepção patriarcal e hierarquizada da família e da família matrimonializada, que produzia filhos “legítimos”, conforme um modelo multissecular, que foi profundamente abalado, revisto, reavaliado, principalmente, na segunda metade do século passado. Desta forma, tanto no espaço europeu, como no brasileiro, a aludida presunção não tem mais a força e o vigor do passado e, mesmo assim, não foi revogada pelo novo Código Civil. Embora continue admitida, vem sendo acompanhada de ressalvas, limitações, restrições, por obra de jurisprudência construtiva e renovadora.

2 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

No Direito Brasileiro, a investigação de paternidade só surgiu no projeto Bevilácqua, presente no artigo 363 do Código Civil de 1916.

Antes de 1916, a investigação de paternidade era terminantemente proibida. Por volta do século XVII, os juristas começaram a admitir a prova da paternidade ilegítima por diversos meios, inclusive pelo juramento da mãe, perante autoridades e pela confissão expressa e espontânea do pai. Nessa época, tal procedimento era chamado “reconhecimento forçado da filiação”. Na atualidade, esse processo visa à declaração judicial de vínculo paternal, no qual figuram, no pólo ativo da demanda, o nascituro, o filho ou o Ministério Público e no pólo passivo, os pais ou herdeiros consoante os dizeres do Estatuto da Criança e do Adolescente

Constitui-se uma Ação de Estado por excelência, visto que se encontra o filho numa situação juridicamente indeterminada, no aguardo da pronúncia estatal, a qual declarará o seu efetivo *status* no seio familiar. Como decorrente do estado de família, é uma ação intransmissível, imprescritível, irrenunciável e personalíssima. Trata-se de ação de estado, como já explícito anteriormente, porquanto o indivíduo encontra-se numa situação jurídica indeterminada, sem *status familiae*.

Enfatiza-se que a investigação de paternidade sempre mereceu especial atenção da Justiça. Vários métodos foram empregados para obtenção de dados que sugerissem a hipótese da paternidade, mas somente no século passado foi possível o estudo científico dessa matéria, o que foi feito através dos primeiros marcadores genéticos.

A descoberta do sistema ABO (1901) foi o marco inicial no sentido de prova na investigação de paternidade. Esse sistema, juntamente com outros (Rh, Mn, Ss Duuffy, Kidd), compõem os marcadores eritrocitários e recebem tal denominação por

serem estudados nos glóbulos vermelhos do sangue. Depois, outro marco importante foi o sistema HLA (1952), por meio de estudos dos glóbulos brancos do corpo humano. Na atualidade, o mais completo de todos os sistemas é o estudo de regiões específicas do DNA (1985). Com ele, completou-se o conjunto de todas as provas destinadas a determinar o vínculo genético. O ácido desoxirribonucléico constitui-se na sede de todas as informações genéticas que herdamos de nossos pais e transmitimos aos nossos filhos.

O exame de HLA, muito utilizado no passado e ainda hoje, quando não se dispõe da moderna tecnologia do DNA, vem sendo rapidamente substituído pelo de DNA, nos últimos anos.

O próprio custo do exame de DNA já é igual ao do exame de HLA, em vários laboratórios. O uso do sistema HLA em testes de paternidade possui em duas limitações: a primeira refere-se ao seu baixo poder de exclusão quando comparado ao DNA; a segunda limitação é que o HLA, nos casos em que este exame não demonstra exclusão de paternidade, não consegue atribuir a paternidade, ou seja, afirmar que aquele indivíduo é o pai biológico, e mais nenhum outro da população.

Não há limite de idade para a análise de DNA. Pode ser efetuado em bebês, recém-nascidos ou ainda durante a gravidez. O exame em DNA pode ser feito com sangue tirado há semanas, meses, ou até mesmo anos. Isto porque o DNA é uma molécula estável que pode ser extraída e congelada por períodos prolongados, dando maior flexibilidade ao exame. Permite, também, fazer o teste na ausência de pessoas-chave como, por exemplo, a mãe e o próprio suposto pai.

Com o avanço da biologia genética, a análise em DNA evidencia-se o teste de paternidade mais preciso, completo e eficaz, possível, atualmente. A chance do teste em DNA por P. C. R detectar um homem que esteja falsamente acusado de ser o pai biológico é superior a 99, 999%.

A esse avanço científico-tecnológico convencionou-se chamar de Medicina Genética e o cerne de todas essas mudanças está assentado na molécula de DNA, uma proteína que confere traços hereditários a cada indivíduo. Descoberto na

segunda metade do século XX, dez anos depois, em 1953, o biólogo norte-americano Jonas Watson e o físico inglês Francis Crick, revelaram a estrutura do DNA

No entanto, é imprescindível que se tenha uma série de controles da qualidade do exame, desde a etapa de identificação dos indivíduos, até a elaboração e entrega do laudo.

Esse procedimento cauteloso é realizado como mais um controle para evitar trocas de amostras, seja na coleta, ou na remessa do material ao laboratório que fará a parte analítica.

O padrão de DNA de um indivíduo não é alterado por drogas, álcool, medicamentos, alimentos, idade ou modo de vida. Também não há necessidade de jejum, nem mudanças na rotina.

De uma maneira geral, os operadores do direito deparam-se com esses procedimentos na busca de soluções de crimes ou casos de investigação de paternidade.

Antes, os outros métodos somente podiam concluir quem não era o pai verdadeiro (exclusão de paternidade); hoje com DNA, por exemplo, pode-se afirmar a possibilidade que o indivíduo é o pai de uma criança (inclusão de paternidade).

