

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 856

(Ano X)

(02/06/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



30/05/2018 Rômulo de Andrade Moreira

» ["Efeito cascata": O Superior Tribunal de Justiça acaba de aplicar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a prerrogativa de foro](#)

ARTIGOS

01/06/2018 Andrezza Albuquerque Pontes de Aquino Cassimiro

» [Acesso à Justiça: análise crítica, sob a ótica de Antônio Herman v. Benjamin](#)

01/06/2018 Hantony Cassio Ferreira da Costa

» [A questão da Competência das causas individuais de consumo propostas nos Juizados Especiais Cíveis os nos Foros Regionais](#)

01/06/2018 Fausto de Sousa

» [Financiamento eleitoral no Brasil](#)

01/06/2018 Marisa Del Nero

» [Coparentalidade: implicações psicológicas e jurídicas](#)

01/06/2018 Cassiano André Kaminski

» [O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em Execuções Fiscais](#)

01/06/2018 Ana Karollina Benedetti Bettoni

» [Constelação sistêmica como instrumento consensual de solução de litígios](#)

01/06/2018 Débora Batista de Mendonça

» [Responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo inverso](#)

01/06/2018 Gustavo Elias de Moraes Freitas

» [Trabalhadores excluídos do controle de jornada de trabalho e alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017](#)

01/06/2018 João Rodrigo Roncalho Caparroz Garcia

» [Direito a personalidade e a privacidade digital](#)

31/05/2018 Hantony Cassio Ferreira da Costa

» [Honorários Advocatícios no processo do trabalho após a vigência da Lei 13.467/2017 - constitucionalidade e eficácia da lei no tempo](#)

31/05/2018 Andrezza Albuquerque Pontes de Aquino Cassimiro

» [A eficácia dos direitos sociais prestacionais](#)

31/05/2018 Emanuel Holanda Almeida

» [Repercussões da Lei 13.467/17 no descumprimento do intervalo interjornadas](#)

31/05/2018 Lorie Kimberlin Caparroz

» [Responsabilidade médico profissional frente a recusa do tratamento pelo paciente](#)

31/05/2018 Euder dos Santos Nascimento

» [Prerrogativa de foro por exercício da função: uma análise histórica sobre a interpretação teleológica do instituto e a sua aplicabilidade teratológica atualmente no Brasil](#)

31/05/2018 Laís Duran Gomes

» [O comércio eletrônico e o amparo do consumidor no direito brasileiro](#)

31/05/2018 Roberto Timpurim Berto

» [Financiamento público e privado das campanhas eleitorais nas próximas eleições](#)

31/05/2018 Rodrigo Torres Ribas

» [As mudanças nas formas de pagamentos, trazida pela Lei nº 13.455/17](#)

31/05/2018 Mariele Mayra de Oliveira

» [Saúde pública no Brasil: um direito de todos e um dever do Estado](#)

31/05/2018 Cirilo Chaves Carvalho

» [Concessão de benefícios assistenciais no Brasil: uma análise do critério de miserabilidade em confronto com princípios constitucionais](#)

30/05/2018 Talita Alves da Silva

» [Relativização do estupro de vulnerável, art. 217-A do CP](#)

30/05/2018 Vanívea Sena Silva

» [A eficácia da aplicação do método constelação sistêmica como forma de resolução](#)

[dos conflitos inerentes ao Direito de Família](#)

30/05/2018 Lailah Golghetto Moreira de Sousa

» [CSI-Investigação Criminal e os meios de prova](#)

30/05/2018 Karoline Marzochio da Silva

» [A guarda de animais de estimação nos casos de dissolução da conjugalidade](#)

30/05/2018 Selma Azevedo de Almeida

» [Vícios no Inquérito Policial](#)

30/05/2018 Ricardo Aparecido Matias

» [Posse e porte de armas de fogo e sua relação com a violência](#)

30/05/2018 Letícia da Silva Lima

» [Direito de Intervenção: Administrativização do Direito Econômico](#)

30/05/2018 Gustavo Marsola Pansani

» [Planejamento sucessório e a utilização de holding familiar no Brasil](#)

30/05/2018 João Vitor de Souza Pacheco

» [A tutela jurídica do direito de liberdade de expressão](#)

30/05/2018 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Reestruturação de departamento jurídico e de recursos humanos empresa fictícia VBL Logística](#)

29/05/2018 Francisco Henrique de Carvalho

» [A dignidade da pessoa humana como mitigação do direito à vida: um enfoque comparado ao aborto e ao suicídio assistido](#)

29/05/2018 Emanuel Holanda Almeida

» [Problemas relacionados à publicação irrestrita de informações relacionadas a reclamações trabalhistas na internet](#)

29/05/2018 Lucas Pereira Iroldi

» [Reforma trabalhista: mudanças importantes da Lei 13.467/2017](#)

29/05/2018 Leandro Wehdorn Ganem

» [A enunciação legal dos defeitos do negócio jurídico é taxativa?](#)

29/05/2018 Nayne Rodrigues Calgaro

» [A inconstitucionalidade do regime obrigatório da separação de bens às pessoas maiores de 70 anos](#)

29/05/2018 Marília Macedo Miranda

» [Sistema de cotas: abolição ao racismo ou "preferência" social?](#)

29/05/2018 Ana Elisa de Angelo

» [Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil](#)

29/05/2018 Gustavo Elias de Moraes Freitas

» [Principais condutas antissindicais](#)

29/05/2018 Giovanna Rodrigues Brabosa de Mendonça

» [A supremacia antropocêntrica frente ao respeito pelo direito dos animais](#)

28/05/2018 Breno Henrique Shibata Cruz

» [A extrajudicialização no processo civil - usucapião extrajudicial](#)

28/05/2018 Leandro Wehdorn Ganem

» [A legalidade da tutela de evidência para movimentação e saque do FGTS](#)

28/05/2018 Victor Augusto Girardi

» [Responsabilidade civil do Estado decorrente da omissão na conservação das vias públicas](#)

28/05/2018 Emanuel Holanda Almeida

» [A atual inexistência de atividade externa incompatível com o controle da jornada de trabalho](#)

28/05/2018 Gustavo Elias de Moraes Freitas

» [Pena de caráter perpétuo no direito administrativo brasileiro](#)

28/05/2018 Gabriela de Cássia Souza Duó

» [Da obrigatoriedade da manifestação em vida sobre o interesse em ser ou não doador de órgãos](#)

28/05/2018 Leila Maia Bezerra

» [A história da evolução dos crimes ambientais no ordenamento jurídico brasileiro](#)

28/05/2018 Yara Campos Souto

» [O fenômeno da terceirização e seus impactos nas relações de trabalho: enquadramento sindical, isonomia salarial e responsabilidade em matéria de saúde e segurança do trabalho](#)

28/05/2018 Larissa Franchetto da Silva

» [Direito fundamental à recusa de transfusão sanguínea: um estudo comparado.](#)

28/05/2018 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

"EFEITO CASCATA": O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACABA DE APLICAR A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRERROGATIVA DE FORO

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

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos da Ação penal nº. 937, aplicou o princípio da simetria para determinar a remessa à Justiça da Paraíba de ação penal contra o atual Governador do Estado, por supostos crimes praticados antes de assumir o cargo.

Na sua decisão, o Ministro explicou que, *"ao limitar o foro e estabelecer as hipóteses de exceção, o Supremo Tribunal Federal entendeu que seria necessária a adoção de interpretação restrita das competências constitucionais"* e que *"o princípio da simetria obriga os estados a se organizar de forma simétrica à prevista para a União."*

Assim, segundo o relator, *"a mesma lógica deve ser aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação às pessoas detentoras de mandato eletivo com prerrogativa de foro perante ele."*

No caso concreto (Ação Penal nº. 866), a denúncia contra o Governador imputa-lhe a suposta prática de crimes de responsabilidade ocorridos em 2010, quando ainda exercia o cargo de Prefeito de João Pessoa (crimes tipificados no Decreto-Lei 201/67). Foram, portanto, delitos que, em tese, não guardam relação com o exercício do atual mandato nem foram praticados pelo denunciado como Governador.

Assim, *"reconhecida a inaplicabilidade da regra constitucional de prerrogativa de foro ao presente caso, por aplicação do princípio da simetria e em consonância com a decisão da Suprema Corte"*, foi determinada a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado da

Paraíba, para distribuição a uma das varas criminais da Capital. A remessa do processo, obviamente, só ocorrerá após o trânsito em julgado da decisão.

Entendemos acertada a decisão do Ministro Luis Felipe Salomão, pois não faz nenhum sentido, do ponto de vista jurídico-constitucional, e à luz dos princípios da simetria e da isonomia, que seja dado um tratamento diferenciado aos demais ocupantes de cargos e funções públicas, restringindo-se a decisão do Supremo Tribunal Federal apenas aos Deputados Federais e aos Senadores da República.

Obviamente, sob pena de serem tratados de forma diversa casos rigorosamente iguais (o que seria inconstitucional), que a decisão da Suprema Corte deve se aplicar não somente ao parlamentares federais, mas também aos Prefeitos, Governadores, Deputados Estaduais, Magistrados, membros do Ministério Público, Ministros de Estado e das Cortes Superiores, inclusive da Suprema Corte, os Comandantes das Forças Armadas, desde que, por evidente, tenham praticado crimes anteriormente ao exercício do cargo ou da função pública, e que tais delitos não estejam relacionados às respectivas funções. Aliás, em relação aos Deputados Estaduais, há dispositivo constitucional expresso no sentido que a eles se aplicam as regras constitucionais "*sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.*" (art. 27, § 1º).

A prevalecer entendimento diverso, continuariam tendo foro por prerrogativa de função milhares e milhares de ocupantes de cargos e funções públicas, inclusive os Magistrados e os membros do Ministério Público. A propósito, de acordo com um estudo da Consultoria Legislativa do Senado, mais de 54 mil pessoas têm direito a algum tipo de foro privilegiado no Brasil, garantido pela Constituição Federal ou por Constituições estaduais.

Porém, a decisão do Supremo Tribunal Federal atingiu apenas 513 Deputados Federais e 81 Senadores da República, significando que abrangeu um pouco mais de 1% (um por cento) dos servidores públicos com prerrogativa de foro.

Portanto, preponderando-se o juízo do Ministro Luis Felipe Salomão, não terão mais o foro por prerrogativa de função os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, nos termos do art. 105, I, "a", da Constituição Federal, salvo se forem cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Observa-se, por fim, e na esteira do que foi decidido pela Suprema Corte, que após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais (prazo estabelecido no art. 11 da Lei nº. 8.034/90), a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. Ocorrerá, portanto, uma **perpetuatio jurisdictionis**.

Vejamos como se comportaram as demais Cortes do País. É preciso que levem mesmo a sério o Direito e não restrinjam a prerrogativa de foro apenas os parlamentares de Brasília. Se o discurso do combate à impunidade já é falacioso na forma como decidiu o Supremo Tribunal Federal, imaginemos quão falso será tal raciocínio se a decisão atingir, como mostramos acima, um pouco mais de 1% (um por cento) dos servidores públicos que hoje ainda têm a prerrogativa de serem julgados originariamente pelos Tribunais.

ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE CRÍTICA, SOB A ÓTICA DE ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN

ANDREZZA ALBUQUERQUE PONTES DE AQUINO CASSIMIRO: Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) Especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho pela ESMATRA 6. Servidora Pública Federal - TRT da 6ª Região

RESUMO: O presente trabalho, utilizando a metodologia de pesquisas bibliográficas, se propõe a fazer um exame crítico do acesso à justiça em confronto com a obra "A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontados sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor", de autoria de Antônio Herman V. Benjamin.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Acesso à justiça e processo civil clássico em crise; 3. Bens, direitos e interesses supraindividuais; 4. Acesso à justiça coletiva: conflitos consumeristas e ambientais: 4.1. As barreiras objetivas; 4.2. As barreiras subjetivas; 5. Meios de facilitação do acesso à justiça: 5.1. A ação civil pública; 5.2 Class action; 6. As associações na proteção do meio ambiente e do consumidor; 7. O ministério público; 8. Conclusão; 9. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O título da referida obra já permite vislumbrar qual será a tônica deste trabalho: avaliar a insuficiência dos postulados do processo civil clássico no atendimento das demandas coletivas, principalmente por meio da ação civil pública. O autor, porém, também faz comentários críticos e bastante pertinentes sobre o acesso à justiça (coletiva), à luz do trabalho clássico de Mauro Cappelletti, cotejando o modelo brasileiro com aquele vigente em outros países, nos quais fez uma minuciosa pesquisa teórica.

Na busca da tutela efetiva dos direitos e interesses supraindividuais, o referido autor destaca os conflitos em matéria ambiental e consumerista, os avanços legislativos na matéria e o tratamento jurisprudencial, tendo enfocado, ainda, a atuação dos principais legitimados coletivos – Ministério

Público e associações – e as deficiências de ambos no combate de ilícitos, cujos principais atores detêm poderio e influência econômica.

Sem dúvida o Estado do Bem-Estar Social, ao exigir uma atuação positiva do Estado, conferindo aos cidadãos direitos legítimos e devidamente consagrados em um diploma normativo – em nosso caso, isto deu-se por meio da Constituição de 1988 -, surge como decorrência natural a massificação dos coletivos e o clamor pela intervenção eficaz na defesa de direitos que não são apenas individualizados ou, pelo menos, quando o são, assumem repercussão social necessária e, para ela, é preciso conferir decisão jurídica igualitária, sob pena de se conferir tratamento diferenciado a jurisdicionados submetidos à mesma situação litigiosa.

Ademais, observar-se-á, igualmente, que a difusividade de certos direitos dificulta sobremaneira a busca de meios jurídicos a combater as agressões contra eles deferidas, razão pela qual há a necessidade de reestruturação do processo civil clássico a permitir o exercício eficaz de direitos consagrados constitucional e legalmente.

2) ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSO CIVIL CLÁSSICO EM CRISE

Antes de adentrar a questão da crise que envolve o processo civil clássico e o acesso à justiça, o Herman Benjamin passa a tecer breves considerações, por uma questão eminentemente metodológica, sobre os referidos temas.

Comenta, inicialmente, que, com a superação dos postulados liberais e a institucionalização do Welfare State, o acesso à justiça passou a ser encarado como “direito econômico e social fundamental”, para concretizar os ideais de democracia e justiça social. Destaca, porém, que esta temática, longe de ser vista como um modismo ou uma espécie de “lugar comum”, ela requer os mais diversos debates acadêmicos e jurisprudenciais, continuamente revistos e adaptados às novas realidades circundantes, com enfoque, sobretudo, nos resultados que se tem conquistado, em benefício da própria sociedade.

Esclarece, inclusive, com primor inigualável, que a problemática atinente ao acesso à justiça não representa, de fato, uma novidade, tampouco decorre da massificação dos conflitos sociais.

Quanto a isso, destaco a lição de Mauro Cappelletti, em sua clássica obra "Acesso à Justiça", a qual contempla os avanços na concepção do tema em enfoque: observa, primeiramente, a filosofia individualista dos direitos, presente nos séculos dezoito e dezenove, época em que o " *acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção*"^[1]. Acrescenta o autor que, com o crescimento, em tamanho e complexidade, das sociedades, houve a transformação destes paradigmas, de modo que as ações teriam se transformado muito mais em coletivas do que individuais e, dado o seu impacto social, careceriam de regulamentação processual eficaz no tratamento do tema ou a criação de alternativas ao sistema jurídico formal a fim de assegurar o exercício efetivo desse "direito social fundamental".

Vê-se que, desde aquela época, Cappelletti já alertava sobre o "acesso coletivo à justiça", a que Herman Benjamin entende como primordial a assegurar respostas supraindividuais a conflitos massificados.

Esse novo panorama restou configurado, na opinião de Benjamin, a partir da Segunda Guerra Mundial, com a eclosão de fenômenos, a exemplo da explosão demográfica, a concentração urbana, produção e consumo em massa, multinacionais, parques industriais e os conglomerados financeiros. Tem-se, assim, o pano de fundo para fazer emergir conflitos massificados, confrontando-se com a insuficiência nos planos material e processual a fim de coibir as desconformidades sobressalentes.

Com propriedade, o autor ressalta que a revolução na estrutura jurídico-social só é minimamente viável caso estejam o direito material e o processual em harmonia, combatendo-se, por estas duas frentes, o individualismo imperante na concepção jurídica dos operadores do direito e no próprio ordenamento pátrio.

Em paralelo, por considerar que o tema do “acesso à justiça” não é, naturalmente, tratado de modo idêntico nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, Herman Benjamin fará uma breve análise dos instrumentos processuais e da sistemática adotada nesses países, sem ter a pretensão de copiar as experiências estrangeiras, sem desconsiderar, porém, a possibilidade de trazê-las e adaptá-las às vicissitudes de nossa sociedade com o propósito de suprir algumas defasagens que causam entraves indevidos à nossa prática processual.

O autor, ao meu sentir, de modo muito positivo, analisará, mais adiante, a *class action* norte-americana, em contraposição à ação civil pública brasileira e em qual proporção poderá se adotar experiências estrangeiras no aperfeiçoamento do nosso modelo – ainda deficiente – de tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Logo em seguida, o autor procede a uma classificação quanto à aplicação do postulado do “acesso à justiça”. Em primeiro lugar, sustenta a existência de um “acesso à tutela jurisdicional”, isto é, o direito de demandar e ser demandado pela via judicial. Em segundo lugar, há a “tutela de direitos ou interesses violados”, no qual se destaca a utilização de mecanismos alternativos à composição dos litígios, os quais já foram desde àquela época mencionados por Cappelletti, com finalidade preventiva, repressiva ou reparatória. Por último, entende que deve ser aplicado o referido postulado, de modo mais amplo possível, como “acesso ao Direito”, ou seja, possibilidade de o indivíduo ter acesso a uma ordem jurídica justa, conhecida e implementável. Afinal, não adianta apenas disponibilizar meios judiciais ou alternativos, se os indivíduos não se sentirem convidados a participar de tais manifestações, se ele não se sentir partícipe de um contexto social mais largo, por meio do qual poderia postular direitos a que ele reconhece e julga violados ou ameaçados de violação.

Esta última perspectiva, conforme será devidamente explicitado mais adiante, encontra fortes barreiras objetivas e subjetivas que impedem o efetivo “acesso ao poder”. Acrescenta, ainda, que sem o binômio “educação e informação”, resta bastante inviável o acesso dos atores sociais sobre a existência de direitos e o modo de exercê-lo judicialmente ou não.

Considero de alta valia a perspectiva de “acesso negativo ao aparelho judicial” proporcionada por mecanismos disponibilizados pelas próprias empresas, a exemplo do Serviço de Atendimento ao Consumidor. Será que as soluções ressarcitórias por eles propostas são, de fato, compatíveis e proporcionais aos danos? Será que esse “organismo privado de solução de controvérsias consumeristas” não impede que o Judiciário entre em contato com as práticas abusivas e ilícitas praticadas e busque, não apenas sua reparação, mas meios idôneos a coibir determinadas condutas por meio da tutela inibitória? Na resolução de tais questionamentos a que acabei de propor, está o que Herman Benjamin decidiu denominar por “acesso negativo”.

No que concerne aos sujeitos envolvidos, a provocação jurisdicional pode ser individual ou supraindividual. Nessa última, busca-se a defesa de direitos macroindividuais, seja por meio direto (ação popular – em que o cidadão postula em nome próprio) ou indireto, em que associações e o Ministério Público podem defender em juízo direito coletivo, aglutinando os interesses de diversos indivíduos.

Herman Benjamin cita, ainda, a diferenciação entre acesso à justiça dos ricos e dos pobres. Na parte intermediária da presente obra, porém, ressalta que essa distinção apenas é relevante no que tange aos obstáculos econômicos, de modo que tanto o rico quanto o pobre comungam semelhante desinteresse, de um modo geral, em buscar meios de defesa de direitos coletivizados.

Encerra-se, por ora, a discussão sobre o acesso à justiça, examinando-se, neste momento a crise do processo civil clássico para, em seguida, demonstrar a correlação feita pelo autor entre esses dois temas iniciais.

Por ser inviável a investigação das regras do processo civil clássico que colidem com o projeto de um processo coletivo, até por ultrapassar o objetivo acadêmico do trabalho, Herman Benjamin optou por fazer uma análise da falência do processo civil clássico por meio do cotejo entre os seus princípios norteadores e a incompatibilidade destes com as demandas do processo coletivo.

Eis o rol: (a) princípio dispositivo; (b) princípio da demanda; (c) princípio da isonomia; (d) regra do nul ne plaide par procureur; (e) princípio da autoridade da coisa julgada.

Todos eles estão ancorados no ideal do processo e, conseqüentemente, da tutela jurisdicional como direito de caráter individual, de modo que, apenas excepcionalmente, admitir-se-ia que o demandante não fosse o titular do direito postulado. Nesse contexto, exige-se tratamento igualitário às partes processuais, além de que só a elas alcança a coisa julgada.

Uma resposta eficaz aos conflitos massificados surgidos no final do século XX não encontra qualquer amparo nesses princípios, de modo que se faz necessário o “ajuntamento” quantitativo e qualitativo, considerando-se que o maior número de potenciais litigantes numa mesma demanda contribui imensamente para fortalecer o pleito, ao trazer novos argumentos e provas aos autos. Sob a ótica do autor, não há mais espaço para a fragmentação subjetiva das demandas eminentemente coletivas. Assim, Benjamin conclui com o brilhantismo que lhe é peculiar: “a massificação é o cenário onde se dá a queda, transformação e renascimento do Direito Processual”^[2].

Na opinião do referido autor, a crise reside, sobretudo, no fato de inexistir instrumentos processuais suficientemente hábeis a tutelar de modo eficiente as previsões consagradas na Carta Constitucional de 1988 e nas leis vigentes, notadamente no que concerne ao acesso à justiça para os mais vulneráveis. Atento, porém, aos aspectos sociais, ressalta que a mudança da lei processual, por si só, é incapaz de modificar concepções arraigadas, muitas vezes de descaso da própria sociedade com a defesa de direitos coletivos e difusos, concretizando assim uma questão eminentemente cultural.

Embora tenha sido colocado em nota de rodapé pelo autor, remontando-se ao entendimento de Arruda Alvim, quanto à questão debatida no parágrafo anterior, urge esclarecer que existem três principais ordens de obstáculos ao acesso à justiça. Em primeiro lugar, não se pode ignorar o analfabetismo funcional que ainda assola número considerável de

pessoas no Brasil e, não apenas os analfabetos funcionais, mas percentual bem mais significativo ignora os direitos que têm. E, mesmo na hipótese de reconhecer esses direitos, não têm condições de arcar com os custos do litígio. Por último, ainda que decida arcar com os custos ou no caso de recorrer à defensoria pública, percebe muitas vezes que o litígio não é individualmente compensatório. Essas três ordens de obstáculos constituem, sem dúvida, problemas estruturais e anacrônicos com os avanços que hoje são alcançados em termos econômicos pelo país.