Fonseca (1958, p.168) prenunciava uma inclinação em defesa dos filhos, os quais, dizia, não tinham nenhuma culpa pelo envolvimento espúrio de seus pais, entendendo devesse lhes ser assegurada a investigação da sua paternidade, desde que condicionada a uma prova robusta.

Os meios de prova na ação de investigação de paternidade

Conforme preceitua Simas Filho (1996, p.54) “prova é a demonstração da verdade dos fatos, pertinentes e controvertidos, em que se fundamenta a ação ou a resposta. Prova não é meio; é resultado”.

Art 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que funda a ação da defesa”.

A Constituição Federal de 1988 também não relegou o tema, dizendo no artigo 5º, LVI, o seguinte: “São admissíveis no processo as provas obtidas por meios lícitos”.

Desse modo, há de se concluir que todos os meios legais, como ainda os moralmente legítimos, ainda que não especificados na lei, são instrumentos capazes de provar a verdade dos fatos, em que funda a ação da defesa.

Transcrevem-se alguns aspectos e passagens do voto do Min. Francisco Rezek.

Provas documental e testemunhal são quase sempre impossíveis. No campo pericial o desenvolvimento científico facilita a busca da verdade, mas obstáculos como a recusa à submissão ao exame podem ocorrer. Deve o julgador saber valorar com os demais elementos de prova, a insubordinação. A recusa mesma induz à presunção de paternidade, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigante.

Prova documental

Propositalmente, iniciar-se-á pela prova através de documentos. Isso porque passar-se-á a analisar o meio de prova de maior valor, antes, é claro, da evolução da prova através do exame de DNA. A relevância da descoberta da prova genética, no entanto, não significa dizer que a prova documental tenha perdido a sua nobreza, porque continua sendo a própria declaração de vontade, expressa de forma escrita, porquanto há manifestação de vontade inequívoca, comprovadamente produzida pelo suposto pai, que assume a paternidade do autor. Mostra-se incabível, em princípio, deferimento de prova pericial pela parte contrária.

Segundo Lopes (1999, p. 102), “documento é toda representação de um fato ou de um ato”. Theodoro Júnior (1999, p. 444), por sua vez, conceitua documento como “o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo fixação ou retratação material de algum acontecimento”.

São vários os documentos passíveis de utilização em juízo, entre eles: declarações, cartas, cartões de aniversário, bilhetes, emails ou telegramas enviados pelo suposto pai à mãe do investigante que evidenciem ter havido relacionamento íntimo entre ambos, coincidir a época da concepção. Esses constituem instrumentos valiosos na instrução da causa.

Prova testemunhal

Esse meio surge quando se faz necessária a presença de pessoas, que não as partes conhecedoras dos fatos. Nesse momento do processo, as testemunhas vêm à juízo e relatam tudo aquilo que lembram; por isso, muitos estudiosos dizem que a prova testemunhal é a mais falível entre todas as outras.

Consiste na acolhida pelo juiz, com reserva, pelo fato de se deixarem as testemunhas influenciar pela amizade. Como qualquer situação fática, a paternidade pode ser provada por testemunhas. O valor da prova testemunhal também é relativo. As testemunhas, nesse caso, pela natureza do fato a ser provado, fazem parte do círculo de convivência e amizade das partes, podendo ser suas declarações influenciadas por essas relações. Além disso, a paternidade é fato biológico, devendo ser comprovada por meios capazes de verificar essa vinculação.

Na definição de Lopes (1999, p. 131), “é a que é produzida mediante inquirição de pessoas estranhas ao processo, que têm conhecimento dos fatos ou atos já demonstração interessa à solução da causa”.

As testemunhas têm como função reproduzir os acontecimentos que ficaram presentes em suas memórias, sempre através de depoimento oral, na presença do juiz e das partes.

Cabe ressaltar que as relações sexuais ocorrem, em, geral de forma secreta, reservada; não comportam, pois, prova direta. Beccaria ensinava que “a testemunha diz a verdade, quando não tem interesse de mentir”.

Apesar de ser o meio de prova mais antigo e mais utilizado pela justiça, a grande maioria dos litígios não pode ser solucionado exclusivamente através do

testemunho. O maior exemplo dessa situação é exatamente nos casos de investigação de paternidade, nos quais não se pode admitir que a declaração de estado de filho seja baseada unicamente em testemunhos, ante à existência de provas mais confiáveis, como a pericial.

No entanto, as testemunhas, muitas vezes, são peças fundamentais para solucionar inúmeros litígios deduzidos em juízo.

EXAME DE SANGUE: adequado para excluir a paternidade, se o filho e o pretense pai pertencerem a diversos grupos sanguíneos. É prova negativa; portanto, só serve para excluir a paternidade.

EXAME PROSOPOGRÁFICO: consiste na ampliação de fotografias do investigante e do investigado, justapondo-se uma a outra, inserindo alguma das partes de uma na outra (nariz, olhos, orelha, raiz do cabelo). Verifica-se a semelhança física entre o investigante e o investigado, realizada pela justaposição de fotografias por corte longitudinais e transversais. Esse meio de prova também é fraco, não autorizando à certeza quanto à paternidade, pois pessoas que não possuem relação de parentesco alguma podem ser fisicamente semelhantes.

Lembra-se que **Posse de estado de filho** é a situação de fato estabelecida entre o pretense pai e o investigante, capaz de revelar tal parentesco, desde que o filho use o nome do investigado, receba tratamento como filho e goze do conceito do suposto pai (fama).