Este distanciamento dos indivíduos em relação aos mecanismos judiciais de resolução de controvérsia, inclusive, foi alvo de pesquisa empírica feita por Boaventura de Sousa Santos, no ano de 1970, em uma favela do Rio de Janeiro, a que atribuiu o nome fictício de “Parságada”.

Nesse sentido, destaco excerto importante a comprovar o quanto que a questão cultural e onerosidade afastam os cidadãos, envoltos em um sistema periférico, e a justiça, consubstanciada nos juízes e advogados; confira-se:

“(...) os tribunais constituem o outro mecanismo oficial de ordenação e controle social a que os habitantes de Pasárgada poderiam, em teoria, recorrer para prevenir ou resolver conflitos internos de natureza jurídica. Tal recurso estava, no entanto, igualmente vedado e várias são as razões apontadas pelos moradores mais velhos para tal fato. Em primeiro lugar, juízes e advogados eram vistos como demasiado distanciados das classes baixas para poder entender as necessidades e as aspirações dos pobres. Em segundo lugar, os serviços profissionais dos advogados eram muito caros.^[3]”

Em sintonia com as novas concepções modernas, as leis consumeristas e ambientais têm a pretensão de, respectivamente, proporcionar um mercado transparente e justo e um desenvolvimento sustentável. Esse objetivo, no entanto, corre sérios riscos com a preponderância nos Tribunais da visão dos violadores.

Explico melhor.

Herman Benjamin é Ministro do Superior Tribunal de Justiça e pelo que demonstrou na obra ora comentada tem pleno conhecimento crítico do que eu me atrevo a chamar de influências externas no Judiciário, dadas as injunções, neste caso, indevidas entre direito, política e supremacia econômico-financeira. E, de acordo com ele, o caráter elitista da prestação jurisdicional guarda estreita relação com o acesso à justiça viciado. Tal problemática afeta diretamente a potencialidade de combate às ilicitudes perpetradas em detrimento do meio ambiente e das normas consumeristas, por impossibilitar que os hipossuficientes exerçam o seu direito de ação e, por outro lado, faz prevalecer na jurisprudência pátria a visão dos violadores, dotados de superioridade econômica, informativa ou tecnológica.

Assim é que o acesso à justiça violado implica, ainda que indiretamente, a predominância nos Tribunais de visão dos violadores que apresentam condições de litigar na justiça. Em razão disso, o autor propõe a utilização da macro-justiça, por meio da litigiosidade supraindividual, a fim de somar esforços dos litigantes isolados.

3) BENS, INTERESSES E DIREITOS SUPRAINDIVIDUAIS

Em que pese o fato desta distinção não ter sido feita por Herman Benjamin, julgo ser de bom alvitre empreende-la neste momento. Refiro-me a diferenciação entre direitos e interesses. Quanto a isso, eis a lição de Mazzilli:

"Interesse é o gênero; direito subjetivo é apenas o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Considerando que nem toda pretensão à tutela judicial é procedente, temos que o que está em jogo nas ações civis públicas ou coletivas é a tutela de interesses, nem sempre direitos. Assim, para que interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos sejam tutelados pelo Poder Judiciário, é preciso que estejam garantidos pelo ordenamento jurídico; e esse é, precisamente, o caso do direito ao meio ambiente sadio, do direito à

defesa do consumidor, do direito à proteção às pessoas com deficiência, do direito à defesa do patrimônio cultural, etc. (...)"^[4].

Ao meu sentir, porém, as diferenças entre "interesse" e "direito" carregam em si certo preconceito em relação aos direitos supraindividuais e os individuais homogêneos, desconsiderando-se que o objeto de proteção via ação civil pública sequer é taxativo, de modo a admitir que, em razão da complexidade inerente ao tecido social, possam enquadrar novos alvos de tutela.

Afinal, como se poderia conceber a defesa judicial senão de um direito, de uma pretensão juridicamente fundamentada? Então, se for julgada improcedente, teremos apenas "interesse", e não efetivo "direito"? Se, por exemplo, por deficiência probatória, for julgada improcedente uma demanda que verse sobre poluição em determinado rio por uma empresa que se situa em suas margens, o demandante não teria "direito" difuso a um ambiente saudável, mas apenas "interesse"? Essa lógica, se vislumbrados os casos concretos, pode ensejar iniquidades e injustiças com toda a ordem de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Ressalte-se, inclusive, que Antonio Gidi também rechaça a opção por "interesses", considerando mais adequado chamá-los de "direitos", considerando-se o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse ponto, comenta Didier e Zaneti que a terminologia 'interesses' está intrinsecamente relacionada com "(...)um ranço individualista decorrente de um preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual e da dificuldade de enquadrar um direito com características de indivisibilidade quanto ao objeto e impreciso quanto à titularidade no direito subjetivo, entendido como fenômeno de subjetivação do direito positivo"^[5].

Feita essa breve explanação, retomo a análise do texto.

Por considerar a importância dos aspectos econômicos ao acesso à justiça, Herman Benjamin separou um tópico específico para abordar a resposta social frente aos ilícitos cometidos contra os bens comunais, a que

o autor esclarece abranger os direitos públicos, difusos e coletivos, todos regidos pelos princípios da indivisibilidade dos benefícios e da não-exclusão dos beneficiários. Utilizando-se de expressão estrangeira "free rider" (carona, em português), o autor definiu a comodidade daqueles que, sem qualquer esforço pessoal, são beneficiados pela atividade alheia em defesa dos bens comunais, em razão de tais direitos se encontrarem espalhados, sem que possam ser apropriados exclusivamente por alguém.

Se os benefícios são indivisíveis e os beneficiários não são exclusivos, por que "eu" iria mobilizar na defesa desses direitos? No entanto, a partir do momento, por exemplo, em que o dano afete economicamente determinada comunidade, porém, como seria o caso de uma associação de pescadores para a poluição de determinado rio, vê-se a necessidade de sair da "inércia" e tomar providências efetivas. Nessa linha de raciocínio, a fragmentação da percepção dano – atingindo supostamente apenas os pescadores, sem que se visualize a ofensa concreta a um bem de todos – conduz à manutenção de violações deste jaez, ante a ausência de combatividade social adequada.

Por isso que, para a proteção desses bens, Herman Benjamin ressalta a necessidade de "personificação", atribuindo o dever de resguardo a entes públicos, a exemplo do Ministério Público e Defensorias Públicas, ou mesmo privados, como é o caso das associações.

Em seguida, o autor decide classificar e definir o que se entende por interesses públicos, difusos, coletivos e individuais homogêneos, explicitando os pontos controversos na configuração de cada um deles e o modo pelo qual pode ser exercida a tutela judicial.

Primeiramente, quanto ao "interesse" público, sustenta a instabilidade e inexatidão conceituais, dada a defasagem da distinção entre direito público e direito privado. Essa clássica dicotomia entrou em decadência *"porque hoje a expressão interesse público tornou-se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos ou os interesses difusos etc. (...) Em segundo lugar, porque, nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria*

intermediária que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais (...)"^[6].

No que concerne ao objeto dos interesses públicos também controverte a doutrina. Em entendimento mais restrito, Benjamin cita Hélio Tornaghi, para quem o interesse público é tão somente o que afeta diretamente o bem comum. Por outro lado, Mazzilli, autor a que tantas referências faço nos comentários à obra de Benjamin, amplia o objeto para alcançar os interesses sociais, indisponíveis do indivíduo e coletividade, os coletivos, os difusos e os transindividuais homogêneos.

Inclinando-se ao posicionamento deste último, Herman Benjamin indica que o interesse público é aquele revestido por uma conflituosidade coletiva mínima, por haver um consenso coletivo quanto ao seu reconhecimento e tutela, sem que adote o entendimento de Hely Lopes Meirelles sobre a adesão puramente majoritária da sociedade para defini-lo. Os interesses públicos, em conformidade com o exposto pelo autor, estariam relacionados com as garantias sociais e fundamentais positivadas, as quais se encontram consubstanciadas, em termos constitucionais, em normas programáticas a prever, sobretudo, a institucionalização de políticas públicas, por isso que independe do quantitativo de indivíduos que partilham este ideal.

No que concerne ao interesse difuso, Herman Benjamin tenta explicá-lo a partir de sua transindividualidade ampla e da indeterminação dos sujeitos beneficiários. Em suas palavras, os direitos difusos são aqueles cujos titulares, embora sejam bastante numerosos, não estão representados de modo adequado por "porta-vozes" unívocos. É a comodidade a que já me referi outrora.

A circunstância de fato que une esses titulares cria laços de pertencimento frouxos, razão pela qual a organização de uma defesa eficiente desses direitos, não obstante seja necessária, é muitas vezes de difícil alcance. Por isso Benjamin menciona a "organização sub-ótima" como característica dos direitos difusos referente à inconsistência de um grupo para fazer frente à dispersão e fragilidade dos sujeitos vitimados com a sua violação.

Enquanto Mazzilli define os direitos difusos como *"um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis"*^[7], Herman Benjamin entende que é incorreto reduzir os direitos difusos a um simples feixe de interesses individuais, por se tratar de noção qualitativamente diversa. Embora não tenha Herman Benjamin cuidado em explicitar o porquê de sua discordância, entendo que esta consiste no anseio de evitar uma perspectiva meramente individualista dos direitos, fazendo alusão à indeterminação de todos os titulares e à aptidão de configurar o ilícito desde a sua existência.

De maneira muito diversa, a organização em defesa dos direitos coletivos encontra amparo em uma estrutura que, embora seja ainda deficitária em nosso país, é, em tese, formalmente estruturada, considerando-se a relação jurídica-base que une os sujeitos envolvidos entre si ou com a parte demandada. A determinabilidade dos sujeitos é um aspecto que, sem dúvida algum, contribui para a ordenação de uma representatividade adequada desses interesses, aumentando o poder de barganha da coletividade considerada perante o Judiciário.

Por outro lado, têm-se também os direitos individuais homogêneos, todos ligados por uma origem comum. Ressalta Benjamin que eles são assim tratados, não porque haja uma indivisibilidade intrínseca de suas estruturas, mas por uma questão eminentemente pragmática: a necessidade de uniformização jurisprudencial, aglutinando conflitos idênticos e lhes atribuindo a mesma resposta jurídica, em benefício da eficiência e economia processuais.

Os imperativos da nova ordem processual clamam, portanto, pela não atomização desses conflitos, favorecendo-se o acesso coletivo à justiça. Acrescentou o autor que este é o único direito – ainda que artificialmente – supraindividual que apresenta reparação direta, a possibilitar ao lesado a reconstrução patrimonial diante das perdas decorrentes do ilícito.

Urge, ao final, do presente tópico uma divergência doutrinária, a despeito de ser deveras tênue, entre a ideia de Herman Benjamin sobre os direitos individuais homogêneos e o posicionamento adotado por Fredie Didier e Hermes Zaneti. Pelo que se observou na obra em comento,

Benjamin traduz os direitos individuais homogêneos como “acidentalmente” supraindividuais, ressaltando que o seu tratamento diferenciado decorre de criação legal, protegendo-se a eficiência e economia processuais. Didier e Zaneti, em contraposição, entendem que “não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se afirma com foros de obviedade não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela constitucionalmente adequada e integral”¹⁸¹.

Depois de observar as características de cada uma das espécies de direitos (ou interesses) supraindividuais, o autor busca contextualizá-los com a crise do acesso à justiça e do processo civil clássico, a partir da abordagem dos litígios mais sobressalentes, quais sejam, os consumeristas e ambientais.

4. ACESSO À JUSTIÇA COLETIVA: CONFLITOS CONSUMERISTAS E AMBIENTAIS

Inicialmente, o autor tenta desmistificar a falsa impressão de que o meio ambiente dá origem a conflitos difusos, enquanto que o consumerista envolve tão somente direitos coletivos.

Embora o meio ambiente seja um bem de uso comum do povo e sua adequada fruição beneficiará não apenas aqueles que estejam próximos aos locais de conservação ambiental, esclarece Herman Benjamin, com base no ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, que eventual dano ambiental poderá ensejar pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas, inclusive por meio da cumulação de ações.

Esse entendimento também se aplica à área consumerista: conquanto, neste caso, o grau de difusividade reduza drasticamente, não se pode olvidar as práticas de propaganda enganosa, por exemplo, que afetam os consumidores de determinado produto, assim como aqueles potenciais consumidores, destacando-se os traços da indivisibilidade do direito à sua reparação e a indeterminabilidade dos sujeitos atingidos.

Vale ressaltar que Herman Benjamin, seguindo os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, emprega como parâmetro para diferenciar se o direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo o tipo de pretensão deduzida em juízo, atribuindo assim relevância ao direito material em que se baseou o postulante em sua fundamentação.

Antonio Gidi, por sua vez, identifica o direito objeto da ação coletiva por meio do exame, no caso concreto, do direito subjetivo específico que tenha sido violado ou que se afirme ter sido violado. Eis as críticas feitas por Antonio Gidi ao critério eleito por Nelson Nery e Rosa Nery:

“Primeiro, porque o direito subjetivo material tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual. Segundo, porque casos haverá em que o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela. Na hipótese acima construída, por exemplo, a retirada da publicidade do ar e a imposição de contrapropaganda podem ser obtidas tanto através de uma ação coletiva em defesa de direitos difusos como através de uma ação individual proposta pela empresa concorrente, muito embora propostas uma e outra com fundamentos jurídicos de direito material diversos.”¹⁹¹

Dentro dessa controvérsia, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. adotam solução intermediária, unindo o pensamento dos autores supramencionados. Fundamentam o posicionamento que será a seguir explanado no fato de o CDC ter utilizado a perspectiva processual ao conceituar os direitos coletivos lato sensu, permitindo sua instrumentalização e efetivação. Entendem, por conseguinte, que, para o tratamento dos direitos coletivos, faz-se necessária a fusão entre o direito material e o processual, razão pela qual elegem como critério aquele utiliza o direito subjetivo alegado pela parte demandante e a tutela requerida, identificando-se, por meio desses dois parâmetros, o objeto da ação, possibilitando, com isso, o adequado provimento jurisdicional.

Ultrapassada essa discussão doutrinária, cabe analisar agora a problemática do acesso à justiça (coletiva), sob o prisma dos conflitos eleitos por Benjamin para representar a massificação dos litígios: os ambientais e os consumeristas.

No que concerne a essas duas disciplinas, o autor argumenta que devem ser aplicados três principais objetivos: (a) definição de uma estrutura preventiva; (b) eliminação das barreiras objetivas e subjetivas ao acesso à justiça; (c) flexibilização das regras de legitimação para agir.

Entende que a transindividualidade do direito, aliada às barreiras objetivas e subjetivas, as quais serão adiante devidamente explicitadas, impede que as vítimas tenham consciência da necessidade de agir de modo conjunto, evitando-se a pulverização dos danos.

No combate a este quadro, o autor sugerirá a alteração de regras processuais com o intuito de facilitar o acesso à justiça coletiva, a exemplo do "relaxamento" das regras sobre legitimação para agir, citando-se, posteriormente, o modelo norte-americano da class action. A facilitação do exercício dos direitos consagrados na legislação ordinária, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, diploma extremamente bem avaliado pelos juristas, depende, sobretudo, de normas instrumentais eficazes e atentas às práticas daninhas reproduzidas no meio jurídico.

Embora o autor insista em fazer críticas ao arcabouço processual, veremos, em seguida, que a maior dificuldade para o manejo da ação coletiva diz respeito às questões culturais (barreiras subjetivas) e à defasada estrutura dos Tribunais e órgãos administrativos para atender e combater com eficiência os danos concretizados contra o consumidor e o meio ambiente.

Com isso não se quer reduzir a importância da modificação de regras incompatíveis com as novas sistemáticas de processo coletivo vislumbradas em países estrangeiros, notadamente no que pertine à extensão dos efeitos da coisa julgada e o sistema norte-americano do *opt in/ opt out*, o desenvolvimento de mecanismos para atenuar a desproporção de forças

entre a vítima e o agente violador, além das já citadas normas sobre legitimidade para agir.

Julga o autor que, na base da ineficiência do sistema processual, encontra-se a distinção entre direito público e direito privado, hoje, bastante defasada, visto que existiria uma gama de direitos intermediários e mistos a desafiar esta clássica divisão. Assim é que, embora a relação consumerista, por exemplo, seja considerada negocial e privatista, alguns elementos foram publicizados no direito do consumidor, retirando-se a disponibilidade ou, na melhor expressão empregada pelo autor, o poder de barganha entre os envolvidos, principalmente em benefício daqueles que não têm condições de exercer a contento interesses e direitos consagrados nas legislações.

Neste caso, clama o autor por uma atuação positiva do ente estatal a fim de assegurar proteção ao meio ambiente e ao consumidor, estimulando o exercício de prerrogativas jurídicas e de direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

A facilitação do acesso à justiça, na opinião de Benjamin, só será minimamente viável caso passemos a considerar o "*direito como instrumento de modificação do comportamento social*"^[10].

Não obstante os avanços conquistados por meio da ação civil pública e da institucionalização dos Juizados Especiais, ainda persistem diversos fatores que contribuem para tornar ilusória o ideal de prestação jurisdicional acessível a todos os cidadãos. Isso permite ao autor partir da premissa de que a elitização da justiça está vinculada à sacralidade da forma, ao culto da bacharelise e à intangibilidade dos juízes e demais agentes envolvidos no processo judicial.

A partir dessa perspectiva inicial, passa a analisar de um modo extremamente válido as barreiras objetivas e as subjetivas ao acesso à justiça. Sintetiza as duas na expressão de Friedman: "barreiras de custo e cultura".

4.1. AS BARREIRAS OBJETIVAS

Em primeiro lugar, as barreiras objetivas são aquelas definidas por ele como práticas ou econômicas. Nesse sentido, incluem-se os altos custos processuais, por meio de honorários advocatícios e despesas vinculadas à realização de provas periciais, por exemplo. Aí se insere não apenas o custo direto do processo, mas aqueles que se relacionam ainda que indiretamente, como é o caso de se ausentar do trabalho – que, embora seja considerada interrupção do contrato de trabalho, as reiteradas faltas podem não ser bem aceitas pelo empregador, gerando desconfortos no ambiente de trabalho -, assim como as despesas com o transporte, principalmente para aqueles que residem longe do foro competente.

De fato, conforme destaca Benjamin, a onerosidade é o aspecto mais sobressalente se comparado com todos os outros óbices a que fará menção. O alto custo da prestação do serviço jurisdicional atinge principalmente os hipossuficientes economicamente, que podem ser aqueles mais carentes de amparo e tutela jurisdicional.

Ainda no que tange às custas judiciais, Cappelletti argumenta que a imposição do ônus da sucumbência para o vencido, para os países que adotam esse modelo, representa uma "*penalidade aproximadamente duas vezes maior, afinal ele pagará os custos de ambas as partes*"^[11]. Além disso, reconhece também que a principal despesa consiste no alto preço cobrado pelos serviços advocatícios.

Não se pode negar que algumas iniciativas já foram adotadas em nosso país a atenuar os efeitos negativos da onerosidade processual excessiva. Destaco, por exemplo, a expansão, ainda que bastante lenta, das Defensorias Públicas e do processo virtual, neste último caso, eliminando os custos decorrentes da impressão gráfica e do transporte dos autos, em sintonia com a regra da celeridade processual.

Outra pergunta que reputo pertinente: afinal, o dano consumerista ou ambiental compensa os altos custos judiciais?

Eis a questão da proporcionalidade entre o dano e os investimentos judiciais necessários à sua reparação ou prevenção.

A partir do momento em que a balança pesar mais para o lado das despesas decorrentes do processo, o litigante, principalmente o vulnerável economicamente, não vai buscar o provimento jurisdicional. O valor que ele poderá auferir não compensa o investimento de dinheiro, disposição e tempo que ele, porventura, pretenda depositar na causa.

O "fator-custo", a que se refere o autor, também foi objeto de análise por Cappelletti. Em lição magistral, já dizia naquela época que "*se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade*"¹¹².

Esta é a razão pela qual a atomização das demandas coletivas pode impedir não apenas o acesso do jurisdicionado, mas o próprio Judiciário de conhecer a causa e impor medidas adequadas e eficientes ao combate do ilícito em matéria ambiental e consumerista, considerando-se neste caso eventual inércia dos órgãos administrativos de controle.

Uma terceira barreira objetiva mencionada por Benjamin diz respeito da "disparidade de armas" entre os litigantes eventuais e os litigantes habituais. Estes últimos são representados por grandes empresas poluidoras ou aquelas que promovem expressiva degradação ambiental e, por isso, são continuamente demandadas em juízo.

No meio consumerista, poderia me referir às empresas que, dada a expansão desmensurada dos seus produtos e serviços, não mais se preocupa com a qualidade destes ou o modo pelo qual a propaganda por ela veiculada atinge o consumidor, apenas objetiva a obtenção do lucro, aspecto corriqueiro no processo produtivo capitalista.

Neste caso, chama o consumidor de "one shotter", enquanto que o agente econômico é denominado de "repeat player". Se de um lado o agente econômico pode dissolver os custos judiciais e contratar advogados e peritos qualificados e reconhecidos no meio jurídico, a consumidor teria que arcar com as despesas ou ficar na dependência dos serviços prestados pelas defensorias públicas para reaver o direito violado.

Conforme visto no filme “A Corporação”, as empresas fazem um levantamento e até o momento em que constatarem que poluir o meio ambiente e gerar danos aos consumidores “compensa”, eles enfrentarão o risco. Se o risco do negócio ainda lhe for favorável, não medirá esforços evita-lo. Nesses casos, avaliou-se a importância de que o magistrado, ao conhecer controvérsia desse jaez, esteja devidamente aparelhado para impor medidas judiciais, a exemplo de multas, para alterar a situação vigente e desestimular outros infratores a cometer essas irregularidades.

Herman Benjamin assevera que o valor de uma demanda individual para os agentes econômicos é indiferente. O problema, para eles, reside na coletivização do conflito, isto é, quando se demonstra a repercussão social da ilicitude. Por isso que há sempre interesse em estancar desde o início esse tipo de situação, por meio de acordos, judiciais ou não, evitando-se que uma decisão judicial favorável ao demandante estimule outros lesados a agir em conjunto ou provocar o conhecido “efeito multiplicador”.

Nesta matéria, Cappelletti utiliza dados empíricos obtidos em pesquisa feita pelo professor Galanter e enumera as vantagens auferidas pelos litigantes habituais: melhor planejamento do litígio, economia de escala (por ter maior número de casos pendentes), oportunidade de desenvolver relações informais com os julgadores, diluir os riscos da demanda por maior número de casos e, por fim, tem a chance de testar estratégias processuais e argumentos jurídicos em alguns feitos.

A solução para este tipo de disparidade reside em, primeiramente, estimular a mentalidade associativa, reestruturar o Ministério Público e sensibilizar os cidadãos. Essa desigualdade de forças entre os litigantes eventuais e os habituais (agentes econômicos) pode ser contornada *“se os indivíduos encontrarem maneiras de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para fazer frente às vantagens das organizações que eles devem amiúde enfrentar”*^[13].