Perda do caráter investigatório da Ação de Conhecimento de Paternidade

Em épocas passadas, o Judiciário não dispunha de métodos científicos capazes de identificar, com certeza, a paternidade. Assim, restava ao julgador a análise minuciosa das provas contidas nos autos, tais como, documental e, principalmente, testemunhal.

Com a criação e desenvolvimento do exame de DNA, a Investigação de Paternidade perdeu a natureza investigatória. Note-se nos casos em que os juízes deferem a produção probatória, através do exame de DNA.

Utilizando-se dos artifícios tecnológicos, como o exame de DNA para verificação correta e exata de vínculo paternal, o Judiciário economiza muito tempo e dinheiro para os cofres públicos. Da produção de provas pelo exame de DNA, na investigação de paternidade, utilizando-se, caso necessário, da coação estatal, restará desembaraçado o judiciário, pois verificar-se-á que as decisões de mérito na Ação de Investigação e Paternidade serão oriundas da mera recepção do Exame de DNA. Então, ficam as ações judiciais, restritas a uma declaração judicial, sem necessidade de grandes dilações probatórias.

O fato é que no Direito Processual Civil Brasileiro inexistente hierarquia entre as provas; portanto, se a parte apresentar somente a referida prova pericial, corre o risco do magistrado rechaçá-la e considerar as outras provas constantes dos autos para alicerçar sua decisão.

Faz-se correta a asserção segundo a qual só deve haver o julgamento do mérito nas aludidas ações, quando esgotados todos os meios probatórios na fase de instrução processual, eis que a sentença de mérito nessas ações é extremamente séria, já que envolve o direito natural, constitucional e indisponível da personalidade. Isso se constitui um verdadeiro óbice ao reconhecimento da paternidade, alicerçado somente na verdade formal. Diante disso, o juiz deve determinar todas as provas necessárias a sua própria convicção para calçar sua sentença sempre na verdade material. Evitará, dessa maneira, decisões que frustrem outros direitos.

A coisa julgada nas Ações de Investigação de Paternidade

Um dos principais escopos do Estado consiste na solução de conflitos de interesses existentes na sociedade.

Tal tema versa, principalmente, sobre a desconcórdia que pode ocorrer entre princípios da necessidade social da definitividade das decisões judiciais e os princípios da dignidade e da personalidade, quando do julgamento de uma ação de investigatória de paternidade. Isto é, tratar-se-á mais especificamente da possibilidade de relativização do instituto jurídico da *res judicata*.

Conforme ensina Theodoro Junior (2000, p. 463):

A diferença entre a coisa julgada material e formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra sentença.

Na investigação de paternidade, os magistrados devem valer-se dos avanços científicos da perícia genética, para tentarem atingir a verdade material, posto que esta ação envolve questões de cunho psicológico, além de vários direitos tutelados constitucionalmente.

Mesmo quando estiverem presentes todos os requisitos necessários, as sentenças prolatadas nas mencionadas ações devem ter a força de sua coisa julgada, relativizada.

Essa assertiva procede devido ao fato de que, apesar da coisa julgada existir para suprir a necessidade social da definitividade das decisões, há algumas evidadas de equívocos. Esse direito está em um plano mais elevado na escala normativa, qual seja, o direito do indivíduo saber sobre sua ascendência ou descendência biológica.

Sem dúvida, se for atribuída a determinada pessoa uma paternidade que não é a sua, esse indivíduo pode sofrer danos morais e materiais irreversíveis. Deve-se, pois, dar a ele a oportunidade de impugnação da sentença a qualquer tempo, visto que, além de tratar-se de direitos imprescritíveis, é matéria de ordem pública. Então, o formalismo do processo não deve ser obstáculo para se buscar a verdade real, devendo sim, ser flexibilizada a força da coisa julgada, em nome dos valores mais altos, isto é, aqueles que dão direito do indivíduo saber quem são os seus ancestrais e descendentes biológicos.

A segurança jurídica não pode ser óbice à verdade, sob pena de se criarem ficções jurídicas absurdas, prejudicando as partes, bem como toda a sociedade, posto que uma sentença equivocada ou alicerçada em fatos inverídicos poderia gerar direitos e obrigações sucessórias, negociais e familiares para duas pessoas que não têm, na realidade, nenhum laço familiar.

Configurada a colisão entre o direito à segurança jurídica, decorrente da coisa julgada e os direitos fundamentais da personalidade e dignidade, devem prevalecer os dois últimos, eis que se a coisa julgada for considerada um direito fundamental absoluto, estar-se-á destruindo por completo o direito ao respeito e à convivência familiar.

Nas ações em que a paternidade não foi declarada por ausência de provas, antes da possibilidade da realização do teste do DNA e que a ação rescisória já não possa mais ser proposta, é que surgem divergências sobre a possibilidade da propositura de uma nova demanda.

Os que negam essa possibilidade defendem, principalmente, a segurança jurídica trazida pela coisa julgada, fundamentando a impossibilidade de julgamento da nova ação pelo disposto no art. 5º, da Constituição Federal e no art. 471 do Código de Processo Civil. Para essa corrente, o valor preponderante é a estabilidade trazida pela coisa julgada, não interessando o surgimento de novo meio de prova. Essa corrente é majoritária.

Outra parte da doutrina entende ser possível a propositura de uma nova ação de investigação de paternidade, com base, agora, no exame de DNA. O fundamento principal dessa corrente está ligado à prevalência da verdade real sobre a verdade formal.

Nesse sentido Almeida (2001, p.98-99) aduz que:

[...] há a possibilidade de revisar um julgado no qual não se tenha utilizado do critério científico na apuração da verdade para torná-lo cientificamente seguro, isto porque a sentença proferida pode, ou não, coincidir com a verdade real, dada a sua estabilidade jurídica como furto da persuasão íntima do julgador, e não uma convicção científica.

Salienta-se não ser o instituto da coisa julgada enfoque central desse trabalho, porém admitindo-se a relevância do exame de DNA em diversos ordenamentos do direito de família, e, conseqüentemente, do direito processual, justifica-se a breve explanação acima.

Confissão, presunção e indícios

A respeito dessa matéria, todas as ações de estado (filiação, estado civil, investigação de paternidade, etc.), que objetivam a alteração, não admitem a confissão pela parte demandada, conforme proibição expressa no artigo 351 do Código de Processo Civil: “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.

A presunção que interessa, nesse momento, é a legal, isto é, aquela estabelecida pela própria lei, a qual se subdivide em absoluta e condicional. A primeira é a consequência que a lei deduz, de forma expressa, de certos atos ou fatos, desinteressando a existência de prova em contrário (*juris et jure*). Quanto à presunção condicional, pode-se dizer que é aquela em que o ato ou fato são verdadeiros, até que se prove ao contrário (*juris tantum*).

Com relação à investigação de paternidade, a aplicabilidade desses conceitos aparece, principalmente, naqueles casos em que o pai não aceita se submeter à perícia através do exame de DNA.

3 O EXAME DE DNA E SUA INFLUÊNCIA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Com a Constituição de 1988, houve uma busca frenética pelo reconhecimento da paternidade; concomitante a isso, conforme mencionado anteriormente, o surgimento do exame de DNA, que trouxe para o campo jurídico a certeza, ou quase ela, da paternidade biológica. A paternidade passou, pois, a ser vista, antes de mais nada, como vínculo de sangue.

Através da verdade biológica, pai e filho buscam uma certa face de sua identidade; o primeiro, sabendo-se perpetuado; e o segundo, conhecendo um pouco de si.

O DNA pode ser detectado no núcleo (centro) de qualquer célula de um organismo, dentro de pequenos pacotes genéticos chamados cromossomos, com exceção das células vermelhas do sangue (hemáceas) que não têm núcleo; portanto, não têm DNA. Assim, o DNA das células brancas de sangue de um indivíduo é exatamente igual ao DNA das células de pele desse indivíduo, dos tecidos, da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, das células contidas na urina.

Veloso (2000, p. 388) cita também um artigo de Rolf Madaleno a ser publicado sob título *A sacralização da presunção na investigação de paternidade* que enuncia:

a minimização dos clássicos meios processuais de prova, o que pode ser facilmente deduzido das decisões jurisprudenciais, sacralizando a perícia genética, como sendo a suprema das provas, tornando-se as outras provas inúteis e dispensáveis. Já é momento de evitar o endeusamento do resultado pericial, convertendo o julgador num agente homologador da perícia genética, certo de ela possuir peso infinitamente superior a de qualquer outra modalidade de prova judicial.

Salienta-se serem sérios os riscos da sacralização da presunção pela mera recusa na submissão ao exame de DNA. Isso ocorre especialmente quando essa negativa está escorada numa justificada oposição do investigado, quando nada lhe foi revelado acerca da infalibilidade do perito e do laboratório a que está vinculado em detectar o nexa biológico ao índice de uma probabilidade de paternidade igual a 99,99999%.

Ademais, é preciso haver muita cautela, quando as ações investigatórias apenas relatam superficial relação duvidosa de correspondência fática, denotando em seu ventre uma demanda prenhe de ódio, rancor ou pura maldade. Também, quando não consignam mera malícia por um lucro exclusivamente material, sem que a inicial apresente informes mais sérios, e de razoável consistência, capazes de sustentar uma precipitada ordem de realização judicial de pericial genética.

Por sua vez, o alto grau de certeza dos exames de DNA transformou o Direito brasileiro, derrubando algumas de suas paredes e abalando outras, que permanecem, mas como ruínas.

A par de outras repercussões em esferas jurídicas distintas, sem dúvida, haverá grande ressonância no campo das ações jurídicas que questionam a paternidade, em que exame de DNA se tornou a prova máxima e decisiva, nos casos de investigação de paternidade. E com muito mais ênfase, quando na questão abordada, discute-se a obrigatoriedade ou não do investigado em submeter-se ao exame hematológico para a comprovação da paternidade discutida.

Sem dúvida, o exame de DNA evidencia-se uma prova indispensável à fiel obtenção da verdade, no processo de investigação de paternidade.

A verdade que se busca em juízo, seja pelas partes, seja pelo próprio magistrado, deve ser manipulada da forma mais ampla possível, porém sem exceder as barreiras e os limites do razoável, de modo a não colidir com os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, fundamentalmente assegurados nos Estados Democráticos de Direito. Mesmo para a busca dessa verdade, os postulados

maiores condicionam limites. E, como diziam os romanos: *Est modus in rebus* – há um limite entre todas as coisas.

Na verdade, tem-se percebido que o exame do DNA passou a ser, para muitos operadores do Direito, condição *sine qua non* para a comprovação da paternidade, ao argumento de uma certeza, quase inabalável, não pode prosperar, principalmente quando se noticia diariamente pelos meios científicos acerca da imprestabilidade de alguns resultados e métodos de exames hematológicos. Isso decorre do fato de muitos deles serem confeccionados em laboratório não qualificados, despreparados e sem recursos científicos suficientes para a efetivação desses procedimentos.