Por fim, o último aspecto citado por Benjamin envolve o tempo e a lentidão da prestação jurisdicional. A morosidade da justiça não apenas aumenta os custos decorrentes do processo, mas também desestimula o litigante habitual, levando a justiça ao descrédito. Para isso, a estipulação de

requisitos mais rigorosos para a interposição de recursos, o combate aos recursos protelatórios e a punição pela má-fé processual podem ser estratégias postas em prática para minorar os efeitos da problemática em deslinde.

A demora injustificada e a passividade do órgão julgador, conforme ressalta Benjamin, só favorecem o litigante forte, desequilibrando ainda mais a relação jurídica.

Nesse sentido, preleciona Cappelletti que a demora “ aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar *acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito*”¹⁴¹.

4.2. AS BARREIRAS SUBJETIVAS

Por outro lado, as barreiras subjetivas são aquelas de cunho psicológico ou cultural, conforme pontuou Herman Benjamin.

Pode-se resumir a primeira ordem de barreiras aglutinando-as sob a perspectiva da desigualdade econômica, informativa ou tecnológica. São questões culturais e do “analfabetismo” jurídico que sintetizam a lacuna persistente entre grandes setores sociais e a justiça, sob o enfoque subjetivo. Afinal, contratar um advogado seria um mecanismo simplista de solucionar a problemática. O maior problema, porém, está em identificar quais situações ensejam, de fato, reparação ou precisam ser coibidas, considerando-se que muitos ilícitos já se tornaram tão comuns que não são mais percebidos como tais pela população.

Benjamin, inclusive, ressalta a dificuldade de apurar as barreiras subjetivas em razão de estas se operarem no plano psicológico dos indivíduos. Destaca, contudo, que o mais notável obstáculo é, exatamente o que eu já introduzi no parágrafo anterior: o desconhecimento do consumidor e do cidadão ambiental acerca de seus direitos.

Não se trata tão somente da ignorância da lei, mas de que aquela situação de fundo é ilícita ou aparente sê-lo. E, mesmo que reconheça a desconformidade, a quem procurar? Tem-se que considerar, igualmente, o

sentimento de inferioridade das vítimas quanto à incapacidade de resolver os problemas e de entender o complicado funcionamento da máquina judiciária. Sobressai, assim, sentimentos de incompreensão, timidez, descaso, impedindo o acesso efetivo à justiça.

Após efetuar pesquisas empíricas acerca do tema ora em debate, Boaventura de Sousa Santos, expôs os resultados obtidos:

“Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. (...) Em segundo lugar, mesmo reconhecer o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a acção. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal.”^[15]

A aptidão dos consumidores e dos cidadãos ambientais para reconhecer um direito juridicamente exigível é de fundamental importância e sua deficiência afeta não apenas os estratos mais baixos de nossa população. Além disso, conforme bem sustentou Cappelletti, “pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentarão um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera”^[16].

O formalismo da linguagem forense e os padrões de vestimenta também são obstáculos subjetivos de considerável importância, mencionados por Benjamin. Em reportagem recentemente exibido em mídia televisiva, foi exibido o comércio realizado exatamente na frente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Neste local, alugam-se calças compridas sociais, ternos, gravatas, sapatos, etc. tão somente para o que o jurisdicionado possa adentrar ao recinto.

Considerando que boa parte da população ainda convive em níveis críticos de miséria, sequer tem acesso a redes elétricas, saneamento básico ou moradia digna, seria razoável exigir delas este padrão de vestimenta? Claro que determinados comportamentos são incompatíveis com o decoro e a atividade jurisdicional, no entanto, é de pleno conhecimento que algumas exigências extrapolam a sensatez.

5. MEIOS DE FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Para solucionar os problemas relacionados ao acesso à justiça nos conflitos ambientais e consumeristas, o autor propõe dois métodos. O primeiro, a que ele chama de "interno", diz respeito aos impedimentos processuais ou quase processuais.

Já, por meio do segundo método – o "externo" –, busca mecanismos alternativos ou complementares ao processo judicial para assegurar a eficiência na prestação jurisdicional. Cita como exemplos de meios externos a negociação coletiva, a mediação administrativa e a vindicação administrativa.

Dentre essas, destaco para tecer alguns breves comentários acerca da mediação administrativa, que pode ser exercida por agências de defesa do consumidor (o PROCON, por exemplo) e o Ministério Público, nos casos coletivos. Este último, inclusive, tem adotado uma postura bastante combativa, seja por meio de Recomendações expedidas aos órgãos violadores, seja por meio do Termo de Ajustamento de Conduta. Em razão do seu caráter educativo e preventivo, essa atuação tem se mostrado eficiente, por contornar os auspícios de um processo judicial longo e que pode alcançar poucos efeitos práticos, dadas as limitações do aparelho judicial para tratar adequadamente das ações coletivas.

Dada a limitação do estudo a que se propõe o autor, decidiu apenas investigar os meios internos e, entre eles, apenas a ação civil pública e a *class action* americana, ressaltando os principais aspectos que favorecem ou dificultam o acesso à justiça coletiva. Esclareceu de antemão que essas ações têm o ponto em comum a tutela de interesses amplos da sociedade ou de grupos setorizados. Ao meu sentir, o autor deixou de mencionar algo relevante. Há corrente doutrinária brasileira que entende ser a ação civil pública cabível na defesa de direitos individuais homogêneos, desde que a sua violação resulte em repercussão social suficiente.

Quando se trata de proteção ao meio ambiente, dada a difusividade do bem tutelado, a regra é o cabimento da ação coletiva. No caso de conflito consumerista, porém, deve-se observar o tipo de violação praticada, se há, de fato, uma coletividade ou grupo mínimo que tenha sofrido o dano. E, na hipótese em que houver publicidade enganosa, práticas comerciais abusivas, disponibilização no mercado de produtos ou serviços perigosos, em virtude da abrangência, reconhece-se como difuso o direito protegido por prejudicar não apenas as pessoas que efetivamente consumiram o produto, mas aqueles, inclusive, que poderiam tê-lo feito (potencialidade lesiva). Afinal, a prática de tais condutas já constitui ilícito, independentemente de se constatar (determinar) os agentes vitimados.

5.1. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Preliminarmente, Herman Benjamin assevera que, após examinar os modelos de ações coletivas europeus, americanos e compará-los com a ação civil pública, não há nenhum que seja insuscetível de críticas ou que não mereça certo aperfeiçoamento para atender a complexidade social e tutelar da maneira mais ampla possível os direitos coletivos em sentido lato. Esta é a razão e a importância de um estudo em direito comparado: trazer contribuições e sugestões que, se adequadas ao nosso contexto social, possam aperfeiçoar nossos instrumentos processuais de resolução de conflitos coletivos.

Especificamente, quanto à ação civil pública, o autor faz um breve introito ao abordar a evolução do seu tratamento. Destacou a Lei Complementar nº 40/81 e a Lei nº 6.938/81, porém, restrita à tutela de

interesses e direitos ambientais difusos. A Lei nº 7.347/85, embora tenha aumentado o leque de direitos tuteláveis pela ação coletiva, só teve seu campo de aplicação efetivamente ampliado, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual determinou em seu art. 129, III, a tutela de “outros interesses difusos e coletivos”.

Há quem afirme existir, hoje, um microsistema de ações coletivas com a edição do Código de Defesa do Consumidor, integrando esses mecanismos processuais de tutela coletiva e, conseqüentemente, promovendo uma dilatação das possibilidades de direitos tuteláveis, em rol não taxativo.

Por ser um diploma que, apesar de algumas deficiências, é considerado inovador em muitos aspectos, Herman Benjamin, para ilustrar as influências estrangeiras na formação da ação civil pública, passou a relacionar as suas principais marcas e apontar o modelo do qual se inspirou a regra. Do common law, utilizou o modelo brasileiro a noção de “fluid recovery”, ou seja, a criação do Fundo de Defesa dos direitos difusos, assim como a possibilidade de pleito reparatório/indenizatório. Já do modelo europeu, mais precisamente, o francês, a legitimação institucional (*ope legis*), de modo que apenas são legitimados aqueles expressamente indicados na lei, sem que haja a legitimidade do indivíduo para agir, isoladamente, por meio da ação coletiva.

Não obstante a nomenclatura “ação civil pública” já esteja consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, Herman Benjamin não a isenta de críticas.

Argumenta o autor que a ação em comento não pode ser tida como pública, nem sob a perspectiva do direito tutelado, nem sob a visão do agente impulsionador do feito. Afinal, o direito público difere, em sua essência, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e, hoje, o Ministério Público não é mais o único legitimado ativo à sua propositura.

5.2. CLASS ACTION

Para explicar este modelo, Herman Benjamin utiliza a sua principal tônica: a questão da legitimidade de agir, aspecto este que tanto o

diferencia da ação civil pública brasileira. De acordo com o autor, “um ou mais sujeitos podem acionar ou serem acionados em seu próprio nome e de outros que tenham interesses assemelhados. Em outras palavras, um grupo maior (a classe) de indivíduos é representado por um de seus integrantes ou parcela menor de seus membros”^[17].

Sem dúvida que a possibilidade de um único indivíduo buscar, em juízo, a defesa dos seus direitos e de todas as outras pessoas, para o direito ambiental e consumerista, seria um grande avanço, porque dividiriam custos, concentrariam esforços, argumentos e provas, aumentando o poder de barganha e de pressão em face do agente econômico. E, dada a repercussão dessa possível mobilização, há a oportunidade de ganhar a “mídia” e, ao mesmo tempo em que proporciona o debate social acerca do direito violado, inibe demais agentes econômicos a reproduzir ilícitos desse jaez.

O autor relaciona os dois principais pressupostos objetivos da *class action*: o número elevado de sujeitos envolvidos na mesma lide e, em geral, o pequeno valor do interesse individual perseguido. Embora ele tenha indicado como “pressupostos objetivos”, entendo que se trata, na verdade, de uma constatação fática acerca da utilização da *class action*, no sentido de aglutinar os micro-conflitos, que é a primeira função deste tipo de ação, consoante esclareceu Herman Benjamin. Assim é que, pela amplitude da legitimidade de agir, caso esse número de litigantes, por exemplo, não seja tão elevado, não haveria obstáculos ao ajuizamento da ação.

Como dito no parágrafo anterior, o objetivo de aglutinar as ações – e, porque não dizer, os interesses –, representa um avanço em termos de eficiência e economia processual, possibilitando que controvérsias que envolvam pequeno valor econômico possam ser apreciadas pelo Judiciário. É o caso, por exemplo, de um banco que tenha feito um desconto indevido de R\$0,05 (cinco centavos) na conta de seus clientes. Claro que, isoladamente, ninguém vai ter interesse de postular em juízo a devolução desse valor, mas é preciso assegurar a higidez do mercado financeiro e das transações bancárias, de modo que a aglutinação de interesses permite que controvérsias como esta possam ser devidamente julgadas, sancionando a conduta e desestimulando outros agentes financeiros.

Nesse sentido, preleciona Cappelletti que:

*"(...) a class action permitindo que um litigante represente toda uma classe de pessoas, numa determinada demanda, evita os custos de criar uma organização permanente. Economia de escala através da reunião de pequenas causas é possível por esse meio e, sem dúvida, o poder de barganha dos membros da classe é grandemente reforçado pela ameaça de uma enorme indenização por danos (124). Com um esquema de honorários condicionais, onde isso seja possível, o trabalho de organização é financeiramente compensador para os advogados, que podem obter remuneração substancial (125). A class action portanto, ajuda a proporcionar as vantagens de litigantes organizacionais a causas de grupos ou de interesse público."*¹¹⁸

Em decorrência disto, superam-se os alguns entraves psicológicos e técnicos que impedem o acesso à justiça. Por outro lado, afirma que a *class action* pode servir como complemento indireto ao direito penal ou administrativo, incentivando uma atuação conjunta dos órgãos de controle administrativo e policial na apuração de infrações que violem, ao mesmo tempo, direitos coletivos, em sentido lato, e normas administrativas ou penais.

Neste modelo, Herman Benjamin comenta, ainda, da obrigatoriedade de notificar os membros ausentes, publicizando a existência da ação e estimulando a que todos participem, de algum modo, da relação jurídica. Este, ao meu ver, é o caminho para a superação principalmente das barreiras subjetivas, ao atrair potenciais litigantes por meio de mecanismos inventivos de notificação, sem ser unicamente por publicação no diário oficial. É exemplo disso a decisão que determina a comunicação nos boletos de cobrança enviados para as casas dos consumidores, a criação de sítios eletrônicos, etc.

O autor também fez uma breve análise dos cinco modelos de *class action* do sistema norte-americano. Pelo primeiro, a "equity" destaco a

impossibilidade de postulações indenizatórias; enquanto que no “*field code*” há a questão da representação adequada – critério *ope iudicis*, por meio do qual determinado litigante pode ser considerado ilegítimo se não apresentar condições suficientes para representar os interesses da categoria por ele defendida. Esse controle é necessário em razão do fato de se presumir que todos estão inclusos no sistema e só não serão atingidos pela coisa julgada se exercerem o opt out (opção negativa), razão pela qual se entende os seus direitos devem ser defendidos em juízo.

Isso, no entanto, difere do modelo denominado “federal rules of civil procedure (1938)”, em sua categoria “espúria”, pois, neste caso, os efeitos da coisa julgada apenas atingem os sujeitos que exercerem o opt in, de modo que só serão abrangidos pela coisa julgada os litigantes nomeados.

Em sua versão mais contemporânea, a “federal rules of civil procedure (1966)”, passou a exigir quatro requisitos: a numerosidade dos demandantes, a existência de questão comum, a tipicidade e, por fim, a representação adequada, já comentada alhures. Neste modelo, não há a opção negativa e não se admite pleito indenizatório, de modo que se postula apenas que a parte demandada seja compelida a uma obrigação de fazer ou não fazer.

Há, no entanto, a “*class action*” reparatória, na qual se admite a possibilidade de exercer o opt out, razão pela qual a ação deve atender ao postulado da “melhor intimação possível” para que os indivíduos possam exercer o direito de exclusão do procedimento. Os membros ligam-se, entre si, por questões comuns, consoante ressaltado por Herman Benjamin. Quanto aos membros ausentes, é facultado a eles retirar seu conflito do bloco agregado de ação, sem ser atingido pelos efeitos da coisa julgada coletiva.

Por fim, quanto ao modelo do “uniform class action”, pelo que demonstrou o autor, por decorrer de construção jurisprudencial, ao contrário dos demais tipos, não se exige dela a adequação a tipos rígidos fixados na lei.

No que concerne à distribuição de indenização, Herman Benjamin esclarece que, após a condenação genérica, as vítimas peticionam ao juízo, demonstrando qual a cota que lhe é devida. Em alguns casos, porém, em que há a impossibilidade de individualização do *quantum* devido a cada uma das vítimas, permite-se a fixação de um valor único e geral para todos, considerando-se, para tanto, a conduta do réu e os ganhos por ele auferidos com a ilicitude.

Em outras hipóteses, principalmente quando diz respeito à violação aos direitos comuns, argumenta Herman Benjamin que é tradicional a condenação ao pagamento de indenização a ser depositado em fundo específico, sem ser distribuídos às vítimas individuais.

Pelo que foi examinado, Herman Benjamin destacou os dois principais traços distintivos entre a ação civil pública e a class action. Enquanto nesta última, reconhece-se a amplitude da legitimidade de agir, inclusive para o “autor solitário”, nós exigimos o registro prévio, por exemplo, em associações. Nesse sentido, a questão pertinente à representação adequada também afasta os dois modelos: no brasileiro, basta que a associação esteja pré-constituída há um ano e defende em juízo objeto contido em seu estatuto; já no modelo anglo-saxão, a legitimidade da associação não depende de lapso temporal, ela apenas precisa ser considerada pelo juiz como representante adequada dos interesses postulados.

6. AS ASSOCIAÇÕES NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DO CONSUMIDOR

Até a edição da Lei nº 7.347/85 a legitimidade para a propositura da ação civil pública restringia-se ao Ministério Público, com o seu advento, associações e outros órgãos e instituições públicas puderam ajuizar a aludida ação, para a defesa do meio ambiente.

Essa ampliação dos legitimados não caminhou junto com outra que poderia ser uma grande conquista em termos de ação coletiva: a defesa dos consumidores. Com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, contudo, criou-se mecanismo eficiente de acesso à justiça, coibindo-se não apenas os danos ambientais, mas também aqueles que afrontam a atividade comercial, em si, e os consumidores, de modo particular.

Quanto à atuação das associações, Herman Benjamin observa a função social por elas desempenhada. Antes de abordar as críticas ao fraco espírito associativista brasileiro, é preciso ponderar a importância delas na aglutinação de “células” (os indivíduos, tomados isoladamente), permitindo que os seus direitos sejam defendidos em juízo. Isso, sem dúvida, favorece o acesso à justiça, uma vez que permite a superação de algumas barreiras objetivas (os custos individuais do processo) e a subjetivas (o desinteresse persistente) sejam minorados.

Embora não cite quais são estas vantagens, Herman Benjamin comenta que, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, é comum conferir vantagens aos particulares que tomam a iniciativa de ajuizar ações coletivas, em benefício de interesses de ordem geral.

No Brasil, provavelmente esse tipo de incentivo, que, ao meu ver, é extremamente positivo, muito dificilmente seria consagrado em nossa legislação ordinária, considerando-se a pressão que os agentes econômicos exerceriam nos políticos para evitar incentivos à ação coletiva que, no final das contas, só prejudicariam às atividades ilícitas desenvolvidas cotidianamente por eles e que passam impunes pela ausência de combatividade necessária.

Essa função social a ser desempenhada pelas associações pode ser mais bem aproveitada caso a sua atuação se dê em conjunto com o Estado, com o Ministério Público, se houver entre eles um auxílio recíproco. Não se pretende com isto cercear a liberdade das ONGs, ou retirar-lhes a independência necessária para discordar do Poder Público ou do Ministério Público. Apenas, entendo que, uma atuação conjunta, poderia apenas beneficiar, no caso, a ação coletiva, trazendo mais subsídios para o enfrentamento dos problemas ambientais e consumeristas.

No mundo contemporâneo, Herman Benjamin entende que o associativismo ambiental e consumerista decorrem do avanço do “pluralismo jurídico” e da crise do Estado como único centro de produção jurídica.

É nesse sentido que Boaventura de Sousa Santos concluiu a sua pesquisa sobre as práticas sociais comuns em uma favela fluminense, no ano de 1970. Concluiu em sua obra que havia nesses locais um direito que corria em paralelo ao direito oficial, de modo que *"cada unidade social constitui-se em centro de produção de jurisdição com uma vocação universalizante circunscrita à esfera dos interesses econômicos ou outros dessa mesma unidade"*¹¹⁹.

Conclui o autor que, nessa situação de "pluralismo jurídico", haveria um *"conflito entre dois poderes soberanos entre os quais nenhum mediador pode interceder. É um conflito global e insolúvel. Cria-se, assim, uma situação de suspensão jurídica, ou melhor, de ajuridicidade cuja superação tende a ser determinada pela violência. A privatização possessiva do direito constitui-se por uma dialética entre a tolerância extrema e a violência próxima"*¹²⁰.

Se as práticas associativistas decorreram de uma situação de pluralismo jurídico, nessa perspectiva sociológica, não se pode aceitar que sua atuação hoje esteja desvinculada das práticas sociais ou constituam um universo paralelo. E entendo que qualquer prática isolacionista que se pretenda em nosso mundo contemporâneo apenas dificultará o acesso à Justiça.

Não se pretende com isso afirmar que as associações estarão vinculadas às políticas públicas e sociais implementadas pelo Governo. Uma atuação dissociada ou sem qualquer contribuição recíproca entre os dois entes apenas aumentaria o fosso persistente entre as comunidades marginalizadas e a Justiça oficial. Assim é que o autor ressalta não apenas a função judicial para a qual deve contribuir, mas a capacidade de informar a todos os seus associados sobre os direitos dos quais eles são detentores e fazer uma firme fiscalização a fim de averiguar eventuais violações.

Embora, de fato, o associativismo tenha crescido em decorrência da incapacidade do Estado de gerir e ouvir os anseios sociais, não se pode, por outro lado, entender que essa "crise" afasta essas duas esferas (Estado e associações).

Herman Benjamin, ao final de sua análise sobre o presente tema, comenta, de modo muito realista, a inexistência de um modo associativista

forte o suficiente em nosso país, após anos de regimes ditatoriais. Há verdadeira apatia e desorganização dos movimentos sociais, o que resta demonstrado pelo pequeno número de associações e, quando existem, de um modo geral, possuem um número de associados muito baixo, poucos recursos e não estão devidamente aparelhadas para desenvolver adequadamente as atividades para as quais se propõem. Aí reúnem-se motivos culturais e econômicos – mesmo aqueles que possuem condições de pagar a anuidade, não se sentem estimulados a participar das associações, como se o direito por elas defendido (consumidor ou ambiental, por exemplo) estivesse muito aquém da realidade ou, na pior das situações, desconfiam da gestão dessas associações.

7. O MINISTÉRIO PÚBLICO

Inicialmente, Herman Benjamin procura definir o Ministério Público. Desiste, porém, do seu intento, para que uma eventual definição não se torne inválida frente às peculiaridades da entidade em comento nos mais diversos países. Sustentou apenas a sua atuação na *persecutio criminis* e pela representação processual civil do interesse público, por meio da ação civil pública.

De fato, nos primórdios do Ministério Público, a ele estava resguardada a incumbência de defender os interesses do Estado. Viu-se, contudo, que em algumas demandas haveria o confronto entre o interesse do Estado e o interesse público, razão pela qual foram criadas outras instituição para a representação processual do Estado. No nosso caso, a União é defendida pela Advocacia-Geral da União, criada com esse intento pela Constituição de 1988.

Isso decorre da distinção entre interesse público primário e o secundário. O primário representa o “*o interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo)*”^[21]. Enquanto isso, o secundário está consubstanciado, por exemplo, nas políticas públicas implementadas pelo Estado, na necessidade de o Estado arrecadar mais impostos, ainda que à contragosto dos administrados.

Herman Benjamin destaca ainda a ampliação dos interesses a serem defendidos pelo Ministério Público, notadamente com a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, a determinar a legitimidade da instituição na tutela do meio ambiente e do consumidor, respectivamente. Sem dúvida acentuou-se bastante a atuação do Ministério Público na área cível. E quanto a esse tema, confira-se a lição de Emerson Garcia:

"Os interesses sociais, por sua vez, transcendem a individualidade dos diversos interesses que neles podem estar ínsitos, sendo relevantes para a sociedade como um todo (vg.: interesses difusos e coletivos). Nesse caso, a atuação do Ministério Público não pressupõe a indisponibilidade de cada uma das parcelas que o integram, o que torna legítima, verbi gratia, a defesa de interesses individuais homogêneos advindos de relação de consumo, ainda que as parcelas que o compõem tenham cunho estritamente patrimonial – regra geral, disponível. Por essa razão, será legítima a defesa de interesses individuais, ainda que não sejam indisponíveis, desde que seja dividido um interesse social em sua tutela."¹²²¹

Logo em seguida, Herman Benjamin também tece algumas críticas à apatia do Ministério Público e, de certo modo, aos órgãos estatais de defesa do consumidor e do meio ambiente. Para ele, embora essas instituições sejam, em tese, independentes, sempre estão sujeitas a pressões políticas, além das limitações humanas e materiais.