Para Veloso (2000, p. 387), a “rainha das provas” suplantou todas as perícias sorológicas empregadas até então no debate judiciário civil e penal. Alerta o autor que muitos operadores e usuários do Direito assumem uma posição de adoração e submissão aos laudos periciais. Entretanto, já não é possível prosseguir com essa cega confiança dos cultores do Direito nos testes de DNA, que não podem ser considerados conclusivos, apenas servindo como mais um elemento probatório.

O autor concorda com a importância do estudo do perfil genético do DNA, na investigação do vínculo de paternidade e maternidade, mas interroga se os seus resultados apresentam a condição de certeza absoluta e de fato inquestionável. Enfatiza que, mesmo sendo a análise do polimorfismo do DNA uma prova de grande futuro, na sua essência, seus métodos e técnicas não podem ser considerados, sob o prisma científico, uma prova infalível e de conclusões absolutas, capazes de transformar o magistrado em prisioneiro de seus resultados, “sacralizando” esse exame em detrimento de outros meios usuais e processuais de prova.

Se assim se procedem, tornar-se-á o julgador prisioneiro de seus resultados. É perigoso substituir seu juízo de valor por uma única prova, cujo resultado permite uma certa margem de erro.

Prescreve Moraes (1997, p. 184), em preocupante vaticínio que: “a certeza científica, oferecida pelo exame de DNA, para determinação da paternidade

encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai a entregar o material necessário ao teste”.

Enfatiza-se que, conquanto o exame de DNA tenha adquirido enorme credibilidade entre os profissionais do Direito e a população leiga, ele não é infalível. Devem ainda ser consideradas as falhas humanas na aplicação do exame e mesmo na fiscalização dos laboratórios, como fatores capazes de comprometer o resultado.

Condução coercitiva

Argumentos a favor da coerção

Segundo os defensores dessa medida, a submissão a tal exame não demanda sacrifícios corpóreos consideráveis, que sejam legítimos a respaldar uma recusa fundada na alegação de que a parte deve ter respeitada a sua inviolabilidade corporal. Na verdade, a extração de uma amostra de sangue, ou mesmo de alguns fios de cabelo não causam sofrimento considerável.

A favor da condução coercitiva argumenta-se que não se pode desprezar a produção da prova genética do DNA, na busca da verdade.

Por outro lado, ainda que se pudesse considerar que a extração desse material genético originasse sofrimento corporal significativo, deve-se entender que a busca da verdade real em relação à paternidade de um indivíduo e evidencia-se valor que se sobrepõe ao direito que se tem à inviolabilidade do corpo.

Quanto ao direito à intimidade, caso alguém alegue que não quer ter exposto seu código genético, sob o argumento de que tal exposição poderia resultar-lhe, por exemplo, preconceitos relativos a doenças congêneres, dever-se-ia entender que essa possibilidade perde em relevância para a busca da verdadeira informação quanto à paternidade de um indivíduo.

Além disso, importa ter em mente que o resultado de um exame de DNA, feito em um processo de investigação de paternidade, deve estar resguardado de

outros usos (indevidos) pelo instrumentário do segredo de justiça, previsto, inclusive, constitucionalmente. Diante disso, as justificativas, também sob esse aspecto, mostram-se improcedentes para embasar uma recusa ao exame.

Da mesma forma, não é legítima a alegação de que alguém estaria escusado de se submeter ao exame de DNA, sob o argumento de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Não se pode concordar com a consideração de que a prova efetiva de uma relação de paternidade, inicialmente suspeita, é prova produzida contra si. O direito que ganha relevância, aqui, é o direito de se ter certeza a respeito da existência ou não de tal vínculo familiar. O interesse da parte em omitir a informação que seria necessária e suficiente para estabelecer tal verdade é subjugada, nesse ponto, pelo interesse da sociedade em ver desvelada tal informação.

Então, a partir da recusa da parte em se submeter ao exame médico-pericial, como é o caso do exame de DNA, é que deverá se inverter o ônus da prova em relação àquela matéria objeto do exame. Cria-se, assim, uma presunção de que o exame recusado provaria, caso realizado, aquilo que é desfavorável a quem recusou. Mas essa presunção, conforme argumentamos, é *iuris tantum*, ou seja, é presunção que admite a possibilidade de prova em contrário, a partir de fatos carreados aos autos em fase de instrução.

Irrefutavelmente, filho tem direito de saber quem é seu pai, de portar o nome da família do pai, resguardando-o do constrangimento de ser filho de pai desconhecido, de se sentir rejeitado pelo pai que negou o reconhecimento da paternidade e das obrigações para com o filho. É preciso fortalecer vínculos de sangue, afeto e de direitos sucessórios, porque poderão ocorrer conseqüências sociais e psíquicas da inexistência ou ausência do pai. Origem biológica é de interesse da pessoa, uma vez que apresenta as características pessoais, doenças hereditárias, potencial de personalidade e até de direitos patrimoniais.

Na verdade, é justificável o sacrifício do direito do investigado, de modo que deve, na verdade, ser admitida a condução coercitiva deste para a realização da prova do DNA.

Argumentos contrários à coerção

Para alguns críticos, tal coerção representa uma violação ao direito à intimidade, já que esse material que comporta informações individuais da parte, tais como propensões a doenças ou doenças já contraída (como a AIDS, por exemplo) estariam sendo expostas, sem o seu consentimento.

Da mesma forma, argumentam que discrepa das garantias constitucionais de preservação da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano.

Na verdade, tanto a identidade genética quanto a intimidade e a intangibilidade do corpo humano são componentes da dignidade da pessoa que estão em confronto.

A recusa do investigado à realização do exame de DNA deve gerar a presunção relativa do exame de DNA.

Embora admitida a obrigatoriedade da prova genética do DNA, a recusa do investigado à realização do exame de DNA não pode ser interpretada como confissão ficta do investigado. Essa reação não é suficiente para se admitir a presunção de paternidade. Apesar de apresentar forte indício, é necessário existir alguma evidência de ter havido um relacionamento entre o suposto pai e a mãe da criança para que fique comprovada a paternidade.

Aplica-se, como garantia de não estar o acusado obrigado a fazer prova contra si, o direito ao silêncio. Pode-se entender ainda que o silêncio do réu não pode ser mais interpretado em prejuízo da defesa; o mesmo deve acontecer em relação à recusa em doar material para o exame de DNA.

Vale enfatizar que essa confiança no exame científico conduz ao desdém e à profunda e quase insuperável descrença sobre os demais meios processuais de prova. Isso demonstra cega aceitação da perícia do DNA o que acarreta um perigoso e deletério efeito de influenciar sobre os outros meios legítimos e

esclarecedores de prova judiciária. Mostra-se decisivo, portanto, evitar o endeusamento do resultado pericial, convertido o julgador num agente homologador da perícia genética, certo de ela possuir peso infinitamente superior à de qualquer outra modalidade de prova judicial.

Trachtenberg (1995, p. 326) atenta para a possível falibilidade do teste de DNA, pelo fato de os laboratórios carecerem de dados estatísticos tão caros e próprios da população brasileira, composta por uma raça mista, de características singulares, divergentes dos levantamentos estatísticos realizados com os povos dos Estados Unidos e os da população européia.

Segundo os opositores à coerção, não se deve prosseguir com essa cega confiança dos cultores do Direito nos testes de DNA. Estes não podem ser considerados conclusivos, apenas servindo como mais um elemento probatório.

Em uma questão sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu, por maioria:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Exame de DNA - Condução do Réu "Debaixo da Vara". Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável a feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. STF – HC 71. 373-4 RGS – Tribunal Pleno – Rel. p/o acórdão: Min. Marco Aurélio – j. 10. 11. 1994 – v. m. – DJ 22. 11. 1996.

"Não basta ao interessado na investigação do seu nexu biológico louvar-se no exame de DNA, que deve ser lido num conjunto probatório muito mais denso e verdadeiramente seguro" (VIANA, 1998, p. 27)

Os votos vencidos dessa decisão argumentam pela existência de dois interesses em conflito: o da criança investigante à sua real identidade e o do suposto pai à sua incolumidade física. Entendem esses ministros que deveria prevalecer o interesse superior da criança.

Apesar de todas essas alegações, contrárias à coerção, deve-se partir do princípio de que a recusa do investigado implica descumprimento de um dever processual de colaboração, disposto no artigo 339 do CPC brasileiro, *in verbis*: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”

A possibilidade de erro do DNA

A prova pericial realizada do exame de DNA pode gerar resultados de exclusão e de inclusão, ou seja, o resultado do exame pode excluir a possibilidade de paternidade, não encontrando no suposto pai uma combinação entre o seu DNA e o material do sedizente filho; por outro lado, pode demonstrar que o material coletado do investigado apresenta seqüência compatível com o filho.

Nesse momento, porém, é preciso cautela na utilização única da prova pericial, uma vez que, embora incontestável sua utilidade para o Direito, é impossível ignorar inúmeros fatores que podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis.

Um dos principais motivos que colocam em dúvida a sacralização da prova pericial através do exame de DNA é a qualidade dos laudos, porquanto realizados com apuro técnico podem atingir índices de acertos superiores a 99, 9999%; mas boa parte dos laboratórios oferece técnicas menos complexas e mais baratas, aumentando a margem de erro.

Pode-se, então, deduzir que essa matéria encontra entendimento diverso entre os doutrinadores. Uns entendem que a margem de erro da análise do DNA é insignificante, e, por isso, essa prova pericial oferece ao julgador em elemento sólido e determinante para a construção da verdade. Outros, no entanto, notam ser impossível negar a relevância do exame de DNA no conjunto probatório, salientando, porém, que existe uma distância entre reconhecer o exame como prova importante que traduz a evidência da paternidade.

Ainda cabe salientar o fato de, no Brasil, não haver fiscalização oficial dos laboratórios que realizam o exame de DNA.

Recusa do suposto pai

A indigitação leviana de paternidade pode causar sérios transtornos à vida do suposto pai. Inclusive, a Ministra Nancy Andrichi, argumentou que a recusa do réu em realizar a prova pericial de DNA implica a presunção de existência de relação de paternidade; no entanto, presunção é de natureza relativa, não absoluta, porque, além de ensejar prova em contrário, não induz à automática procedência do pedido.

A CF diz, em seu art. 5º que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude da lei”. E não existe lei que obrigue o suposto pai a se submeter ao exame. E, ao mesmo tempo, ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em princípio, mostra-se relevante esclarecer que se adota a consagrada classificação estrutural das normas de direito fundamental, qual seja, a de princípios e regras jurídicas como espécies de normas dentro do ordenamento jurídico. Segundo Alexy (1997, p. 82), os princípios e as regras são espécies de normas dentro do ordenamento jurídico, cuja distinção é “*uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoria de los derechos fundamentales*”. Ambos são espécies do gênero norma porque dizem o que deve ser. A característica diferenciadora entre ambos é qualitativa e consiste em serem os princípios mandados de otimização, ordenando que algo seja realizado na medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Os princípios, portanto, impõem otimização de eficácia à luz das circunstâncias, sendo harmonizados, permitindo o balanceamento conforme o seu peso e ponderação com outros princípios, de forma a coexistirem, conviverem mutuamente, podendo ser cumpridos em diferentes graus. Por outro lado, as regras prescrevem exigências que se impõem, ou não, excluindo-se mutuamente quando houver antinomia ou conflitos entre as mesmas (ALEXY, 1997, p. 86-).