Quanto a este primeiro bloco de críticas, entendo que, de fato, algumas intromissões do Executivo no Ministério Público são nocivas aos interesses defendidos pela entidade. A exemplo disso, temos a previsão contida no art. 84, XIV, da CF/88, o qual determina que a nomeação do Procurador-Geral da República será feita pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado. Assim é que os critérios políticos na escolha dos membros do Ministério Público para defender os direitos da instituição perante os Tribunais Superior, ao meu ver, é equivocada e demonstra a

reprodução de condutas perniciosas e incompatíveis com a independência funcional assegurada ao membro do Ministério Público.

No que concerne às limitações humanas e materiais, entendo ser exagerada a crítica. Os recursos realmente são limitados e faltam membros efetivos para trabalhar em muitos municípios, mas, de um modo geral, a instituição é organizada e, com o desenvolvimento do país, novos instrumentos de trabalho favorecem a instrução dos processos e o tratamento das questões consumeristas e ambientais.

Por outro lado, critica também o fato de o Ministério Público trabalhar com prioridades que nem sempre são aquelas almejadas pelos tutelados, com a chance de serem capturados pelos grupos ou pessoas que deveriam controlar. A possibilidade de corrupção nas instituições pública é uma realidade tão presente quanto àquela constatada nas entidades privadas. É um mal social muito comum em instituições de países subdesenvolvidos ou que, ao menos, não atingiram um grau de desenvolvimento social suficiente que permitisse extirpar com eficiência condutas desse jaez.

Não creio que este seja um obstáculo à atuação saudável do Ministério Público, até porque não lhe é exclusivo e atinge todas as nossas estruturas de poder. E, ainda, com a previsão de Conselhos do Ministério Público, Corregedorias, a possibilidade de apurar atos ímprobos torna-se mais efetiva.

Certo, no meu entendimento, é que não podemos tirar o mérito da instituição e das atividades por ela desenvolvidas nas mais diversas frentes tão somente em razão de alguns que desenvolvem as atividades de modo ilícito.

Não se pode negar as limitações do Ministério Público, mas sem dúvida ele se situa como a entidade, atualmente, mais organizada e aparelhada na defesa do interesses coletivos porque têm o reconhecimento social. Ao contrário de associações, cuja atuação é importante, mas pela falta de associativismo na cultura brasileira, não têm a abrangência do Ministério Público. Os dois – Ministério Público e as associações -, como já

foi dito, devem andar juntos e a contribuição recíproca só favoreceria a tutela do meio ambiente e do consumidor em juízo.

Após estas críticas, porém, Herman Benjamin também faz alguns elogios à instituição. Em nosso país, ressalta que, com as mudanças legislativas, o Ministério Público ganhou mais prestígio e legitimidade para tutelar os direitos supraindividuais, não mais dando a eles tratamento fragmentário e incompatível com a noção de direitos coletivos.

No que diz respeito à atuação no direito do consumidor, salientou a atuação do Ministério Público de São Paulo que, antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor que se deu em 1990, incluiu em sua Lei Orgânica, em 1982, como de sua atribuição a proteção do direito do consumidor, indo na dianteira das transformações sociais e culturais que se consagram na legislação ordinária apenas alguns anos depois.

Já no que concerne ao direito ambiental, Herman Benjamin esclareceu que, mesmo após o advento da Lei nº 6938/9, que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa do meio ambiente, faltavam normas materiais, razão pela qual a defesa era realizada muito mais por meio das normas sancionatórias do Direito Penal, uma atuação dissociada da noção de tutela reparatória do ilícito ou mesmo de preveni-lo, diferentemente da intervenção ampla, hoje conferida ao Ministério Público.

No panorama contemporâneo, contudo, o autor classifica os resultados alcançados pela instituição em comento, mesmo tempo, como espetaculares e insuficientes. A grande crítica por ele relacionada diz respeito à falta de especialização temática, em alguns Ministérios Públicos estaduais, principalmente nas comarcas do interior em que inquéritos civis e policiais são misturados às causas ambientais, renegando a estas o devido tratamento.

Em virtude da dificuldade de especialização temática das promotorias e procuradorias para a questão ambiental, Herman Benjamin sugere a como solução a criação de Promotorias de Justiça Ambientais Regionais,

equalizando os problemas de servidores e recursos disponíveis e concentrando a atenção na matéria.

Embora essa seja uma opção válida, entendo que a criação de Promotorias Regionais teria uma consequência negativa que precisa ser ponderada: o distanciamento físico dos promotores em relação ao dano ambiental, o que dificultaria o contato com a matéria probatória e com as peculiaridades do local do dano.

8. CONCLUSÃO

Se não é novidade a discussão acerca das dificuldades relacionadas ao acesso à justiça, por outro lado a superação dos paradigmas do processo civil clássico tem sido o alvo de diversos debates no meio jurídico, sendo um campo ainda muito vasto a ser explorado.

Na presente obra, observou-se que o autor pretende abordar uma nova perspectiva: o acesso à justiça coletiva. Para tanto, decidiu focar a sua obra na análise da legitimidade de agir na ação civil pública e a atuação do Ministério Público e das associações na propositura dessas ações em defesa dos consumidores e do meio ambiente. O autor, inclusive, teceu alguns comentários acerca dos cinco modelos de *class action* americana, destacando seus principais aspectos e comparando com o modelo pátrio.

Ora, a amplitude desses temas requer um detalhamento a que, ao meu sentir, faltou no presente texto. O autor discorreu sobre questões relevantíssima, chegou, inclusive, a propor a criação de Promotorias de Justiça Ambientais Regionais, sem ter sequer feito comentários mais aprofundados sobre tais aspectos.

Além de outras críticas, as quais já foram feitas ao longo do presente trabalho, também destaco outra. Embora tenha introduzido os postulados do processo civil clássico, no decorrer de seu trabalho, o autor simplesmente esqueceu a abordagem principiológica e passou a fazer apenas comentários genéricos ora sobre a falta de associativismo como decorrência de uma questão cultural brasileira, ora sobre a necessidade de flexibilização da legitimidade de agir, sem observando o contexto e a

evolução das normas materiais e processuais sobre direito ambiental e consumerista.

À guisa de conclusão, pretendo tão somente ressaltar que, em que pese o fato de encontrarmos diversos obstáculos objetivos e subjetivos ao efetivo acesso à tutela coletiva, é preciso que haja a atuação do Poder Público, informando a população acerca de seus direitos, e o reforço do papel criativo dos entes processuais: magistrado, membro do ministério público e associações, no sentido de assegurar a ampla tutela em face de ilícitos contra os quais há a patente necessidade de implementar novas perspectivas.

9. BIBLIOGRAFIA

BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil – vol. 4 – 6ª ed. Bahia: Juspodivm, 2010.

GARCIA, Emerson. Ministério Público – organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

JATAHY, CARLOS ROBERTO DE CASTRO. Curso de princípios institucionais do Ministério Público. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. Sociologia e direitos: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

[1] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

[2] BENJAMIN, Antônio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 79.

[3] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. Sociologia e direitos: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica, 2002, p. 91.

[4] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

[5] DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil* – vol. 4 – 6ª ed. Bahia: Juspodivm, 2010, p. 92.

[6] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

[7] *Ibidem*, p. 53.

[8] DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil* – vol. 4 – 6ª ed. Bahia: Juspodivm, 2010, p. 81.

[9] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20-21.

[10] BENJAMIN, Antônio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85*:

reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 106.

[11] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 17.

[12] *Ibidem*, p. 19.

[13] *Ibidem*, p. 26.

[14] *Ibidem*, p. 20.

[15] SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*. – 5 ed. – São Paulo: Cortez, 1999, p. 170.

[16] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 24.

[17] BENJAMIN, Antônio Herman. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 120.

[18] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 60-61.

[19] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direitos: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*, 2002, p. 94.

[20] *Ibidem*, p. 95.

[21] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

[22] GARCIA, Emerson. *Ministério Público – organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50-51.

A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA DAS CAUSAS INDIVIDUAIS DE CONSUMO PROPOSTAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS OS NOS FOROS REGIONAIS

HANTONY CASSIO FERREIRA DA COSTA:

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Processual Civil pelo IBDP e Universidade Anhanguera - SP. Advogado licenciado. Assessor Jurídico do 3º Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região.

Resumo: O presente estudo se insere no campo do Direito Processual Civil e discute a natureza da competência definida no momento do ajuizamento de uma dada ação individual de consumo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais brasileiros, insertos nos foros regionais. Na primeira parte do estudo, são apresentados fundamentos doutrinários relacionados ao instituto processual da competência, seus conceitos, classificações, critérios de determinação e distribuição, bem como as divergências doutrinárias existentes no que concerne a esta temática. Na segunda parte são analisadas, através de estudo da legislação, da doutrina e da jurisprudência brasileiras as regras de competência inseridas na Lei nº 9.099/95, com especial atenção para a diferença entre a competência territorial absoluta e a competência funcional. Na terceira e última parte, utilizam-se as noções e fundamentos ofertados nas duas primeiras partes para solucionar a divergência doutrinária referente à natureza da competência das causas de consumo propostas nos Juizados Especiais Cíveis, insertos nos foros regionais, bem como as consequências da natureza desta competência na realidade prática de ajuizamento de demandas.

Palavras-chave: Competência Funcional, Competência Territorial Absoluta, Foros Regionais e Juizados Especiais Estaduais Cíveis.

Sumário: 1. Introdução; 2. Marco teórico; 3. A polêmica diferença entre competência territorial absoluta e competência funcional; 3.1 Conceito de Competência; 3.2 Critérios de distribuição da Competência; 3.3 Classificação da Competência em Relativa ou Absoluta; 3.4 Da Confusão entre a Competência Territorial Absoluta e a Competência Funcional; 4. Das regras

de competência nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais; 4.1 Das normas insertas no artigo 4º da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995; 4.2 Propositura de ações de consumo no domicílio do consumidor: faculdade ou contingência legal; 4.3. Competência para conhecimento das causas individuais de consumo a serem propostas nos Juizados Especiais insertos nos Foros Regionais; 5. Da competência dos Juizados Especiais insertos nos Foros Regionais; 5.1 Da natureza da competência dos foros regionais; 6. Considerações Finais; Referências.

1. Introdução

No presente estudo busca-se estudar, com a profundidade necessária, a questão da competência para o conhecimento das causas individuais de consumo propostas nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais insertos nos foros regionais.

Dentre os objetivos iniciais estão os de solver as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que concerne à natureza da competência sobredita, se absoluta ou relativa, se territorial ou funcional, analisando as consequências da correta classificação e critério de competência na praxe forense.

Para solver a problemática principal levantada, questiona-se, de início, os seguintes aspectos práticos da fixação da competência nos Juizados Especiais: o autor de um processo que deve tramitar nos Juizados Especiais Cíveis tem o direito de ajuizar a ação em seu domicílio ou no domicílio do réu, facultativamente, ou está obrigado legalmente a sempre mover o processo no foro regional do seu domicílio? A regra expressa no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 9.099/95 deve ser afastada por força da interpretação jurisdicional que assevera ser absoluta a competência territorial dos foros regionais?

Utilizando-se do método da revisão bibliográfica e das técnicas indutiva e dedutiva, combinadamente, chegamos a um estudo elaborado em três partes: primeiro, apresenta-se as noções doutrinárias do instituto da competência: seus conceitos, classificações, critérios de distribuição e determinação, divergências doutrinárias e aprofundamento da diferença entre competência territorial absoluta e competência funcional, bem como

da competência relativa e absoluta. Em um segundo momento, foram expostas e analisadas as regras de competência dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e as regras de competência previstas para as causas individuais de consumo. Por fim, na terceira e última parte, são analisadas as lições doutrinárias quanto à natureza da competência dos foros regionais, se valendo dos fundamentos ofertados nas duas primeiras partes da obra.

2. Marco teórico

Há muito tempo, estudiosos do direito vêm estudando formas de aperfeiçoar e elevar o nível de acesso à justiça dos jurisdicionados, seja do ponto de vista quantitativo, seja do qualitativo.

CAPPELLETTI (1988), após longos estudos estatísticos acerca dos problemas comuns enfrentados pelos países no que concerne à temática do acesso à justiça, ofertou soluções para combater os obstáculos então existentes.

Como forma de por em prática as sugestões supra referidas, alguns países criaram instâncias judiciais onde as partes poderiam litigar sem custas e sem a presença de um advogado. No Brasil, com tal desiderato, foram criados os Juizados Especiais, que são exatamente instâncias do Poder Judiciário específicas para analisar processos de menor complexidade e menor valor econômico.

Além dos motivos sobreditos, outra razão primordial que inspirou e deu sentido à criação dos referidos juizados especiais foi a tentativa de combater a morosidade judiciária, através de um processo mais informal, mais instrumental, barato, e, principalmente, célere, pois a ideia reinante até hoje no pensamento dos estudiosos do acesso à justiça é que uma prestação jurisdicional morosa é uma prestação jurisdicional injusta, ineficaz.

Com o mesmo intuito dos Juizados Especiais, a experiência brasileira realizou a implantação dos foros distritais, ou seja, divisões territoriais dentro da mesma comarca que passaram a ser responsáveis

exclusivos pelos processos de determinada região dentro da própria comarca.

Com vistas a obrigar o ajuizamento das ações nos foros distritais, a Lei dos Juizados Especiais trouxe a previsão legal de que a competência dos citados foros seria territorial absoluta, ou seja, todos que tenham domicílio no raio de abrangência territorial jurisdicional do citado foro distrital devem propor suas ações nos mesmos.

É pertinente ver, nesse sentido, o que diz o professor Fredie Didier (2015; p.225-226) a respeito do tema:

Para terminar o exame da competência territorial, convém tecer algumas considerações sobre os foros distritais (a divisão do território da comarca, que se faz por distritos; a comarca, produto de uma divisão territorial, é também repartida). A orientação predominante é no sentido de serem considerados tais foros como absolutos, pois a sua instituição decorreria de normas cogentes, para atender à melhor distribuição da justiça. Doutrinadores e alguns tribunais entendem que a distribuição de competência nos chamados foros regionais ou varas distritais – o mesmo acontecendo com as varas federais do interior – é motivada por razões de ordem pública, sendo, portanto, improrrogável. A Justiça Federal divide-se territorialmente em seções judiciárias. Cada Estado-membro corresponde a uma seção. A seção judiciária divide-se, por sua vez, em subseções: distribuição da competência federal dentro do território do Estado-membro. A subseção está para a seção judiciária assim como o distrito está para a comarca. Exatamente em razão disso, tem-se entendido que a divisão territorial da seção judiciária gera hipótese de competência territorial absoluta (equivocadamente tratada como competência funcional), cujo desrespeito admite, por exemplo, o reconhecimento *ex officio* pelo magistrado [...]

Logo, a fundamentação da corrente doutrinária crescente, que acredita ser a competência dos foros distritais absoluta é o argumento da ordem pública.

Na prática forense, pode acontecer que, dentro da mesma comarca, a depender da interpretação desta matéria ora pesquisada, uma ação seja proposta num distrito da comarca ou em outro.

Por exemplo, na cidade de João Pessoa – PB (comarca), há um foro distrital denominado foro regional de Mangabeira que é responsável pelo conhecimento das ações do bairro de mangabeira e outros bairros circunvizinhos. No entanto, na mesma comarca de João Pessoa – PB, há o denominado foro da comarca da Capital, que abrange o conhecimento das causas dos demais bairros da capital paraibana.

Ocorre que, muitas vezes, o autor de uma suposta ação é domiciliado no bairro de Mangabeira, por exemplo, e o réu da ação tem domicílio no foro da comarca da Capital.

O problema surge quando dados estatísticos demonstram que os juizados especiais do foro da comarca da capital são muito mais céleres que o foro distrital de Mangabeira. Uma ação proposta no foro da capital tem sua primeira audiência marcada em média quatro meses após o ajuizamento de uma ação. Já uma ação proposta no foro distrital de mangabeira chega a ter sua primeira audiência de um a dois anos após o ajuizamento da demanda.

A questão que surge então, ao jurisdicionado, é: como pode se defender a preservação do princípio da isonomia quando dois consumidores, por exemplo, têm o mesmo problema com um produto defeituoso, alegam os mesmos fatos, requerem o mesmo direito, litigam contra o mesmo réu, mas um terá sua prestação jurisdicional ofertada em prazo muito menor que o outro.

Neste ponto, deve-se fazer um esclarecimento: para melhor distribuir e organizar as demandas vem a jurisprudência pátria interpretando que, nas causas dos juizados especiais, a demanda deve ser

proposta no foro do domicílio do autor. Interpretação esta que será aqui averiguada se não afronta o disposto no parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.099/95.

Se o consumidor que reside em mangabeira, no exemplo supra, tem que propor sua ação no foro distrital de Mangabeira, apesar de o réu possuir domicílio no foro da comarca da capital, ele está fadado e obrigado a receber prestação jurisdicional mais morosa do que o consumidor que tem domicílio no foro da capital.

Investiga-se, portanto, se essa situação não gera, além de uma discriminação social regional, uma situação jurídica de afronta à isonomia e ao devido processo legal, e de que forma se poderia combater esta situação, se por simples mudança de interpretação normativa ou se por necessidade de alteração legislativa.

Embora os doutrinadores pátrios não costumem enfrentar a problemática do ponto de vista ora abordado, por vezes encontramos luzes que podem fixar um marco teórico para a solução do problema. Senão vejamos o que diz o professor Fredie Didier (2015; p.220) quando discorre acerca da competência das ações de consumo:

O Código de Defesa do Consumidor determina que o foro competente para a discussão das relações de consumo é o do domicílio do autor-consumidor (art.101, I, do CDC). É regra que beneficia o consumidor, mas não se trata de regra de competência absoluta, dela podendo abrir mão o beneficiário, elegendo a regra geral (domicílio do demandado).

Vê-se, por este ângulo, que mesmo nas causas de consumo, em que a lei protege o hipossuficiente, o consumidor, este tem a faculdade de escolher demandar no foro do seu domicílio ou no foro do domicílio do réu.

Todavia, quando o consumidor demanda nos juizados especiais, a orientação jurisprudencial que vem prevalecendo afirma que o consumidor, na existência de foro distrital, deve propor sua causa exclusivamente em seu

domicílio. O que acaba por anular a faculdade prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nada obstante, investiga-se ainda se é possível ver no artigo 4º da Lei nº 9.099/95 esta mesma facultatividade conferida ao consumidor no CDC, a fim de resguardar a constitucionalidade da competência territorial absoluta dos foros distritais que foi legalmente prevista na mesma lei aqui citada.

3. A polêmica diferença entre competência territorial absoluta e competência funcional

3.1 Conceito de Competência

É cediço, em doutrina, a lição que afirma ser a competência a medida da jurisdição, o âmbito legal dentro do qual um órgão jurisdicional pode validamente dizer o direito, ou, tecnicamente, exercer a jurisdição (DIDIER, 2015, p.198).

A jurisdição é um dos poderes pertencentes ao povo. E como, das lições da Teoria Geral do Estado, se extrai que o poder é uno e indivisível, essa mesma jurisdição é uma manifestação desse poder uno e indivisível. Todavia, por questões de organização de um Estado com múltiplas funções, objetivos, atribuições e deveres sociais, muitos Estados-nações resolveram criar funções específicas para exercer o seu poder soberano, de forma, também, que este mesmo poder permanecesse sempre democrático e exercido nos limites legais previamente estabelecidos por uma Carta de Princípios, Direitos, Intenções e Programas, a qual se convencionou denominar de Constituição.

A maioria das sociedades ocidentais contemporâneas adotou a teoria da tripartição de poderes – que tem em Montesquieu seu criador. Segundo tal teoria, o poder soberano, uno e indivisível, seria exercido por três funções: a função executiva, a função legislativa e a função judiciária.

À função executiva compete mais detidamente conduzir, gerir e pôr em prática os recursos estatais de forma a perseguir o bem comum da

sociedade e outros fins específicos, muitas vezes já descerrados na própria Constituição dos Estados.

À função legislativa compete a elaboração das leis, preceitos normativos, propostos, apreciados e votados pelo povo ou por seus representantes, de forma a expressar, em tese, a vontade da maioria do povo.

À função judiciária, que mais nos importa no presente estudo, compete o poder-dever de dizer o direito, de interpretar as normas jurídicas, de solucionar os conflitos de interesses entre os particulares de um Estado, ou entre este e aqueles. Em outras palavras, à função judiciária compete a jurisdição.

Ante a pluralidade de conflito de interesses, num dado Estado surge a necessidade de criar vários órgãos, todos votados a dizer o direito, ou seja, todos dotados de jurisdição.

Na medida em que passam a coexistir num Estado diversos órgãos com jurisdição, surge outra contingência: a de organizar estes órgãos, atribuir a cada um uma função específica (seja uma matéria específica, uma área ou território específico de atuação, etc.), a de delimitar o poder de, cada um, dizer o direito a algumas situações específicas e previamente estabelecidas. É aqui que surge o instituto processual da competência, exatamente para resolver a delimitação e organização da jurisdição.

Traçando, em apertada síntese esse panorama acima, o professor Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p.2) assim se expressa:

[...] A competência serve de delimitador das circunstâncias em que o poder pode ser exercido. Costuma-se dizer que a competência é o limite ou a fração ou a medida da jurisdição. É preciso, contudo, ressaltar essa afirmação: **o exercício da função jurisdicional é cometido não apenas a um único órgão, mas a vários deles; cada um é investido pela lei das mesmas atribuições, devendo atuar de acordo com os critérios previamente fixados. A competência estabelece quando cada órgão deve**

exercer tais atribuições, que são as mesmas para todos. [...] (grifo nosso).

A par destas noções, percebe-se que o instituto da competência permite saber em que condições a atuação de um órgão jurisdicional é legítima, uma vez que as normas jurídicas delimitam o âmbito de incidência da jurisdição de um órgão jurisdicional.

Mais do que um critério de validade, de averiguação de legitimidade da atuação de um órgão jurisdicional, as regras de competência são um critério, um estudo doutrinário que visa organizar a prestação jurisdicional estatal de forma que esta prestação seja eficaz, célere e alcance seus objetivos de pacificação social e justiça.