O sistema constitucional é tendencialmente principialista, porque este evidencia suporte rigoroso para solucionar a colisão de direitos fundamentais, além de permitir que o sistema se mova através da textura aberta dos princípios.

Para Jorge Miranda (2000, p. 180), a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido às constituições, confirmando a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado. Significa que não se trata unicamente de sistema, e sim de unidade de pessoa, exatamente porque:

o homem situado do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

Cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana não depende de reconhecimento expresso da ordem constitucional, mas, indubitavelmente, de sua força jurídica. Em conseqüência, sua efetiva realização e promoção estão diretamente relacionadas ao seu grau de reconhecimento pelo ordenamento constitucional. Daí ser de tamanha relevância o estudo aprofundado acerca do conteúdo jurídico dessa dignidade.

O reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, bem como sua posição privilegiada no texto constitucional, são, sem sombra de dúvidas, manifestações inequívocas de que para o nosso constituinte este princípio é basilar e informa todo o ordenamento jurídico. A dignidade, como valor inerente à pessoa, é inalienável e irrenunciável. Como princípio fundamental, goza do *status* de norma jurídica e reclama proteção e promoção pelo poder público e particulares.

O que temos em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade ou do indigitado pai à sua intangibilidade física.

Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais, tanto os da criança, como os do suposto pai, quais sejam o direito à identidade e à integridade física, deve visar-se a resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Deve prevalecer, portanto, a interpretação que preserve ambos os direitos, não havendo a possibilidade de que um deles seja totalmente suprimido, sob pena de estarmos descumprindo a norma constitucional.

No entanto, quando uma sobrepõe a outra, é mister analisar a relevância do direito em voga.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, resguardou a criança e o adolescente, lançando como princípio o dever da família:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Art. 229 da CF/88 diz que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Aspectos constitucionais

A condução coercitiva do réu para a efetivação do teste de DNA revela-se medida arbitrária, desprovida de qualquer amparo legal. Determinação Judicial desta natureza viola direitos fundamentais do ser humano, afrontando a Constituição Federal. Denota medida excessiva, passível de *habeas corpus*, por ferir a liberdade do indivíduo em descompasso com a ordem jurídica nacional.

Na investigação de paternidade, a condução forçada do investigado para a realização do exame de DNA com a retirada de sangue ou outro tecido de seu corpo sem o seu consentimento, ofende direitos protegidos pela Constituição, direitos da personalidade, fundamentais. A ordem judicial que determina a condução debaixo da vara fere a liberdade, a integridade física e a intimidade do suposto pai. Assim agindo, autoridade judicial extrapola limites, age com abuso de poder. Revela-se o ato desprovido de juridicidade, inconstitucional, a medida em que colide com direitos fundamentais do indivíduo, contra os quais é vedada a interferência lesiva do poder público. O constrangimento causado ao réu é incompatível com o Estado de Direito, fundado historicamente na submissão ao império da lei e na garantia dos direitos individuais.

O direito à integridade física decorre do direito à vida. A incolumidade física da pessoa não pode ser invadida para a realização de uma perícia judicial, mesmo que seja para o teste de DNA.

A seu turno, direito à intimidade encontra-se disposto no art. 5º, X, sendo inviolável. Constitui a esfera íntima e secreta do indivíduo, dentro da qual lhe são garantidos o resguardo e a proteção contra a invasão de terceiros, inclusive do Estado.

A inviolabilidade de direitos fundamentais é garantia consagrada de maneira expressa pela Constituição, em seu art 5º. São direitos garantidos a homens e mulheres, sem qualquer distinção, essenciais para a formação individual. Dos direitos fundamentais do homem desencadeiam-se todos os demais que ele possui ou venha a possuir. Formam a base, o início de toda a constituição de direitos individuais.

O direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são direitos decorrentes da condição de pessoa, defluem automaticamente da própria existência do ser humano. Seguindo Bittar (1991, p. 11): “Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extra patrimoniais intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios. A declaração de garantia dos direitos da personalidade, no texto da Lei Fundamental, de forma pormenorizada, reflete a preocupação do Constituinte de 1988 e de todo povo brasileiro com a proteção aos direitos básicos do homem, renegados durante um longo período dentro da história política nacional”.

A sociedade brasileira vive um Estado Democrático de Direito. Mais do que uma simples denominação, tal enunciado demonstra o tipo de estrutura de poder vigente. A legitimidade da atuação do Estado é verificada pelo respeito e cumprimento da Constituição e da lei. Os direitos e garantias individuais limitam a interferência do Estado no âmbito de atuação do particular, protegendo os valores primordiais, indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária

CONCLUSÃO

A presente monografia abordou a influência do exame de DNA nas Investigatórias de Paternidade. A partir de uma visão mais humana dessa atividade, notadamente, da condução coercitiva do exame de DNA, fez-se uma explanação de considerações a respeito do DNA como prova suprema da paternidade.

Constatou-se, no entanto, ainda não haver uma unanimidade entre pensadores e aplicadores do Direito, porquanto a procedência ou improcedência da ação de investigação de paternidade, baseada unicamente na prova genética, não esclarece, definitivamente, todas as dúvidas.

Para muitos estudiosos, a descoberta das impressões genéticas trouxe para o mundo Jurídico a certeza da paternidade, transformando o exame de DNA em prova inequívoca e suprema dentro do conjunto probatório, a qual ingressou no nosso ordenamento como uma solução para o reconhecimento da paternidade.

Outros contrariam, alegando quanto à sacralização da prova pericial, através da análise do DNA. Desse modo, é preciso muita cautela nesse processo de endeusamento do exame, principalmente, tendo em vista implicações de ordem ética e legal. No mundo real, tudo é incerto; há que se ressaltar que a medicina não é uma ciência exata, não se pode falar em certeza absoluta, o que ratifica o entendimento geral de que tudo é relativo, principalmente quando se sabe que a perícia é ato praticado pelo homem e, portanto, sujeito a erro.

Na prática, ainda não se alcançou um patamar de certeza inquestionável, visto que se constatam, ainda, lacunas no tocante às novas descobertas médico-científicas. É certo, no entanto, que o avanço genético representa um meio capaz de solucionar problemas inerentes ao vínculo de filiação. Dessa maneira, fica muito difícil, para o julgador, negar a existência do estado de filho apontado no laudo

pericial, decorrente do exame de DNA, ou afirmar que o vínculo genético existe, se os resultados apontam que a realidade é outra.

Por sua vez, é inegável que a aplicação das descobertas da Engenharia Genética, no tocante à identificação humana, produziu grandes efeitos no mundo jurídico.

O exame de DNA, dada a confiabilidade que inspira, acaba por superar todos os métodos anteriormente utilizados para reconhecimento de paternidade.

Ressalta-se que, dadas as vantagens que essa técnica oferece, criou-se um novo mito: o da “infalibilidade do DNA”, confluindo no emprego ilimitado dessa prova.

É certo que a norma jurídica precisa ir ao encalço dos avanços científicos, mas é certo também que o emprego da prova de DNA deva se dar com cautela, pois apesar do grau de certeza e segurança que pode gerar, não está tal técnica imune a erros. Nesse sentido, urge a edição de dispositivo legal que zele pela fiscalização dos laboratórios que a realizam, fazendo com que prime a qualidade dos exames de DNA.

Contudo, melhor irão proceder os tribunais brasileiros se, daqui para frente, decidirem pela realização de perícia técnica de verificação biológica da paternidade quando presente alguma prova mínima de verossimilhança entre o relato da petição inicial e os fatos aprioristicamente demonstrados.

Nesse contexto, o exame de DNA não pode continuar a ser tratado como prova inofismável, incontestável e suficiente; ao contrário, deve ser recebido com reservas, sob pena de, mesmo tendo tal metodologia os aplausos incansáveis de seus defensores e os encantos que a mídia propaga, alguns resultados contribuirão, para transformar a sentença numa tragédia, fazendo de um inocente culpado ao atribuir-lhe um filho que não é seu.

Ter ou não ter filhos é uma opção individual. Entretanto, a partir do momento em que um filho é gerado, desde a fecundação o pai já tem deveres; não há mais

opções, e sim, responsabilidades. Reconhecer o filho constitui-se uma das principais responsabilidades. O pai deve cumprir com os deveres dando assistências devidas, para sua criação e formação moral e intelectual de seus filhos. No entanto, é necessário frisar que não há hegemonia de princípios, prevalecendo sempre o resguardo aos interesses da criança, visto que esta sempre estará em situação inferior ao do suposto pai, principalmente por ficar em situação vulnerável perante ao genitor. Essa circunstância trará prejuízo a formação do menor. Cumpre destacar que a Ordem Jurídica determina o princípio de resguardo aos interesses da criança, como uma das normas fundamentais. Mas o genitor tem o direito de obter a certeza do vínculo biológico entre ele e o suposto filho.

Convém salientar que a dignidade do ser humano deve ser resguardada pelo Estado, desde o nascimento, sendo ela inviolável.

Com base nos argumentos expostos, salienta-se que o Poder Judiciário deve emitir suas decisões baseadas no Princípio da Dignidade da pessoa humana, em conformidade com o melhor interesse da criança, observando o caso concreto.

É momento, portanto, de grandes realizações nessa área, porquanto a descoberta da tipagem genética evidencia-se uma realidade médica que, certamente, precisa embasar-se numa legislação específica e profunda que regule a matéria e seus tópicos especiais. Os direitos e garantias individuais limitam a interferência do Estado no âmbito do particular, protegendo os valores primordiais, indispensáveis à construção de uma sociedade livre, equânime e solidária. Apenas dessa maneira será viável a adaptação do DNA à realidade atual, em consonância com o estado democrático vigente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Maria Christina de Almeida. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.
- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1991.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimentos da filiação e paternidade presumida**. Belo Horizonte: Sergio Antônio Fabris, 1992.
- FONSECA. Arnaldo Medeiros da. **Investigação de paternidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MIRANDA, Jorge **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. vol9
Campinas: Bookseller, 2000. v. 9, Tomo 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva,
2004. v. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de
Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma
hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira
(Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio
de Janeiro: Forense, 2000.

NORMALIZAÇÃO para trabalhos técnico-científicos da Universidade Católica de
Pelotas. **Universidade Católica de Pelotas**. Pró-Reitoria de Graduação. Biblioteca
Central. Pelotas: UCPel, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 8. ed. atual. por Tânia
da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V.

_____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro:
Forense, 1998.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 5. ed. Curitiba:
Juruá, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 27. ed. Rio
de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

TRACHETENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na
determinação de paternidade. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande
do Sul**, Porto Alegre, n.63, p. 326, mar.1995.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros,
1997.

_____. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo
de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da
filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VIANA, Marco Aurélio Sinceraly. **Alimentos, ação de investigação de paternidade
e maternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.