Sob um olhar mais técnico-processual, o jurista Alexandre Freitas Câmara (2008, p.92) traz uma importante lição, ao afirmar que os pontos relevantes no estudo da competência são os critérios para sua fixação. Senão vejamos:

[...] O centro das atenções no estudo da competência, pois, é a verificação dos critérios de sua fixação, ou seja, dos parâmetros empregados pelo ordenamento jurídico para estabelecer os limites dentro dos quais cada órgão do Judiciário pode exercer a função jurisdicional [...] (grifo nosso).

É precisamente estudando os critérios de distribuição da competência que aqui se busca solucionar a problemática sob análise, qual seja, a de saber se a natureza da competência dos Juizados Especiais insertos nos foros regionais para conhecer de causas de consumo é de competência territorial, relativa ou absoluta, ou é de competência funcional (neste caso, sempre absoluta), etc.

3.2 Critérios de distribuição da Competência

Ao verificar qual o órgão judicial competente para apreciar determinada demanda, primeiro é preciso analisar se o Poder Judiciário do Estado em que o magistrado exerce suas funções é competente para

conhecer do litígio. Quer isto dizer que, inicialmente, observa-se se é caso de competência internacional ou de competência interna.

Após fixada a competência interna, a determinação do órgão judicial que julgará a lide obedece a alguns critérios doutrinários de distribuição da competência.

Tais critérios visam, conforme anteriormente sobredito, organizar o serviço de prestação jurisdicional de um determinado Estado, uma vez que, normalmente, há diversos magistrados que atuam em diferentes e inúmeras comarcas, varas, juizados, tribunais, etc.

Como forma de conseguir tal desiderato, a doutrina tradicionalmente sistematizou, na esteira do pensamento de Wach e Chivenda, três critérios de determinação e distribuição da competência interna: o objetivo, o funcional e o territorial (THEODORO JUNIOR, 2007, p.189).

Segundo o referido ensinamento, o critério objetivo se funda na qualidade das partes, no valor ou na natureza da causa.

Já o **CRITÉRIO FUNCIONAL**, nas palavras do professor THEODORO JUNIOR (2007, p.187):

[...] atende às normas que regulam as atribuições dos diversos órgãos e de seus componentes, **que devam funcionar em um determinado processo**, como se dá nas sucessivas fases do procedimento em primeiro e segundo grau de jurisdição. Por esse critério, determina-se não só qual o juiz de primeiro grau, como também qual o tribunal que em grau de recurso haverá de funcionar no feito, além de estabelecer-se, internamente, qual a câmara e respectivo relator que atuarão no julgamento.

Da passagem supra exposta, percebe-se que, desde o início, se compreende que o critério funcional distribui competências e atribuições endoprocessuais, ou seja, é uma divisão de tarefas dentro de um mesmo processo.

O mesmo doutrinador supracitado, em outra passagem da mesma obra acima referida, assevera que a competência funcional se relaciona às atribuições dos diferentes órgãos jurisdicionais que atuarão no mesmo processo. Em complemento, aduz THEODORO JUNIOR (2007, p.195) que se pode estabelecer este critério de competência pelas fases do procedimento, pelo grau de jurisdição ou pelo objeto do juízo.

Quanto à questão da fixação pelas fases do procedimento, um bom exemplo é a norma processual civil que afirma ser competente o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição para conhecer da execução fundada em título executivo judicial, nos exatos termos do artigo 516, II, da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (CPC).

Desde que o processo se tornou sincrético, ou seja, que é possível executar um título judicial no mesmo processo em que se certificou um direito, a execução dos julgados deixou de ser um processo autônomo para se tornar fase do mesmo processo em que tramitou o processo de conhecimento (hoje, fase de conhecimento). E se a execução agora é uma fase, com peculiaridades e procedimentos próprios, mas que tramita no mesmo processo da fase de conhecimento, necessário se faria determinar a qual órgão judicial compete executar os títulos judiciais. Foi exatamente o que decidiu a norma inserta no artigo 516, II, da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (CPC).

Ora, poderia o legislador pátrio estabelecer que a fase de execução dos títulos judiciais, por exemplo, fosse processada e julgada pela última instância que proferiu decisão em um determinado processo, mas assim não o fez. Decidiu o legislador conferir tal atribuição (tecnicamente, competência), ao juízo de primeira instância. Logo, trata-se de política de organização judiciária, que ilustramos para se ter noção que os critérios de determinação, algumas vezes, são discricionários.

Por sua vez, a utilização do critério funcional que se baseia no grau de jurisdição ocorre quando o motivo de distribuição de competência se funda na hierarquia do Poder Judiciário.

Neste caso, o legislador normatizou que determinada causa deveria ser analisada por um órgão de hierarquia maior, certas vezes por conta da maior experiência dos magistrados que compõem os tribunais, outras vezes pela necessidade de se proferir uma decisão colegiada (que será, em tese, mais discutida e melhor votada). É possível ainda que esse critério vise conferir uma garantia, uma prerrogativa de foro, como ocorre nas fixações de competência *ratione personae*. Nestes casos, por questões de sistematização doutrinária, entende-se que o critério é objetivo, pois decorre da qualidade das partes. Todavia, sob a análise de quem julga, o critério também não deixa de ser funcional.

Da mesma forma, o critério funcional pode ser determinado de acordo com o objeto posto sob análise, ou seja, tal órgão conhece de um objeto, enquanto outro órgão judicial conhece de outro objeto. É o que se dá quando se confere competência para determinado órgão analisar o incidente de inconstitucionalidade (art. 948, do CPC) ou quando um recurso ou ação é distribuído para uma seção especializada em direito público, para citar alguns exemplos apenas.

Atente-se que, de todos os exemplos citados, o critério funcional, de fato, se refere, tradicionalmente, a distribuição de competência, dentro de um mesmo processo. Não é critério de determinação de competência anterior ao processo, nem entre processos diversos. É um critério que visa a distribuição de funções aos diferentes órgãos jurisdicionais sempre dentro do mesmo processo. É uma observação que servirá para a análise do objeto principal deste estudo.

3.3 Classificação da Competência em Relativa ou Absoluta

Há, em doutrina, uma relevante classificação da competência, em relativa ou absoluta, que, na prática processual, carrega consequências de grande monta para a solução da problemática do presente estudo.

Diz-se que uma dada regra de competência é absoluta quando disposta para atender imperativos de ordem e interesse públicos. Na mesma esteira, aduz-se que a competência é relativa quando a norma foi editada para atender e reger o interesse das partes, predominantemente (MARINONI; ARENHART, 2008, p.44).

Alguns autores acabam conceituando essa distinção através das consequências que ela traz à dinâmica processual. Por exemplo, afirmam que o conceito de competência absoluta se liga à característica de alteração e aplicabilidade da norma de competência em razão da vontade das partes, ou seja, se a competência puder ser alterada/modificada se trata de competência relativa, já se a regra de competência for inalterável/imodificável/inafastável pela vontade das partes, estar-se-ia diante de uma norma de competência absoluta (SANTOS, 2008, p.256).

Todavia, na ótica deste estudo, a norma é modificável porque antes se entendeu que se tratava de competência relativa, e não o contrário, ou seja, a norma não é relativa porque é modificável. A característica de se modificar é um atributo das regras de competência relativa, mas só atribuível depois de se identificá-la como relativa. Pensar diferente seria confundir o conceito com as consequências processuais daquele.

Boa conceituação é trazida pelo professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2010, p.110-111), que assim explica esta classificação doutrinária:

[...] A existência em nosso ordenamento processual de regras de competência relativa e absoluta se explica em razão de um equilíbrio entre razões políticas divergentes.

As regras de **competência relativa** prestigiam a vontade das partes, por meio da criação de normas que buscam proteger as partes (autor e réu), franqueando a elas a opção pela sua aplicação ou não no caso concreto. Em razão de sua maior flexibilidade, também a lei poderá modificar tais regras. Surgem assim as regras de competência relativa, **dispositivas** por natureza e que buscam privilegiar a liberdade das partes, valor indispensável num Estado democrático de direito como o brasileiro. As regras de **competência absoluta** são fundadas em **razões de ordem pública**, para as quais a liberdade das partes deve ser desconsiderada, em

virtude da prevalência do interesse público sobre os interesses particulares. Nesse caso, não há flexibilização, seja pela vontade dos interessados, seja pela própria lei, tratando-se de norma de natureza cogente que deverá ser aplicada sem nenhuma ressalva ou restrição.

Vê-se, pois, que o professor Daniel Neves não distingue a competência absoluta da relativa em razão da capacidade de modificação da competência, mas na liberdade ou não das partes na escolha da competência.

Passada esta distinção, a doutrina processualista assevera que há critérios de competência que necessariamente são absolutos e outros que podem ser absolutos ou relativos, a depender do regime que a lei empreste as regras de competência.

Nessa esteira, é comum encontrar nos manuais de processo civil a lição que afirma ser sempre absoluta a competência funcional e a competência em razão da matéria (inteligência do art. 62 e art. 267, II, do CPC). Por outro lado, as competências estabelecidas em razão do valor da causa e do território são, em regra, relativas. Contudo, há hipóteses em que estas competências, legalmente, se tornam absolutas (SANTOS, 2008, p.257).

Em razão desta liberdade legislativa para criar normas de competência relativas ou absolutas é que encontramos a figura da competência territorial absoluta (alguns chegam a afirmar competência territorial funcional), que será estudada mais à frente.

No que concerne às características, diz-se que a competência absoluta é imodificável, inalterável, improrrogável, cognoscível de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição. Já a competência relativa teria os atributos opostos da primeira, ou seja, é modificável pela vontade das partes (salvo algumas exceções legais), prorrogável, suscetível num prazo e modo específicos, legalmente previstos, sob pena de preclusão.

Estas noções são imprescindíveis para se discutir a natureza da competência dos Juizados Especiais insertos nos foros regionais, se absoluta ou relativa, se funcional ou territorial e o regime a ser aplicado às causas que tramitam nos referidos foros, na medida em que são estas noções tradicionais que fundamentarão e solverão o nosso problema de pesquisa, conforme se verá adiante.

3.4 Da Confusão entre a Competência Territorial Absoluta e a Competência Funcional

A fixação da competência, com utilização do critério objetivo que leva em consideração o aspecto territorial como o mais relevante na determinação do órgão jurisdicional que atuará num dado processo, em regra, deve obedecer ao regime da competência relativa. Isto significa também dizer, em princípio, que as partes podem optar por não se submeter às normas legais de competência relativa, através, por exemplo, de uma cláusula contratual de eleição de foro ou através do ajuizamento de uma ação num foro diferente das normas legais de competência, desde que tácita ou expressamente consentido pela parte ré. É uma das expressões do princípio da autonomia da vontade das partes no campo processual.

A par da liberdade das partes no que concerne ao critério objetivo da determinação da competência, pelo aspecto territorial, os legisladores, utilizando-se igualmente da sua liberdade em criar normas jurídicas, criaram a figura da competência territorial absoluta, ou seja, um critério de competência que fundamentalmente se baseia no fator territorial para determinar a competência, mas que não confere qualquer margem de autonomia a que as partes modifiquem a regra de competência prevista pelo legislador, ou seja, é uma questão exclusivamente de política legislativa. Muitas vezes essa política visa executar ou orientar uma política pública de melhor administração da justiça, ao menos em tese.

É importante frisar que está tão sedimentada em doutrina que a competência territorial é relativa que, quando o legislador quer modificar esse pensamento doutrinário sempre tem o cuidado de mencionar na norma jurídica que a competência territorial é absoluta ou que ela é imodificável pela vontade das partes.

O sistema jurídico pátrio possui alguns exemplos de normas jurídicas em que o legislador assim procedeu. Senão vejamos o artigo 80 da Lei Federal nº 10.741 de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

Art.80. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do **domicílio** do idoso, **cujo juízo terá competência absoluta** para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores (grifo nosso).

Veja-se que a fixação através do domicílio se refere à utilização do critério territorial, o que levaria a relativizar a competência. Ciente disso, o legislador da regra acima tratou de afirmar que, por mais que ele tenha se utilizado de um critério territorial (o domicílio) a hipótese do artigo acima seria de competência absoluta, logo, competência territorial absoluta.

Nesta mesma toada encontra-se o artigo 209 da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), abaixo transcrito.

Art.209. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no **foro do local** onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, **cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa**, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores (grifo nosso).

Aqui, da mesma forma do artigo anterior, utilizou-se um critério territorial de fixação de competência (o foro do local), mas, como o legislador já previa que esta norma seria doutrinária e jurisprudencialmente interpretada como referente à competência relativa, tratou de asseverar que a regra criada era de competência absoluta, embora estivesse se utilizando de critério territorial.

É possível encontrar ainda outros exemplos legislativos, a teor do artigo 2º, caput da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), como segue o texto legal:

Art.2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá **competência funcional** para processar e julgar a causa (grifo nosso).

Este último artigo de lei é curioso, pois claramente se vê que o legislador quis apenas tornar absoluta a competência do foro do local do dano (ou seja, se utilizando de um aspecto territorial). No entanto, ao invés de afirmar que esta competência seria absoluta, aduziu que a competência seria funcional, confundindo os critérios de determinação de competência e prejudicando outros entendimentos nesta mesma matéria.

O motivo da confusão é a cediça lição doutrinária de que a competência funcional é sempre absoluta, ou seja, impossível de ser modificada pela vontade das partes.

Dos exemplos citados, percebe-se um traço comum: sempre que o legislador quis tornar uma competência territorial absoluta, ele o fez expressamente no corpo do próprio texto de lei. Até porque, por força do princípio da legalidade, cujo artigo 5º, II, da Constituição de República Federativa do Brasil, vigente desde outubro de 1988 (CRFB), “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Significa dizer que se a lei não prevê expressamente a fixação da competência como sendo obrigatória, ninguém é obrigado a propor uma demanda num determinado local.

O argumento da necessidade de explicitar a mudança do regime da competência territorial, de relativa à absoluta, é relevante e pertinente haja vista que a referida mudança de regime causa uma restrição na liberdade das partes, que veem sua autonomia da vontade, sua liberdade de escolher o foro de determinada demanda tolhida por uma norma jurídica.

Toda restrição de liberdade só pode ser procedida por lei, em sentido formal. Não pode simples interpretação jurisprudencial ou doutrinária inovar o sistema jurídico, criar a norma legal, fazer interpretação extensiva em prejuízo da liberdade das partes.

Sabedores desta realidade, os magistrados brasileiros vêm buscando outro recurso para tornar absolutas certas espécies de competência territorial. Ao invés de denominarem a competência de territorial absoluta, pois esta característica deveria vir expressa, passaram a denominar de competência funcional a competência territorial que eles desejam que seja absoluta.

Com essa manobra doutrinária, os magistrados e doutrinadores que assim pensam prescindem de texto expresso de lei para tornar uma dada competência absoluta, pois toda competência funcional é absoluta. Se o caso fosse de competência territorial, ficar-se-ia sempre a discussão se a mesma diria respeito à competência relativa ou absoluta.

O professor DIDIER citando BARBOSA MOREIRA explica de onde vem toda a confusão doutrinária acerca da distinção entre competência territorial absoluta e competência relativa. Vejamos passagem deste eminente jurista, nas palavras do professor DIDIER:

Recente trabalho publicado por Barbosa Moreira parece sistematizar de uma vez por todas o problema da competência funcional e seu verdadeiro conceito. Seu ponto de partida é o art.2º da Lei nº 7.347, que, conforme a digressão que faz ao longo do ensaio, peca no rigor técnico ao invocar a competência funcional. Para justificar seu entendimento, expõe o que rezavam as doutrinas alemã e italiana sobre o tema, afirmando que a primeira definiu a **competência funcional** de maneira sublime, uma vez que **“ela entra em jogo depois da propositura, no curso do processo, à medida que neste se exercitem atribuições diferentes, as quais podem ser conferidas a órgãos também diferentes”**; a segunda, a seu ver, desvirtuou o conceito, na medida em que atribuiu a designação também à competência territorial, **não admitindo, com isto, a existência de uma competência territorial absoluta, ou seja, que não se modifica**. Aliás, é esse o critério que define a competência

absoluta. Outrossim, não é surpresa verificar que a legislação brasileira seguiu aqui a doutrina italiana, repetindo equívocos trazidos por Liebman, quando da sua estadia. Não obstante, sugere o renomado autor voltar à concepção alemã, e tratar como territorial a competência que seja definida conforme a geografia (grifos nossos) (DIDIER *apud* BARBOSA MOREIRA, 2009, 123).

Esclarecedoras são as palavras do professor BARBOSA MOREIRA supramencionadas, quando resume que a competência funcional sempre é fixada depois da propositura da demanda, no curso do processo, ou seja, a competência funcional é uma distribuição interna de competência, sendo incompreensível se falar em competência funcional exterior à realidade do processo, ou fixada antes da propositura de uma ação. Já a competência territorial tem como característica a possibilidade de modificação, sendo imprópria e carente de técnica se falar em competência territorial absoluta.

Trazendo as lições de BARBOSA MOREIRA para a problemática ora estudada, perquire-se se é coerente falar em competência funcional dos foros regionais, pois quando se fixa a competência destes foros está se levando exclusivamente em consideração o território. Ademais, sabe-se que a competência dos foros regionais já é fixada antes da propositura de uma ação. Ora, se a competência funcional só é fixada e distribuída após a propositura da demanda, não haveria nítida incoerência entre as lições doutrinárias e a forma como a competência dos foros regionais vem sendo tratada (como competência funcional)?

É exatamente este ponto que passamos a investigar.

4. Das regras de competência nos juizados especiais cíveis estaduais

4.1 Das normas insertas no artigo 4º da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995

O artigo 4º da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais) trata das normas que fixam a competência no âmbito dos Juizados sobreditos.

Segundo o referido dispositivo legal:

Art. 4º É competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro: I - do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; II - do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita; III - do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro previsto no inciso I deste artigo.

No artigo supra transcrito, temos, ao menos, quatro normas diversas de fixação da competência.

Primeiramente, em seu inciso I, está dito que o autor pode propor sua ação no domicílio do réu ou, a seu critério (ou seja, trata-se de uma faculdade), no local onde o réu exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório. De logo se vê que o critério escolhido no presente inciso foi eminentemente territorial, e o legislador, coerente com a doutrina, aduziu, expressamente, que a propositura nos diferentes foros mencionados seria facultativa, livre, dependente exclusivamente da sua vontade e, portanto, competência territorial relativa.

No inciso II, está dito que se a demanda tratar da execução de uma obrigação pactuada e no pedido houver pleito de cumprimento desta obrigação, a competência é fixada pelo lugar onde deva ser satisfeita a obrigação. Novamente aqui há um critério territorial de fixação da competência, uma vez que predomina o lugar da satisfação da obrigação. Como critério territorial, também se está diante de competência relativa.

Já no inciso III, a Lei dos Juizados afirma que, nas ações para reparação de danos de qualquer natureza, é competente o domicílio do autor ou do local do ato ou fato. Mais uma vez o referido diploma legal se apoderou do critério territorial para prever outra hipótese e fixar

competência. Ante o fato da previsão do critério territorial, temos que concluir que a competência deste inciso igualmente é relativa.

Visando sanar qualquer dúvida ou divergência doutrinária que pudesse vir a existir, o legislador inseriu no artigo 4º da Lei nº 9.099/95 afirmando que em qualquer caso a ação poderia ser proposta no foro previsto no inciso I. Este inciso não fixou de forma absoluta a competência. Muito ao contrário, expressamente asseverou que cabia ao autor escolher se propõe a ação no foro dos diversos domicílios do réu ou não.

Em suma, ao autor, em qualquer hipótese, é permitido propor uma ação no foro do domicílio do réu. É essa a inteligência que se depreende da conjugação do inciso I com o parágrafo único do art.4º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

Todavia, conforme se verá adiante, entende parte da doutrina e a jurisprudência majoritária que nos Juizados Especiais insertos em foros regionais a competência deve ser fixada, de forma absoluta, pelo foro do domicílio do autor, sob o argumento de que a criação dos foros regionais atendeu a imperativos de ordem pública, exatamente visando apreciar as causas dos jurisdicionados abrangidos no raio territorial onde atua o foro regional, ou seja, esse entendimento tornou absoluta a regra inserta no inciso III da Lei nº 9.099/95 e afastou a vigência do parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Além da agressão ao dispositivo ao qual está sendo negada vigência, questiona-se se a elaboração, aprovação e publicação do artigo 4º, parágrafo único também não visou interesses de ordem pública ou se é possível elaborar alguma norma que não vise o interesse público?

Outrossim, questiona-se se o entendimento jurisprudencial majoritário é capaz de revogar uma lei, pois é velha a lição doutrinária que uma lei só pode ser revogada por outra lei.

Ora, quando se nega vigência a um dispositivo, este passa, na prática, pelas mesmas consequências de uma revogação tácita. Mas neste

caso isso parece estar acontecendo, não por força da vigência de uma outra lei, mas por força de entendimento jurisprudencial.

Vistos esses problemas e noções, passa-se a analisar um conflito aparente de normas que fixam competência nas causas de consumo.

4.2 Propositura de ações de consumo no domicílio do consumidor: faculdade ou contingência legal

Ante o entendimento acima exposto, que afirma ser funcional a competência dos Juizados Especiais Cíveis e, portanto, absoluta, sendo fixada com base no domicílio do autor da demanda, analisa-se, neste tópico, se tal interpretação não se choca com a norma inserta no artigo 101, I da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que também prevê hipótese de determinação de competência para as causas de consumo.

Com efeito, nos termos do artigo 101, I, acima mencionado, ação que vise responsabilizar civilmente o fornecedor de produtos e serviços, pode ser proposta no foro do domicílio do autor. É o que diz expressamente o dispositivo em comento. Senão vejamos:

Art.101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação **pode ser** proposta no domicílio do autor;

(...)

Observe-se que o dispositivo transcrito confere ao consumidor uma faculdade, qual seja, a de ajuizar sua ação no foro do seu domicílio ou seguir a regra geral de competência, inserta no artigo 46, caput, do CPC, ou no artigo 4º da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.

Todavia, apesar da clareza do dispositivo, os tribunais brasileiros divergem quanto a questão de ser uma faculdade ou contingência legal a norma inserta no art.101, I do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Para ilustrar a divergência acima, vejamos alguns julgados.

Entendendo se tratar de competência absoluta, encontramos julgados do STJ, TJ-MS, TJ-RJ, TJ-MG, TJ-ES:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 33, STJ. CONTRATO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. REGRA. RENÚNCIA. DECISÃO AGRAVADA Reforma. (mr) voto vencido: Ação declaratória cumulada com revisional de cláusulas contratuais - Relação de consumo - **Renúncia do benefício previsto na legislação consumerista - Escolha aleatória do foro - Impossibilidade - Matéria de ordem pública - Critério determinativo de competência - Declínio de ofício - Possibilidade - Inteligência do art. 6º, VIII do CDC. O magistrado pode, de ofício, declinar de sua competência para o juízo do domicílio do consumidor, porquanto a jurisprudência do STJ reconheceu que o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relações de consumo é de ordem pública, caracterizando-se como regra de competência absoluta. Havendo renúncia do consumidor ao benefício previsto no art. 101 do CDC, não pode o mesmo escolher aleatoriamente o foro em que deseja demandar, devendo a competência ser fixada de acordo com as regras gerais de competência previstas na legislação instrumental, sem prejuízo do princípio do juiz natural.** Não havendo previsão legal que adote o critério de competência do foro em razão do domicílio do advogado da parte. (TJ-MG; AGIN 0645441-35.2011.8.13.0000; Belo Horizonte; Décima Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Marcelo Rodrigues; Julg. 15/02/2012; DJEMG 29/02/2012).

Do julgado acima, é possível extrair as seguintes conclusões: aparentemente, o TJMG parece adotar orientação no sentido de que a regra de determinação de competência nas causas de consumo seria absoluta, não havendo qualquer liberdade ao consumidor para escolher onde propor a sua demanda. Todavia, o caso daqueles autos demonstra que o consumidor almejava propor a ação no foro do domicílio do seu advogado e não no domicílio do réu; numa outra parte da ementa acima, afirma o TJMG que se o consumidor renunciar ao foro privilegiado, as normas aplicáveis serão as de legislação instrumental, ou seja, as do Código de Processo Civil, sendo que este aduz, peremptoriamente, como regra geral, que as ações que pleiteiam direito pessoal devem ser propostas no foro do domicílio do réu, o que, no final, acaba relativizando a regra prevista no art.101, I, CDC. É uma contradição no julgado, mas que acaba por beneficiar o consumidor, que, se renunciar ao privilégio de propor a ação no foro do seu domicílio, por ver a sua demanda tramitar no foro do domicílio do réu.

Neste outro julgado, o entendimento do próprio TJMG muda um pouco, por ser outro o desembargador prolator do acórdão. Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO A QUO DA COMPETÊNCIA PARA O FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR POSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. DOMICÍLIO DO AUTOR. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 33 DO STJ. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO. **A competência do foro do domicílio do consumidor, estabelecida pelo art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, é TERRITORIAL ABSOLUTA, uma vez que se trata de exceção à regra de incompetência, criada para a facilitação da defesa dos consumidores. Consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça "Tratando-se de relação de consumo, a competência é absoluta, podendo ser declinada de**

ofício. Afastamento da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça. " (CC 106.990/SC) (TJ-MS; AgRg-AG 2011.037897-6/0001-00; Campo Grande; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maranhão; DJEMS 09/02/2012; Pág. 26) CDC, art. 101

A orientação e o fundamento aqui são diversos: afirma-se que a competência fixada pela regra do art.101, I, CDC é territorial absoluta, apesar de o próprio dispositivo não aduzir isto e ainda se utilizar do termo "podem" e não "devem". Ainda segundo tal entendimento, o fundamento para tornar absoluta uma regra de competência territorial, segundo o desembargador Divoncir Schreiner, é a facilitação da defesa do consumidor. Ora, mas o próprio consumidor não pode entender que os seus direitos serão melhor defendidos em outro foro que não o seu? Se outro foro for mais célere que o do seu domicílio, não facilitará a defesa dos seus direitos?

Neste próximo julgado é o TJRJ que vem demonstrar o seu alinhamento ao entendimento de que a regra prevista no artigo 101, I, CDC trata de competência absoluta. Senão vejamos:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMPETÊNCIA. ARTIGO 101, I DO CDC. NATUREZA ABSOLUTA. DECISÃO DA RELATORA QUE SE MANTÉM. Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, não têm eles o condão de infirmar os fundamentos lançados na decisão hostilizada, não ensejando, assim, a reforma pretendida. Por outro lado, não trouxe o agravante qualquer argumento capaz de elidir a decisão agravada, que amparada nas regras do parágrafo único do artigo 100 do CPC declinou de sua competência para uma das varas cíveis da Comarca de Santa Cruz, em razão de ser o local de domicílio da parte autora. **Registre-se que, de acordo com o artigo 100, I, do CPC as ações atinentes relações de consumo devem ser ajuizadas no domicílio do autor. Com isso,**

havendo legislação específica sobre a questão discutida nestes autos, não cabe falar em aplicação da regra geral do artigo 94 do CPC. Assim, tendo em vista ter o requerente ajuizado a ação em foro diverso de seu domicílio, e sendo este o único interesse jurídico tutelado, outra conclusão não se permite à espécie, senão a ser uma das varas cíveis da regional de Santa Cruz a competente para o processamento da ação de revisão de cláusulas contratuais ajuizada. Ademais, nenhum prejuízo sofrerá o agravante se a ação for processada e julgada no foro de seu domicílio, ao contrário, será amplamente garantido o direito ao acesso à justiça. Nestes termos, nega-se provimento ao agravo interno. (TJ-RJ; AI 0063103-93.2011.8.19.0000; Primeira Câmara Cível; Rel^a Des^a Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo; Julg. 07/01/2012; DORJ 14/02/2012; Pág. 120) CDC, art. 101

Segundo o entendimento seguido pelo TJRJ, a regra de competência prevista no artigo 101, I, CDC é de competência absoluta e o declínio para o foro do domicílio do consumidor não o prejudica, mas, ao contrário, facilita o seu acesso à justiça. O que dizer, então, quando se demonstra, no caso concreto, que a propositura da demanda no foro do domicílio do consumidor algumas vezes – e em alguns foros – dificulta a prestação jurisdicional, em face da morosidade de certos foros, o que, por via de consequência, prejudica o acesso à justiça. Não se pode afirmar, a priori, que o critério territorial (do domicílio do consumidor) sempre facilita o seu acesso à justiça. Há variáveis que não dependem do território que afetam o acesso à justiça, tanto em sua aceção substancial quanto formal.

As opiniões dos magistrados são deveras diversas. Já vimos em julgado anterior que um desembargador do TJMG adotou posição inclinada ao entendimento da competência absoluta da regra prevista no artigo 101, I, CDC. Contudo, encontramos posição divergente no próprio TJMG. Veja-se o julgado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. FORO PRIVILEGIADO. RENUNCIA DO CONSUMIDOR. ESCOLHA ALEATÓRIA DO FORO. IMPOSSIBILIDADE Ofensa ao princípio do juiz natural. **A competência do foro do domicílio do consumidor é absoluta, e, portanto, pode o magistrado dela conhecer de ofício. Contudo, pode o consumidor renunciar ao seu foro privilegiado, optando por demandar na sede do fornecedor, ocasião em que não há nenhuma norma jurídica que autorize o magistrado a declinar da competência para a Comarca do consumidor, entretanto, propor ação em domicílio completamente estranho à lide, sem que haja qualquer fundamento legal, contratual ou fático, caracteriza ofensa ao princípio do juízo natural** (art. 5º, xxxvii e liii da CF/88). v. V. A conclusão sobre ser a competência, nas ações de consumo, considerada questão de ordem pública, permitindo sua declinação de ofício, é admitida apenas quando tal decisão vier em benefício do consumidor, atendendo-se às disposições dos artigos 6º, VIII, e 101, I, ambos do CDC, como quando o fornecedor, invocando cláusula de eleição de foro, ajuizar a demanda em local que é desvantajoso para o consumidor. (TJ-MG; AGIN 0516858-32.2011.8.13.0000; Belo Horizonte; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Estevao Lucchesi; Julg. 24/11/2011; DJEMG 10/01/2012) CF, art. 5 CDC, art. 101

Deste último julgado, percebe-se que o desembargador Estevão Lucchesi tenta harmonizar as posições em conflito: primeiro, afirmando que a regra prevista no artigo 101, I, CDC dispõe sobre competência territorial absoluta; segundo, em aparente contradição, assevera que o consumidor pode renunciar à regra que foi estatuída em seu favor para que a ação seja

proposta no foro do domicílio do réu. Dizemos contradição porque a doutrina historicamente afirma que as regras de competência absoluta são irrenunciáveis. Mas, concordamos com o magistrado acima quando este conclui que o consumidor pode renunciar ao benefício estatuído em seu favor. Entretanto, o fundamento que utilizamos é que a regra do artigo 101, I, CDC é de competência relativa e, por isso, é possível haver renúncia da norma em comento.

Vejamos agora um julgado recente do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FORO DO DOMICÍLIO DO RÉU. AÇÃO PROPOSTA PELO CONSUMIDOR. RENÚNCIA AO FORO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. 1. Segundo entendimento desta Corte, nas ações propostas contra o consumidor, a competência pode ser declinada de ofício para o seu domicílio, em face do disposto no art. 101, inciso I, do CDC e no parágrafo único, do art. 112, do CPC. 2. **Se a autoria do feito pertence ao consumidor, contudo, permite-se a escolha do foro do réu, considerando que a norma protetiva, erigida em seu benefício, não o obriga quando puder deduzir sem prejuízo a defesa dos seus interesses fora do seu domicílio.** 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 18ª Vara Cível de Porto Alegre - RS. (**Superior Tribunal de Justiça STJ**; CC 108.277; Proc. 2009/0191555-0; SP; Segunda Seção; Relª Minª Maria Isabel Gallotti; Julg. 22/06/2011; DJE 01/08/2011)

Segundo a Min. Isabel Gallotti, a regra consubstanciada no artigo 101, I, CDC traria norma de competência absoluta apenas quando o consumidor estivesse ocupando o polo passivo da relação jurídico-processual. Contudo, quando o consumidor estiver ocupando o polo ativo, caberia a ele propor a ação no foro do seu domicílio ou no foro do domicílio do réu. Embora fundada em premissas doutrinárias equivocadas, a nosso ver, chega-se a uma conclusão benéfica ao consumidor. Dizemos equivocada porque não se pode condicionar à posição processual do

consumidor na demanda – se no polo ativo ou passivo – o fato de a regra tratar de competência absoluta ou relativa. Ou a norma se trata de competência absoluta ou não trata. Se tratar, deveria se considerar irrenunciável o foro. É assim que há longos anos discorre a doutrina no mundo inteiro.

Orientação mais purista e consentânea com as lições doutrinárias encontramos no TJES. Porém, não isenta de equívocos doutrinários. Leia-se o julgado abaixo transcrito:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC. CABIMENTO. COMPETÊNCIA. FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. ARTIGO 101, I, DO CDC. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. É cabível o julgamento monocrático, quando o recurso se insere em uma das hipóteses previstas no artigo 557 do CPC. Eventual nulidade decorrente do julgamento monocrático resta sanada diante da manifestação do órgão colegiado ratificando a decisão do relator. Precedentes do STJ. 2. Com fundamento na facilitação da defesa do consumidor, pode este propor, no foro de seu domicílio, demanda cujo objeto seja relação de consumo. Esta possibilidade decorre da condição pessoal de hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor. 3. **O magistrado pode, de ofício, declinar de sua competência para o juízo do domicílio do consumidor, pois o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relações de consumo é de ordem pública, caracterizando-se como regra de competência absoluta.** Precedentes do STJ. 4. Recurso desprovido. (TJ-ES; AGInt-AI 024100918598; Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior; DJES 21/07/2011; Pág. 61) CPC, art. 557 CDC, art. 101

Segundo o desembargador Samuel Meira Brasil Junior, do TJES, a regra expressa no artigo 101, I, CDC, trata de competência absoluta, porém territorial. Esta opinião, segundo pensamos, é o primeiro erro, pois, doutrinariamente, a competência territorial não pode ser absoluta. Todavia, no direito positivo isso é permitido quando se explicita na norma jurídica que se está fixando competência de natureza absoluta. Não é o caso do artigo 101, I, CDC.

Por outro lado, o julgado acima tem lógica interna, na medida em que foi o único que aqui colacionamos que não afirmou ser possível a renúncia do consumidor à regra fixada em seu benefício. Tem, pois, o julgado verossimilhança porque, de fato, as competências absolutas são irrenunciáveis.

Noutra banda, é possível encontrar diversos julgados que perfilam a orientação de que a norma inserta no âmbito do artigo 101, I, CDC se refere à fixação de competência relativa.

Neste sentido, **entendendo ser de competência relativa, encontramos julgados do TJ-DF, TJ-RN, TJ-RS, TJ-PB, TJ-SC, TJ-ES**, dentre outros. Por todos, vejamos o que pensa a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgado abaixo colacionado.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. DEMANDA PROPOSTA PELO CONSUMIDOR EM FACE DE PRESTADORA DE SERVIÇOS. JUÍZO DIVERSO DO FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA RELATIVA. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. 1. A regra prevista no artigo 101, inciso I, da Lei nº 8.078/90, não constitui óbice para que o consumidor ajuíze demanda em foro diverso da localidade onde se situa o seu domicílio. 2. **A competência territorial, por ser relativa, pode ser prorrogada, caso não haja provocação da parte interessada, nos termos do artigo 114 do Código de Processo Civil.** 3. De acordo com a Súmula nº 33 do colendo Superior

Tribunal de Justiça, tratando-se de competência relativa, é vedado ao magistrado reconhecer de ofício a incompetência do Juízo. 4. Conflito negativo de competência conhecido, para declarar competente o Juízo suscitado. 1ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/ DF. **(TJ-DF;** Rec 2011.00.2.011294-9; Ac. 555.878; Terceira Câmara Cível; Relª Desª Nídia Corrêa Lima; DJDFTE 10/01/2012).

Neste julgado, alinhado às noções aqui descerradas e à toda tradição doutrinária, a terceira câmara do TJDF, num acórdão da relatoria da desembargadora Nídia Correa Lima, entendeu que a norma inserta no artigo 101, I, CDC fixou nítida regra de competência relativa, não havendo, portanto, óbice a que o consumidor ajuíze ação em foro diverso do seu domicílio.

Em posição semelhante encontramos os seguintes julgados: (TJ-RN; AI 2011.014381-6; Mossoró; Primeira Câmara Cível; Relª Juíza Conv. Fátima Soares; DJRN 31/01/2012); (TJ-RS; AI 63470-78.2012.8.21.7000; Porto Alegre; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Ergio Roque Menine; Julg. 23/02/2012; DJERS 29/02/2012); (TJ-SC; CC 2011.092472-8; Navegantes; Terceira Câmara de Direito Civil; Relª Desª Maria do Rocio Luz Santa Ritta; Julg. 24/01/2012; DJSC 17/02/2012); (TJ-ES; CC 100100040862; Segunda Câmara Cível; Rel. Desig. Des. Namyrr Carlos de Souza Filho; DJES 14/10/2011); **(TJ-PB;** AI 200.2011.002.974-7/001; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. José Di Lorenzo Serpa; DJPB 13/07/2011).

Após o estudo destes julgados, é interessante questionar se não seria mais fácil e eficaz, afora as considerações de técnica jurídica, deixar ao consumidor a oportunidade de decidir em qual foro – se no do réu ou no do autor – será mais fácil e acessível defender os seus direitos? Será que os magistrados sabem melhor que os advogados do consumidor e melhor que este onde será mais fácil e acessível propor as demandas do consumidor?

Vistas estas considerações, e concluída a existência de profunda divergência entre a natureza da competência, passamos a analisar o conflito

entre a norma do artigo 101, I do Código de Defesa do Consumidor, seja se admitindo que se trata de competência absoluta, seja admitindo que se trata de competência relativa, e a interpretação jurisprudencial que afirma ser a competência dos foros regionais sempre absoluta, sendo fixada pelo foro do domicílio do autor.

4.3 Competência para conhecimento das causas individuais de consumo a serem propostas nos Juizados Especiais insertos nos Foros Regionais

No tópico anterior, viu-se que há no Código de Defesa do Consumidor uma norma que confere ao consumidor a faculdade de propor causas de consumo no seu domicílio ou no domicílio do fornecedor de produtos e serviços. Viu-se também que parte dos tribunais pátrios entende que a norma não concedeu uma faculdade ao consumidor, tratando-se de uma contingência legal, ou seja, uma norma de competência absoluta.

Apesar da divergência, majoritariamente, mesmo os que acreditam que o art.101, I, CDC tratou de norma de competência absoluta, afirmam que ao consumidor foi conferida a faculdade de propor ações em seu domicílio ou no do réu. A divergência a ser absoluta ou relativa esta competência acabou tendo relevância apenas para se fixar a possibilidade de decretação da incompetência *ex officio* ou não.

Em suma, é reconhecido ao consumidor ajuizar ações em seu domicílio ou no foro de domicílio do réu.

Por outro lado, foi visto em tópico anterior desta obra, que os tribunais e parte da doutrina brasileira vêm entendendo que a competência territorial dos Juizados Especiais é absoluta, havendo inclusive quem entenda que se trata de competência funcional. Ademais, a corrente jurisprudencial e doutrinária majoritária vem sedimentando o entendimento de que as ações propostas nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais insertos em foros regionais devem ser propostas no foro de domicílio do autor, sem qualquer temperamento ou possibilidade de modificação.

Avalia-se, a partir daqui, se este último entendimento supramencionado não retira a eficácia da regra expressa no artigo 101, I, CDC.

Indaga-se: ainda que se entenda que a competência dos foros regionais seja absoluta, o Código de Defesa do Consumidor não é igualmente uma lei de ordem pública? Não seria o artigo 101, I, CDC que concede a faculdade ao consumidor de propor ações no foro do seu domicílio ou no foro do domicílio do réu igualmente de ordem pública, pois visa facilitar a defesa do consumidor em juízo? A determinação, por intermédio de leis estaduais, de que todas as causas, dos foros regionais, devem ser propostas no foro do domicílio do autor não retira a faculdade instituída no art.101, I, CDC, uma vez que ao consumidor não será mais possível propor ações no foro do domicílio do réu, no caso supramencionado, já que o réu tem domicílio no foro da comarca da capital? Uma lei estadual, ainda que de ordem pública, tem o condão de retirar a eficácia de uma lei federal? Uma lei estadual é hierarquicamente superior a uma lei federal?

Além destas considerações, é preciso observar o seguinte: ainda que se trate de competência funcional, qual dispositivo legal autoriza o magistrado a se utilizar do foro do domicílio do autor como a única regra para fixar a competência? As normas insertas no artigo 4º da Lei nº 9.099/95 perderam sua eficácia com o surgimento dos chamados foros regionais?

A interpretação que torna absoluta a competência dos foros regionais não harmoniza as normas do art.4º, incisos e parágrafo único com o artigo 101, I da Lei nº 8.078/90.

Gramaticalmente, os citados dispositivos não se conflitam. Todavia, a interpretação de se fixar a competência exclusivamente pelo domicílio do autor se conflita com o artigo 101, I, CDC.

A única interpretação que aqui se entende como apta a preservar a eficácia das duas normas legais é a de que a competência, tanto a prevista no artigo 101, do Código de Defesa do Consumidor quanto a prevista no artigo 4º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais são relativas. Primeiro, porque o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 9.099/95 aduz ser possível aplicar o inciso I do referido dispositivo legal em qualquer hipótese, estabelecendo ser possível propor ações no foro do domicílio do réu ou do autor indistintamente. Segundo, porque a interpretação do artigo

101, I, da Lei nº 8.078/90 convergem para a mesma conclusão, qual seja, a de que o consumidor pode propor ações no foro do seu domicílio ou no domicílio do réu.

É o mesmo pensamento esposado pelo jurista Fredie Didier (2015; p.220), já transcrito neste artigo, em que se afirma que a regra do art. 101, I, do CDC foi instituída em benefício do consumidor e se trata de competência relativa.

As normas do CDC e da Lei nº 9.099/95 são, portanto, harmônicas e qualquer interpretação que estenda ou restrinja o sentido de uma destas normas causará a ineficácia da outra norma.

Ademais, veremos que não há fundamentos doutrinários ou legais para concluir que a competência dos foros regionais seja funcional, ou, absoluta.

5. Da competência dos Juizados Especiais insertos nos Foros Regionais

5.1 Da natureza da competência dos foros regionais

Conforme visto, parte da doutrina processualista pátria afirma que a competência dos foros regionais é funcional e, portanto absoluta. Tal assertiva funda-se no argumento de que as normas que organizam o serviço de administração da justiça são de interesse público, sendo, pois, inafastáveis pela vontade das partes.

O argumento para entender que a competência dos foros regionais é absoluta deriva do fundamento da ordem pública, da melhor distribuição da justiça.

Tal argumento, *data venia*, é insubsistente e destoante da realidade.

Vale a pena transcrever a crítica do professor DIDER ao pensamento de que "*...há quem entenda que, quando fixada para que o órgão jurisdicional possa mais bem exercer as suas funções, a competência territorial é funcional*" (DIDIER apud CHIOVENDA, 2015, p.219).

Em pertinente crítica, indaga Fredie DIDIER (2015, p.219):

"[...] Existe alguma regra de competência criada com a consciência de que o magistrado não exercerá da melhor maneira possível as suas funções? Por acaso podemos dizer que, quando se estabelece o foro do domicílio do réu como o genericamente competente (art.94, CPC), não objetivava o legislador que neste foro pudesse o magistrado exercer melhor as suas funções? [...]"

Atente-se para a fragilidade do argumento de que a competência dos foros regionais é absoluta porque nestes os juízes poderão exercer melhor sua função. Com efeito, como bem disse DIDIER, toda regra de competência é criada com o objetivo de que o órgão apontado como competente terá melhores condições que outro de analisar a demanda posta *sub judice*.

Frise-se que, ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal (STF) inclinar-se-á no sentido de que os foros regionais não detêm competência absoluta. É o pensamento que os doutrinadores depreendem da inteligência do enunciado n. 689 da Súmula da jurisprudência daquele tribunal. Senão vejamos.

Súmula n. 689. O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-membro.

Ora, sabe-se que as seções judiciárias correspondem ao território de um Estado-membro, sendo divididas aquelas em subseções, que não deixam de ser foros regionais. Contudo, o STF entendeu e sumulou que uma dada ação pode deixar de ser proposta no foro regional para ser proposta no foro do domicílio do réu (DIDIER, 2015, p.226).

Doutra banda, das lições doutrinárias pode-se concluir que a competência dos foros regionais jamais pode ser entendida como funcional, pois a competência funcional é a distribuição da competência dentro de um mesmo processo e depois de ajuizada uma dada ação.

De forma simples, a competência funcional é a distribuição de funções diversas a diferentes órgãos jurisdicionais dentro de um mesmo processo. Não há possibilidade de se denominar de funcional a competência que é fixada anteriormente à propositura de uma ação e que não visa a distribuir funções dentro de um mesmo processo. Conforme já sedimentou BARBOSA MOREIRA, em passagem citada em tópico anterior desta obra, este equívoco se deve ao alinhamento da doutrina brasileira ao pensamento de LIEBMAN, que trouxe da Itália o equívoco lá reinante neste ponto da teoria geral do processo. No entanto, a doutrina alemã leciona ser impossível chamar de funcional a competência que se baseia no território.

No caso dos foros regionais, não há quem questione que o critério utilizado para fixar a competência dos mesmos seja territorial. Muitas das vezes baseando-se no domicílio do autor da demanda.

Com estas considerações, admite-se até que a competência dos foros regionais seja territorial absoluta, mas nunca funcional.

Tem-se que verificar agora se a competência dos foros regionais é territorial relativa ou absoluta.

Sabe-se que, em regra, a competência territorial é relativa. Fazer da competência territorial absoluta é exceção que deve ser expressamente prevista.

Expôs-se, em momento anterior, que todas as vezes que o legislador quis criar competência territorial absoluta, ele o fez expressamente, interpondo, nos artigos de lei, a própria expressão "competência absoluta".

Outrossim, neste tópico já nos utilizamos da Súmula nº 689 do STF para demonstrar que a mais alta Corte brasileira entende que a competência de foros regionais federais, como o são as subseções judiciárias, não são absolutas, mas relativas.

Ato contínuo, um último argumento demonstra que a intenção do legislador não foi a de criar uma competência absoluta nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, sejam eles insertos nos foros regionais ou não.

O referido argumento se extrai da comparação entre a Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais com a Lei dos Juizados Especiais Federais. Esta, a lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001, em seu artigo 3º, §3º, reza o que segue: *“no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta”*.

Todavia, em momento algum, a Lei nº 9.099/95 afirma ser absoluta a competência dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, sejam eles insertos ou não nos foros regionais.

Costuma-se mal interpretar a competência dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais como sendo absoluta por conta do sentido que se empresta ao artigo 51, III, da Lei nº 9.099/95, que assim discorre:

“Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: [...]

III - quando for reconhecida a incompetência territorial; [...]”

Se ampara a doutrina que defende a competência funcional no fato de que o processo só se extingue sem resolução de mérito, com declaração de incompetência territorial, se reconhecida incompetência absoluta pelo juiz, de ofício, ou se alegada a incompetência relativa pelo réu e reconhecida pelo juiz.

No mínimo é esdrúxula a regra, pois em ambos os casos de incompetência, seja relativa ou absoluta, a solução legal e doutrinária para o caso sempre foi o envio dos autos ao juízo competente, com anulação dos atos decisórios, nos casos de incompetência absoluta, mas jamais a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 64, §3º, do CPC).

Ademais, o dispositivo não autoriza se realizar uma interpretação extensiva de que se trata de declaração de incompetência absoluta, nem que o artigo esteja relacionado à questão dos foros regionais, pois pode haver proposição de ações em Juizados que nada tenha a ver com foros regionais. Imagine-se apenas uma comarca em que inexistente foro regional. As causas conhecidas pelos Juizados Especiais Cíveis desta comarca jamais poderiam se utilizar do art.51, III, da Lei nº 9.099/95, então?

Não é a interpretação que melhor se afina ao espírito da Lei nº 9.099/95.

Não havendo, portanto, qualquer dispositivo legal que autorize a interpretação de que a competência territorial dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais seja absoluta, não pode o intérprete assim proceder, pois tal entendimento traz prejuízos a incidência de outras normas, bem como prejuízos, na prática, a alguns jurisdicionados, como o consumidor que prefere propor sua ação no foro do domicílio do réu, por razões, particularíssimas, de celeridade ou, reconhecido melhor entendimento de outro foro ao seu pleito, pois, como se sabe, isso é muito comum.

6. Considerações Finais

Ao cabo do presente estudo, foi possível revisitar as lições doutrinárias acerca do instituto da competência e seus conceitos, demonstrando e exemplificando seus critérios, os diferenciando de outros critérios, mormente, enfrentando-se a árdua distinção entre competência funcional e competência territorial absoluta, tudo com vistas a discutir de forma aprofundada e acurada a questão da competência das causas de consumo propostas nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais insertos nos foros regionais.

Com a metodologia da revisão bibliográfica, possibilitou-se ter ampla visão sobre os mais diversos posicionamentos no que concerne ao entendimento dos tribunais pátrios acerca da natureza da competência, tanto em causas individuais de consumo quanto nas mais diversas causas propostas nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, citando-se julgados do Superior Tribunal de Justiça, e dos Tribunais de Justiça da Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Minas Gerais dentre outros.

Além da pesquisa jurisprudencial, procedemos a uma apurada revisão bibliográfica doutrinária e legal, em diversos diplomas legislativos pátrios, como: o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Ação Civil Pública, a Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, a Lei dos Juizados Especiais Federais etc.

Após analisarmos as lições doutrinárias acerca do instituto da competência, bem como, especificamente, a partir das diferenciações tradicionalmente ofertadas entre os critérios de competência territorial e funcional, concluímos que a competência funcional é sempre determinada após o ajuizamento de uma dada ação, tendo como escopo distribuir funções aos mais diversos órgãos jurisdicionais dentro de um mesmo processo, não sendo possível ser fixada antes da propositura de uma ação. Este entendimento está correlato à doutrina processualista alemã. Todavia, muitos doutrinadores brasileiros seguem o pensamento de LIEBMAN, que, por sua vez, se ampara no pensamento de CHIOVENDA e da doutrina italiana, em geral, que não distingue os critérios de determinação da competência territorial do correspondente critério funcional, causando confusões na interpretação dos dispositivos legais que tratam destas competências.

Tal alinhamento à doutrina italiana tem gerado, no Brasil, incompreensões, ausência de técnica, confusões e criações *sui generis* de institutos jamais descritos na Teoria Geral do Processo, como o é a figura da competência territorial absoluta. Na doutrina alemã, essa figura é absolutamente teratológica, impossível.

Da análise dos dispositivos legais, percebemos que todas as vezes em que o legislador almejou criar uma nova hipótese de competência territorial absoluta o fez expressamente, com a utilização da expressão "competência absoluta", como é o caso de dispositivos insertos no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso e na Lei dos Juizados Especiais Federais. Contudo, esta expressão, ou qualquer outra que afirma ser absoluta a competência, não foi inserida na Lei nº 9.099/95. Ao contrário, a inteligência do parágrafo único do artigo 4º desta lei está a indicar competência de natureza territorial relativa, uma vez que confere ao autor a faculdade de ajuizar ações no foro do seu domicílio ou no do domicílio do réu, indistintamente.

A este primeiro argumento em favor da competência territorial relativa das causas que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, sejam ou não de consumo, damos o nome de argumento da reserva legal, em homenagem à regra expressa no artigo 5º, II, da Constituição Federal do Brasil.

Outrossim, ao analisar o artigo 101, I, da Lei nº 8.078/90, observamos que, apesar de o artigo estar inserido dentro de uma norma reconhecidamente cogente, de uma lei de ordem pública, ele conferiu uma faculdade ao consumidor de propor ações no foro do seu domicílio ou igualmente no domicílio do réu. E neste ponto, a jurisprudência é esmagadoramente majoritária. Esta, apesar de, em alguns tribunais, reconhecer a referida regra como de competência absoluta, não viu óbice a que o consumidor pudesse escolher entre o foro do seu domicílio ou o do réu. A este último, damos o nome de argumento da interpretação gramatical, pois tal entendimento abstrai-se do verbo “poder” inserto no artigo 101, I, da Lei nº 8.078/90, ou seja, poder indicar faculdade e não obrigatoriedade.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça que a seguem, encontramos algumas contradições e atecias doutrinárias, uma vez que muitas vezes os magistrados reconhecem como absoluta uma dada competência, com possibilidade de reconhecimento da incompetência de ofício, mas afirmam, inexplicavelmente, que o consumidor pode escolher entre ajuizar a ação no seu domicílio ou no domicílio do réu, e mesmo, que o consumidor teria a possibilidade de renunciar ao benefício instituído exclusivamente em seu favor, ou seja, é contraditório reconhecer uma competência como absoluta e ao mesmo tempo reconhecer a possibilidade de escolha ou modificação da mesma, traço marcante das competências relativas.

Traçando um panorama expressivo e específico do que encontramos nos julgados dos tribunais pátrios pesquisados, chegamos às seguintes conclusões: I - Há tribunais em que impera, jurisprudencialmente, o entendimento de que a competência para conhecer das causas individuais de consumo deve ser fixada em razão do domicílio do consumidor, nos termos do art.101, I, do CDC, sendo que esta regra estabelece uma competência absoluta, uma vez que o CDC é lei de ordem pública que visa a proteger o hipossuficiente (consumidor); II - Há tribunais em que é uníssono exatamente o entendimento contrário, qual seja, o de que a hipótese do art.101, I, do CDC normatizou regra de competência relativa, podendo ser livremente disposta pelo consumidor, sendo impossível ao magistrado declarar sua incompetência de ofício, se a causa não for proposta no domicílio do consumidor; III - Há tribunais em que o

entendimento é divergente, havendo quem entenda que o art.101, I, do CDC fixou competência relativa e quem entenda que o dispositivo legal fixou competência absoluta; IV - Há julgados que, curiosamente, afirmam que embora a competência seja sempre absoluta (no caso do art.101, I, CDC), e esta competência tenha sido fixada para facilitar a defesa do consumidor em juízo, este não pode escolher onde ajuizar uma demanda, devendo necessariamente propor ações no foro do seu domicílio. É uma contradição com a *ratio essendi* da norma; V - O entendimento que afirma ser relativa a competência insculpida no art.101, I, CDC é majoritário nos tribunais de justiça do Brasil. Contudo, o entendimento seguido por algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça é de que a referida competência é absoluta. Isso não significa dizer que o STJ sempre entende que o consumidor não possui a faculdade de ajuizar a demanda no domicílio do réu. Ao contrário, demonstramos que há ministros que, apesar de entenderem que a competência insculpida no artigo 101, I, da Lei nº 8.078/90 ser absoluta, o consumidor pode propor a ação utilizando-se da regra geral das leis instrumentais, ou seja, no foro do domicílio do réu. Ao não ler as especificidades dos casos analisados pelo STJ, os magistrados das instâncias inferiores acabam aplicando o entendimento do STJ sem qualquer temperamento e retirando a faculdade conferida ao consumidor no dispositivo consumerista supramencionado.

Nesta mesma esteira, uma vez que os próprios tribunais reconhecem que nas competências relativas é possível às partes modificarem as regras de competência, vemos nesta última observação dois argumentos: o da orientação jurisprudencial majoritária em prol da competência territorial relativa e o do reconhecimento doutrinário de que a utilização do critério territorial gera competência relativa.

Findas estas considerações, posicionamo-nos no sentido de que ao consumidor assiste a faculdade de propor ações seja no seu domicílio seja no domicílio do réu, independentemente de existir em seu domicílio um foro regional, uma vez que esta criação não tem o poder de derogar a faculdade legal instituída em seu favor no artigo 101, I, da Lei nº 8.078/90.

Para se obter tal conclusão nos utilizamos de interpretação gramatical, de interpretação jurisprudencial majoritária, de interpretação doutrinária, com especial inclinação para a corrente doutrinária processualista alemã, de interpretação legal e constitucional e de

interpretação teleológica, tendo em vista que, com exemplos práticos, demonstramos que nem sempre a tramitação de ações no foro do domicílio do consumidor respeita o princípio do acesso à justiça, em sua acepção substancial, ou seja, na acepção que deve respeitar a celeridade, a isonomia e o acesso à ordem jurídica justa, bem como, temos que concluir que nem sempre a proposição de ações no foro do domicílio do consumidor leva à facilitação da defesa dos seus direitos.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Presidência da República. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em 28mai.2018.

BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001**. In: Presidência da República. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em 28mai.2018.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. In: Presidência da República. Legislação República Brasileira. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 28mai.2018.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. In: Presidência da República. Legislação República Brasileira. Brasília, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em 28mai.2018.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. In: Presidência da República. Legislação República Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 28mai.2018.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. In: Presidência da República. Legislação Republica Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 28mai.2018.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. In: Presidência da República. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em 28mai.2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. In: Presidência da República. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28mai.2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18ª ed. rev. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v.1.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Competência no Processo Civil. **Material da 5ª aula da disciplina Processo de Conhecimento, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Processual Civil** - Anhanguera-Uniderp|Rede LFG, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11ed. rev.ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. V. 01. 17ed. — Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo. Curso de processo civil**.— 2.ed.rev.atual.São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, V.1.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo : Método, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. – 25ª ed. rev.atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, v.1.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência STJ**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil –** Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. **Jurisprudência TJPB**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. **Jurisprudência TJMS**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Jurisprudência TJMG**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Jurisprudência TJSC**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. **Jurisprudência TJES**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Jurisprudência TJRJ**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Jurisprudência TJRN**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Jurisprudência TJRS**. In: DVD Lex Magister. Ed. Magister Ltda. Versão 3.11.03.12. Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 25jul.2012.

FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL

FAUSTO DE SOUSA: Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA

(Orientadora)^[1]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir sobre o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil. A pesquisa busca apresentar na primeira parte - breve apanhado histórico das eleições no Brasil, em seguida o sistema normativo bem como os tipos de financiamento e as alterações decorrentes das Leis nº 13.487/2017 (Lei que estabelece o Fundo Especial de Financiamento de Campanha - FEFC), 13.488/2017 (Lei que estabelece a Minirreforma Eleitoral), e o julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, explana sobre o Fundo Partidário. No presente trabalho utilizou-se a metodologia de pesquisas bibliográficas e normativas, trazendo opiniões de pesquisadores e doutrinadores. Empregou-se o método teórico bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Financiamento de campanhas eleitorais no Brasil; Fundo Partidário; Fundo Especial para Financiamento de Campanha.

ABSTRACT: This article aims to discuss the financing of electoral campaigns in Brazil. The research seeks to present in the first part - brief historical record of the elections in Brazil, then the normative system as well as the financing types and the changes arising from Laws 13,487/2017 (Law establishing the Special Fund for Campaign Financing - FEFC), 13.488 / 2017 (Law establishing the Electoral Mini-Reformation), and the judgment of ADI 4.650 by the Federal Supreme Court. Finally, explain about the Partisan Fund. In this study we used the methodology of bibliographic research and standards, bringing reviews of researchers and scholars. Employed theoretical bibliographic method.

KEYWORDS: Financing of electoral campaigns in Brazil; Partial Background; Special Fund for Campaign Funding.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. PANORAMA HISTÓRICO DO FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL. 3. SISTEMA NORMATIVO DO FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL. 3.1. Alterações decorrentes das Leis nº 13.487/2017 (Lei que estabelece o fundo especial de financiamento de campanha - FEFC) e 13.488/2017 (Lei que estabelece a minirreforma eleitoral). 4. FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL. 4.1. Fundo partidário e sua finalidade. 4.2. Fundo especial de financiamento de campanha – FEFC. 4.3. Financiamento privado de campanha eleitoral. 4.4. Financiamento misto de campanha eleitoral. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Nas campanhas eleitorais no Brasil, de um modo geral - o dinheiro exerce grande influência no processo eleitoral trazendo enormes consequências, como: a desigualdade de oportunidades entre os candidatos, o abuso de poder econômico nas disputas das eleições, corrupção, caixa dois, favorecimento de doadores de campanha, dentre outros.

Não é raro que partidos políticos de grandes coligações partidárias elejam representantes por meio dos recursos advindos de financiamentos de campanhas, sejam apontados em receberem doações empresariais, que depois de eleger seus candidatos aos cargos políticos, dão vantagens e privilégios ilícitos aos interesses dos seus financiadores de campanha, em detrimento dos interesses da sociedade.

O recente caso da operação lava jato é exemplo - onde a Polícia Federal investigou e desfez o esquema em que grupos de empresários doaram legalmente para campanhas eleitorais com o objetivo de ter em troca favorecimento nas licitações públicas. Estas situações políticas afetam a credibilidade dos partidos, provocando insatisfação da população, colocando a sociedade brasileira a questionar sobre a ética política dos

financiamentos permitida em lei bem como, nos diversos setores da sociedade, prejudicando a imagem do Brasil interna e externamente.

Nesta perspectiva, o artigo tem como objetivo compreender os tipos de financiamentos de campanhas eleitorais, apontando as alterações trazidas com o advento das Leis 13.487/2017 (Lei que estabelece o Fundo Especial de Financiamento de Campanha - FEFC), 13.488/2017 (Lei que estabelece a Minirreforma Eleitoral) - o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil e interpretadas como uma resposta pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Por fim, propõe o estudo sobre Fundo Partidário.

2. PANORAMA HISTÓRICO DO FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL

Durante a evolução do Estado Brasileiro, as eleições foram alteradas de todas as formas possíveis.

A palavra voto abrange tanto o direito de votar e como o de ser votado. Do Brasil Colônia ao Estado Democrático de Direito houve inúmeras alterações, sendo importante a criação da Justiça Eleitoral em 1932.

No período Colonial e império: 1532-1889, as eleições no Brasil foram marcadas por grandes e importantes momentos de nossa história na formação de nossa nação.

Segundo Cajado, Dornelles, Pereira (2014), a história das eleições, o direito de votar e de ser votado teve uma ampliação e restrição. Foi também instrumento para exercício da cidadania para as camadas da população mesmo sendo por meio de coerção de alguns setores sociais. Diante das mudanças que houve no período Colonial para Império e depois de Império para República não necessariamente representou um avanço no exercício pleno dos direitos políticos.

Os colonizadores portugueses mal pisavam o território americano, logo realizavam votações para eleger os que iriam governar as vilas e cidades que

fundavam, obedecendo à tradição portuguesa de escolher os administradores de seus povoados. Vários cargos eram preenchidos nestes pleitos, dentre eles: vereador, juiz ordinário, procurador e outros oficiais.

A primeira eleição de que se tem notícia definiu os membros do Conselho Municipal da Vila de São Vicente¹ – atual São Paulo – em 1532 e ocorreu conforme as determinações das Ordenações do Reino. Quem podia votar? Só os homens bons tinham o direito de poder escolher os administradores das vilas. Na época do Brasil Colônia, eram homens bons os nobres de linhagem, os senhores de engenho, e os membros da alta burocracia militar, a esses se acrescentando os homens novos, burgueses enriquecidos pelo comércio (CAJADO, DORNELLES, PEREIRA, 2014, p. 11).

Para Barreiros Neto (2009), no período Imperial em 1822, as eleições no Brasil foram realizadas ocorrendo à independência política de Portugal, tornando-se uma instituição da monarquia que prevaleceu até 1889. Para Backes, (2001, p. 4) “o período do Império, eram realizadas eleições para a Câmara dos Deputados, Senado e Câmaras Municipais o Imperador detinha o Poder Moderador e era o chefe do Poder Executivo; os Governadores de Província eram indicados”.

Conforme Backes, (2001), não é encontrada na Constituição de 1824, nem nos inúmeros decretos que regulamentaram as eleições deste período, nenhuma disposição relacionada a financiamento de partidos ou eleições, nem nenhum tipo de regulamentação partidária.

Nas eleições na República Velha de 1889 a 1930, Souza (2015), afirma que o ano 1889 marcou o fim do voto censitário^[2], e iniciada a chamada República Velha (1889 a 1930). Porém, ainda continuava sob as mãos de poucos o poder do voto, em que os analfabetos – que era maioria – e as mulheres não podiam votar. A alteração na forma de governo de Monarquia para República, não contribuiu em nada e nem apregoou a instituição de um regime democrático livre do domínio do poder econômico.

Conforme Backes, (2014, p.4) “não encontramos na Constituição de 1891 e na legislação eleitoral do período disposições relativas ao funcionamento ou ao financiamento de partidos ou campanhas”.

Nas eleições da Revolução de 30 ao Estado novo (Era Vargas), 1930 a 1945, conforme afirma Barreiros Neto (2009), a República Velha motivada pela crise econômica mundial em razão da quebra da Bolsa de Nova York e pela crescente industrialização chega ao fim à chamada “República do café-com leite”, iniciando-se o Estado Novo.

Segundo Cajado, Dornelles, Pereira (2014), nesse período de ruptura institucional, colaborou para que houvesse grandes consequências nacionais – dentre elas a moralização das eleições - foi nesse contexto que nasceu a Justiça Eleitoral.

Segundo Backes (2014) observa que a bandeira revolucionária de 30, além da criação da Justiça Eleitoral, que normatizava a organização de fiscalizar o processo eleitoral e condicionar a luta pela o fim das fraudes eleitorais, trouxe medidas a tornar as eleições mais representativa, em um sistema proporcional e também a conquista da participação das mulheres pelo o direito do voto.

Segundo Boris (1995), com o Golpe de 1930, terminou o domínio das oligarquias. Getúlio Vargas chegou à presidência do Brasil, assumindo em outubro de 1930, onde governou o Brasil de forma que, através de um golpe com apoio de setores militares, permaneceu no poder até 1945.

Nas eleições no fim do Estado Novo ao Golpe de 64 (1946 a 1964), segundo Souza (2015), os princípios democráticos e sociais que houveram sido consagrado pela Constituição de 1934 e que haviam sido abolidos pelo o Estado-Novo foram trazidos novamente pela a nova Carta Magna.

Nesse período também ocorreram às eleições para Presidente da República com a consagração do sufrágio universal, onde [...] os candidatos agora precisariam concorrer filiados a um partido, que deveria possuir registro no tribunal Superior Eleitoral (TSE) e, para tal, os partidos necessitavam ter, no mínimo, 10 mil eleitores distribuídos por, ao menos, 5 (cinco) circunscrição eleitorais”. (NICOLAU, 2012, p.89).

Neste Sentido, bem observa Barreiros Neto (2009) que nesse período democrático, ainda poderia se verificar uma grande instabilidade política no Brasil. No ano de 1950, Getúlio Vargas, é eleito democraticamente, presidente da república. Setores oposicionistas, liderados por alguns

partidos democráticos tentaram por quase vinte anos, impedir a posse do presidente. Em meio a uma grande crise política, Getúlio Vargas se suicida, em 24 de agosto de 1954, adiando, em dez anos, o golpe militar que terminaria ocorrendo em 1964.

Nas eleições no Regime Militar (1964-1985), informa Backes (2001, p. 5) que se compreende a época do período entre 1964 a 1985, todo o período do regime militar houve eleições, ainda que fortemente restringidas pela legislação autoritária, que impedia o livre funcionamento e organização dos partidos políticos, continuando que os partidos eram vistos como órgãos da esfera pública, e não privada, sendo por isto regulamentada por lei toda sua organização interna (BACKES, 2001, p. 5).

Ainda neste sentido ensina Nicolau que, no Regime Militar, os presidentes-militares e governadores eram referendados por eleições legislativas. O pluripartidarismo deu lugar ao bipartidarismo, onde havia o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que fazia oposição ao regime, e a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), partido de apoio ao regime. Senadores, deputados federais e estaduais, prefeitos e vereadores continuaram sendo eleito pelo voto direto. Governadores eram eleitos pela Assembleia Legislativa dos Estados e os prefeitos das capitais eram escolhidos por estes (NICOLAU, 2012, p. 107).

Como bem observa Barreiro Neto (2009) Tancredo Neves é eleito, em 15 de janeiro de 1985, sendo o primeiro presidente civil brasileiro em 21 anos por um Colégio Eleitoral, derrotando o candidato seu adversário da situação, Paulo Salim Maluf. Em 15 de março daquele mesmo ano, véspera de sua posse, Tancredo é internado em estado grave de saúde no Hospital, em São Paulo, vítima de uma suposta diverticulite. Em 21 de abril Tancredo Neves morre e José Sarney é efetivado como o novo Presidente do Brasil, dando início ao período conhecido como Nova República.

No concernente às eleições na Nova República a redemocratização no Brasil, Backes (2001, p. 6) esclarece que a partir da década de 80, constata-se um grande crescimento do eleitorado brasileiro, que ultrapassa a marca de 50% da população.

Para Cajado, Dornelles, Pereira (2014) com o fim do Regime Militar o processo da transição democrática, as elites políticas autoritárias idealizaram de forma inevitável à medida de uma abertura gradual de transição, afim de que se aumentava o número daqueles que pressionavam

e ansiavam pela mudança. Foram três forças atuantes para que se fosse possível que acontecesse as diretas já: a crise no reconhecimento da legitimidade do regime (em decorrência da crise econômica); a eleição de governadores opositores em 1982; e a maior manifestação de massas no Brasil: as campanhas pelas Diretas.

E continua afirmando que foi um movimento em favor de eleição direta para o cargo de presidente. Foram feitas manifestações públicas (comícios e passeatas) em várias cidades brasileiras ao longo do ano de 1983 e 1984, que mobilizaram mais de 5 milhões de pessoas. Um dos objetivos pontuais era pressionar a aprovação da Emenda Dante de Oliveira pelo Congresso. A emenda acabou sendo refutada em abril de 1984, mas o impacto se fez sentir. Em 1985 Tancredo Neves, candidato do partido de oposição ao governo, foi eleito com a ajuda de desertores do partido governista. Isso acabou ocasionando um processo de denúncia de infidelidade partidária (A) junto ao TSE, que a julgou improcedente.

Pondera que a situação política era tensa e Tancredo escondia estar doente. Temia que oportunistas e militares linhas-duras não passassem o poder ao vice que havia sido eleito. Na véspera da posse, a doença se torna insuportável e Tancredo é internado. Isso gerou a primeira crise constitucional após o Regime Militar: estando o presidente eleito, mas não empossado, quem o substituiria? O vice, José Sarney, ou o presidente da Câmara, Ulysses Guimarães? A solução foi encontrada em Sarney, que era dissidente do partido governista, e assumiu a Presidência no momento da transição democrática. República A duração do mandato presidencial já passou por muitas variações desde que o cargo foi criado. Considerando somente o período mais recente, ele foi definido em quatro anos na Constituição de 1967 (Art. 77, § 3º). Essa duração se manteve até 1977, quando a Emenda Constitucional nº 8 (de 14.4.1977) alterou para seis anos o tempo de permanência do presidente no cargo. Sarney foi eleito em 1985 e durante seu mandato foi promulgada a nova Constituição, que estabeleceu o período de cinco anos para os próximos mandatos (CAJADO, DORNELLES, PEREIRA, 2014, p. 59-60).

Barreira Neto, (2009, p.3) explica que após as eleições de 1986, nas quais o povo elege seus representantes naquele colegiado que daria uma nova Constituição ao país, é realizada, em 1º de fevereiro de 1987, no

plenário da Câmara dos Deputados, a sessão de instalação da Assembleia Nacional Constituinte.

Em 1989, ano das primeiras eleições diretas para presidente depois da ditadura, e após a promulgação da constituição de 1988 - Miranda (2014) afirma que finalmente as reivindicações das diretas se tornaram realidade. Depois de quase 30 anos sem votar para presidente da República, os brasileiros puderam escolher em quem votar para candidatos ao posto mais alto do Executivo, foram 22 candidatos que estavam concorrendo a eleição, um número recorde. Ao total “[...] 72 milhões de eleitores foram às urnas para eleger o presidente da República [...]” (G. KINZO, p. 9).

Todos estes fatos foram desafios enfrentados por um regime ainda em processo de consolidação. Ao longo desses anos, eleições dos mais diferentes tipos e para os mais variados cargos continuaram a ocorrer com regularidade e com razoável grau de incerteza quanto aos resultados, indicando a vitalidade da democracia no que ela contém de controle popular sobre o exercício da representação política. Por outro lado, montanhas de escândalos de corrupção têm recheado as páginas dos jornais; denúncias de violência e atentado aos direitos da cidadania têm sido noticiadas diariamente; erupções de protestos e mobilizações de diferentes naturezas têm ocorrido em vários pontos do país. Eventos como estes tornaram-se parte do dia-a-dia da vida democrática brasileira, que, a despeito desses problemas, obteve conquistas significativas. (G. KINZO, p. 9)

Segundo Souza (2015), a democracia brasileira faz grandes mobilizações, assim traz grandes conquistas ao nosso território, porém, na maioria das vezes faz coisas absurdas, sobre casos de corrupção, que herdam das práticas patrimonialistas e coronelistas.

3. SISTEMA NORMATIVO DO FINANCIAMENTO ELEITORAL NO BRASIL

Para Oliveira, Apolinário (2015), a regulamentação das normas do poder econômico sobre as eleições no Brasil, por muito tempo não foram observadas.

Dessa forma, a interferência do dinheiro ao financiamento das campanhas Eleitorais ocorria de forma desregrada, talvez pela própria realidade social e econômica do país que não clamava por tal disciplina.

Dessa forma, havendo mudança na sociedade o direito também mudou. E assim, com o fim da República Velha e a primeira parte da era Vargas, a industrialização no Brasil deu um salto, e com isso, o poder econômico passou a ter mais força em nossa sociedade.

Conseqüentemente, a lei começou a se movimentar no sentido de fiscalizar e controlar o poder econômico, elemento que na época já tinha bastante incidência nos setores da vida social brasileira. A Carta Magna de 1934, ao dar valor constitucional para a Justiça Eleitoral e ao destinar no corpo do seu texto uma seção específica para essa, abriu grandes portas para uma maior regulamentação do processo eleitoral, inclusive no que tange à influência do dinheiro". (OLIVEIRA, APOLINÁRIO, 2015, p.5)

Como assinala Oliveira (2014), a primeira norma estabelecendo a regra que tratou especificamente do financiamento político-partidário no Brasil foi o Decreto-Lei nº 9.258/46, que proibia o recebimento de apoio financeiro proveniente de qualquer fonte estrangeira, pois naquela época havia um crescimento dos partidos de viés comunista no Brasil.

Na lição de Dutra (1963) citado por Speck (2012), afirma que antes da década de 50, o financiamento nas competições políticas não era considerado de responsabilidade do Estado. Apenas a partir de 1950 o tema do financiamento de eleições começa a ser debatido no cenário político, na época a legislação sobre o financiamento político no Brasil passa, a vigorar, sendo estabelecidas regras para as disputas eleitorais. Tonial, Oliveira (2014) ainda nos ensina que em 1950 com o advento do

código eleitoral, eram os próprios partidos os responsáveis pela organização das finanças.

Neste entendimento, pela primeira vez o financiamento de campanhas eleitorais é disciplinado de forma explícita pela legislação brasileira, sendo que o Código Eleitoral de 1950 (Lei n. 1.164, de 24 de julho de 1950) estabeleceu a fiscalização das contas dos partidos pela Justiça Eleitoral, a obrigatoriedade do rigoroso registro das receitas e despesas partidárias e a vedação do recebimento de contribuições de entidades estrangeiras, autoridades públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos (MACHADO, 2008, citado por OLIVEIRA, APOLINÁRIO, 2015, p. 5).

Santos (2016) destaca que durante este regime ditatorial, o Código Eleitoral foi substituído pela Lei nº 4.737/1965, vigorando até os dias de hoje. De acordo com Apolinário (2015), nesse regime muito embora com o objetivo de impedir a democracia, além da criação da Lei nº 4.737/1965 que foi muito significativa para o financiamento de campanhas eleitorais, também foi criada a Lei de Organização dos Partidos de nº 4.740/1965, e posteriormente revogada pela a Lei Orgânica dos Partidos Políticos de nº 5.682, criada em 21 de Julho de 1971, e que também foi revogada pela Lei nº 9.096, de 1995.

Segundo o referido autor, a importante inovação trazida pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos é que, a partir dela, o sistema de financiamento de campanhas eleitorais no Brasil passou a ser misto (público e privado), que é o sistema vigente até os dias de hoje. Tal mudança ocorreu devido à introdução do "Fundo Partidário". Além disso, transformou os partidos políticos em pessoas jurídicas de direito público interno (OLIVEIRA, APOLINÁRIO, 2015, p.6).

Com o fim da censura imposta pela ditadura militar, houve no Brasil a o processo de redemocratização, assim compreendeu Corrêa (2015) que uma série de medidas foram de forma progressiva ampliando novamente as garantias individuais e a liberdade de imprensa até chegar a eleição do primeiro presidente civil após 21 anos de ditadura militar.

Santos (2016) explica que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a edição de duas leis de extrema importância sobre a matéria de legislação eleitoral: Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995 e Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, ambas vigorando até hoje. Com essas

duas leis aumentou-se a fiscalização e limitou-se às doações de pessoas físicas e jurídicas.

Ainda segundo Santos (2016, p.36) em 2002, a Resolução do TSE nº 20.987/02 indicou quais as fontes de recursos que seriam permitidas para o financiamento das campanhas eleitorais, quais sejam: doações de outros candidatos, comitês financeiros ou partidos.

Para Tonial, Oliveira (2014, p. 110), a Lei 11.300/2006 proibiu doações de entidades beneficentes e religiosas, entidades esportivas que recebam recursos públicos, organizações não-governamentais que recebam verbas públicas e das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). O TSE elaborou as resoluções nº 22.715/2006 e nº 23.217/2010, que disciplinam a proibição de doações por cooperativas, cartórios e serviços notariais por todos os tipos de entidades desportivas, não somente as que recebem auxílio de verbas públicas.

No entender de Oliveira e Apolinário (2015, p.7) mais recentemente, legislando sobre a mesma matéria, as Leis 12.034, de 29 de setembro de 2009 e 12.891, de 11 de dezembro de 2013, as quais não trouxeram grandes inovações na forma de financiamento das campanhas eleitorais.

Entretanto, nestes termos bem disciplina Santos (2016), que recentemente foi sancionada a Lei nº 13.165 de 2015, onde promoveu várias reformas no processo eleitoral, com destaque nas alterações sobre o financiamento de campanhas, estabelecendo limites de gastos e diminuindo o tempo de campanha.

3.1. Alterações decorrentes das Leis nº 13.487/2017 (Lei que estabelece o fundo especial de financiamento de campanha - FEFC) e 13.488/2017 (Lei que estabelece a minirreforma eleitoral)

A Lei 13.487/2017 promulgada em 10 de outubro de 2017 alterou as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e 9.096, de 19 de setembro de 1995, para instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e extinguir a propaganda partidária no rádio e na televisão (CAVALCANTE, 2017), cuja importante alteração trazida pela supramencionada lei foi à extinção da propaganda partidária no rádio e na televisão, conforme artigo 5º desta lei. (CAVALCANTE, 2017).

Para tanto, faz-se necessário entender o conceito de propaganda partidária, que nas palavras de Olivar Coneglian:

A propaganda político-partidária busca discutir temas sociais, programas ou metas do partido e tem o objetivo de conquistar simpatias para as cores partidárias ou para posições tomadas pelo partido em relação a questões sociais, políticas, filosóficas, econômicas, trabalhistas. (CONEGLIAN, p. 195, 2014)

Outro ponto importante é a alteração no prazo de existência para determinado partido político concorrer às eleições, uma vez que a exigência anteriormente era de um ano e com a alteração ficou reduzido a seis meses (CAVALCANTE, 2017):

Art. 4º Poderá participar das eleições o partido que, até seis meses antes do pleito, tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, conforme o disposto em lei, e tenha, até a data da convenção, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017)

Também o domicílio eleitoral para os candidatos concorrerem às eleições também foi reduzido pela metade, de um ano para seis meses. No tocante ao conceito de domicílio eleitoral o próprio Tribunal Superior Eleitoral traz uma definição. (CAVALCANTE, 2017)

“Para o Código Eleitoral, domicílio é o lugar em que a pessoa mantém vínculos políticos, sociais e econômicos. A residência é a materialização desses atributos. Em tal circunstância, constatada a antiguidade desses vínculos, quebra-se a rigidez da exigência contida no art. 55, III”. (TSE. Ac. 4.769, 2.10.2004)

Por sua vez, questionou-se via Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da OAB para que fosse declarada a inconstitucionalidade parcial de alguns dispositivos das Leis Lei 9.504/97 e 9.096/95, em face dos dispositivos que autorizam doações de empresas a candidatos e a partidos políticos.

A fundamentação utilizada foi a que de o poder econômico nas eleições gera desigualdade política, uma que vez aumenta a influência dos ricos do Estado, além de boicotar o candidato que tem um menor poder econômico (FERNANDES, 2016).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que, dos dispositivos que autorizam doações de empresas a candidatos e a partidos políticos são inconstitucionais, uma vez tais doações não são compatíveis com a cidadania e o regime democrático de direito (FERNANDES, p. 19, 2016).

Além disso tal proibição não prejudicará a vida dos partidos políticos, pois todos partidos tem acesso ao recursos do fundo.

4. FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL

O Financiamento exclusivo público de campanha eleitoral implica no que foi abordado na ADI 4.650, visto que pessoa jurídica não exerce cidadania, e as doações implicariam em uma maior influência na organização do Estado.

Neste sentido para Oliveira:

Não é difícil concluir que nenhuma sociedade empresarial é naturalmente altruísta a ponto de doar recursos a um candidato por mero apoio ideológico ou por compatibilidade de ideais. As sociedades empresariais têm como propósito principal a busca do lucro, o que, por si só, indica o objetivo maior do financiamento privado de campanhas políticas. (OLIVEIRA, 2015)

Tais alterações implicam em alguns desafios, como o de conciliar a proporção dos recursos com as campanhas e a representatividade.

Outro desafio é a fiscalização para a averiguar se realmente as empresas não estão fazendo o chamado caixa-dois, contas bancárias internacionais, em que as campanhas são financiadas informalmente (RUBIO, 2005). Deste modo, faz-se necessário recrudescer penalidades para quem receber recursos ilícitos.

4.1. Fundo partidário e sua finalidade

Parte das campanhas eleitorais é financiada com o dinheiro público, chamado de Fundo Partidário, criado em 1965. Seu objetivo é garantir aos partidos políticos autonomia financeira.

Os recursos são advindos, segundo o TSE da União, de multas, penalidades, doações, dentre outros. Os partidos recebem os recursos do Fundo Partidários todos os meses, tais recursos são divididos em duodécimos e multas eleitorais de acordo com o montante recebido no mês anterior. Todos os partidos políticos devidamente registrados no TSE tem o direito de receber determinado percentual do fundo. (BLUME, 2017)

A Lei 9.096/95 dispõe sobre o modo como deverá ser utilizados por cada partido seus recursos, dos quais 20% serão utilizados para a manutenção e/ou criação de institutos ou fundações de pesquisas, 5% para promover a participação da mulher e o restante se utiliza para despesas do dia-a-dia, eventos e campanhas, de forma discricionária de cada partido, no entanto há limites com o pessoal, de 50% para diretórios nacionais e 60% para os estaduais.

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 17 a obrigação dos partidos políticos de prestarem contas à Justiça Eleitoral.

Tal obrigatoriedade de prestação de contas é exigida anualmente dos partidos políticos, a Lei nº 9.096/95 também disciplina em seu Capítulo I do Título III. (BRASIL, LEI Nº 9.09/1995.)

O trâmite para elaboração e entrega da prestação de contas dos partidos políticos está disciplinado na Resolução-TSE nº 23.464/2015, em seu artigo 18:

Art. 18. A comprovação dos gastos deve ser realizada por meio de documento fiscal idôneo, sem emendas ou rasuras, devendo conter a data de emissão, a descrição detalhada, o valor da operação e a identificação do emitente e do destinatário ou dos contraentes pelo nome ou razão social, CPF ou CNPJ e endereço.

§ 1º Além do documento fiscal idôneo a que se refere o caput deste artigo, a Justiça Eleitoral pode admitir, para fins de comprovação de gasto, qualquer meio idôneo de prova, inclusive outros documentos, tais como:

- I - contrato;
- II - comprovante de entrega de material ou da prestação efetiva do serviço;
- III - comprovante bancário de pagamento; ou
- IV - Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações da Previdência Social (GFIP)

4.2. Fundo especial de financiamento de campanha - FEFC

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC foi criado pela Lei nº 13.487/17 e complementado pela Lei nº 13.488/17 nas quais é disciplinado o financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos (KUFA, KUFA, RAMAYANA, 2017).

Entre várias mudanças advindas da Lei 13.487/2017, não menos importantes, o enfoque do presente artigo refere-se ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, trazidos pelos artigos 16-C e 16-D.

Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente:

I - ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos em lei;

II - a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso

II do § 3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017.

No que tange os recursos angariados com o referido Fundo, o artigo 16-D dispõe a modo como serão distribuídos no primeiro turno das eleições entre os partidos políticos:

I - 2% (dois por cento), divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III - 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;

IV - 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

No parágrafo segundo do mesmo artigo, o requisito para o candidato obter referido recurso, é a realização formal de requerimento escrito endereçado ao seu respectivo órgão partidário (KUFA, KUFA, RAMAYANA, 2017).

Os limites dos gastos com as campanhas eleitorais também passam a ser definidos por Lei, antes definidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) com base parâmetros nos delimitados em Lei. Agora que os gastos são definidos em lei, de acordo com a redação do artigo 18, cabe a TSE apenas divulgá-los.

Os limites com os gastos de recursos foram fixados pelos artigos 6º e 7º da Lei 13.488/17 – Lei que Estabelece a Minirreforma Eleitoral.

De acordo com a redação dada pelo artigo 6º, o limite de gastos na campanha dos candidatos às eleições de Governador e Senador em 2018

será definido de acordo com o número de eleitores de cada unidade da Federação apurado no dia 31 de maio de 2018, nos termos previstos neste artigo. (LEI 13.488/2017)

Já o artigo 7º estabelece o teto dos gastos de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) para as campanhas dos candidatos às eleições de Deputado Federal e R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para as campanhas dos candidatos às eleições de Deputado Estadual e Deputado Distrital. (CRISTALDO, 2017)

Heloísa Cristaldo ainda cita as regras para aplicação dos recursos:

O PL estabelece o total de R\$ 70 milhões como limite para gastos de campanha nas eleições presidenciais, em primeiro turno. Caso haja segundo turno, o valor estabelecido será 50% desse recurso.

(...)

No entanto, a liberação desses recursos fica condicionada ao registro da candidatura. Caso não seja efetivado o registro, os valores deverão ser devolvidos. (CRISTALDO, 2017)

Sobre a prestação de contas, a Lei 13.488/17 acrescentou dois parágrafos, em que o parágrafo quarto - A, dispensa apresentação de recibo eleitoral, e estabelece que, sua comprovação deverá ser realizada por meio de documentação bancária que identifique o CPF do doador. Outro parágrafo inserido foi o 8º, ainda do artigo 23 permitindo que as doações sejam realizadas em qualquer instituição financeira. O parágrafo 9º trouxe uma inovação nas modalidades de doação, com a possibilidade das doações serem realizadas com cartão de crédito e débito. (Lei 13.488, de 6 de Outubro de 2017).

4.3. Financiamento privado de campanha eleitoral

Sobre as doações para financiamento das campanhas eleitorais, o artigo 23 da lei 9.504/97 trata sobre as doações realizadas por pessoas físicas, tanto em dinheiro ou estimáveis em dinheiro.

O parágrafo quarto diz como será efetuadas doações, conforme incisos:

I - cheques cruzados e nominais ou transferência eletrônica de depósitos;

II - depósitos em espécie devidamente identificados até o limite fixado no inciso I do § 1º deste artigo.

III - mecanismo disponível em sítio do candidato, partido ou coligação na internet, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos:

a) identificação do doador;

b) emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada

Até 2015, as doações podiam ser realizadas por pessoas físicas, quanto jurídicas. Com a minirreforma, as empresas não podem mais doar, importante dizer que, sem sombra de dúvidas, grande parte dos recursos provia de doações do setor privado. A exceção de receber doações de pessoas jurídicas são as doações entre candidatos ou partidos. Além disso, os próprios candidatos podem se auto-financiar. (FARIAS; SOARES. 2017)

As pessoas físicas podem doar até 10% de seus rendimentos auferidos no ano anterior ao da doação (GARCIA, 2017).

Outra regra é que os partidos políticos que podem receber as doações e repassarem para as campanhas de seus candidatos. Além de dinheiro, podem ser doados bens, anteriormente o teto para o valor dos bens era de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), passou à ser em 2016 de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). (BLUME, 2017)

Vale ressaltar que as doações ocultas ou não identificadas são proibidas. Tais recursos devem ser transferidos ao Tesouro Nacional.

Cavalcante explica que a principal característica que esse tipo de financiamento diz respeito à relação entre os doadores e os destinatários desses recursos, destacando a ação dos financiadores privados de campanhas eleitorais como agentes de pressão sobre os

partidos e candidatos (KATZ; MAIR. p. 5-28, 1995, apud CAVALCANTE, 2011).

4.4. Financiamento misto de campanha eleitoral

Este modelo de financiamento é o utilizado, atualmente, no país.

O financiamento de campanha misto ocorre com as doações da esfera pública e privada, mais especificamente, das pessoas físicas (BORGES), e ainda assim tem um limite para o valor de suas doações, que não deve ultrapassar 10% de seus rendimentos obtidos no ano anterior ao da sua doação. (MOREIRA, 2016)

A cientista política Cristiane Pironi defende a junção do financiamento público com o privado, pois, desta forma, o diferencial seria ter mais controle sobre a arrecadação e controle do dinheiro. (ATHANÍSIO, 2010)

Como podemos esperar que apenas o governo financie campanhas eleitorais enquanto pessoas passam fome? Seria interessante haver nesse ponto ajuda maior do financiamento privado para poupar dinheiro público destinado a projetos sociais. O ponto positivo do financiamento público é o comprometimento com os partidos, principalmente os menores que não arrecadam tanto dinheiro." (PIRONI, citado por ATHANÍSIO, 2010)

Délia Ferreira Rubio afirma que o financiamento misto é o mais adequado, conforme fragmento abaixo:

A nosso ver, o mais aconselhável é estabelecer um sistema misto, que inclua o financiamento público e o privado. O primeiro, com base em critérios de distribuição que combinem os princípios de igualdade e proporcionalidade com algum elemento objetivo de enraizamento dos partidos na sociedade (votos, bancadas parlamentares, fundos arrecadados, etc.) O segundo, regulando de maneira a garantir a transparência sobre o montante, a origem e o destino dos recursos recebidos, com as limitações que sejam

oportunas segundo as condições de cada país. (RUBIO, 2005).

Como nem tudo é bom, o ponto negativo pode ser desequilíbrio entre candidatos, uma vez que políticos ricos podem financiar sua própria campanha, já o candidato que possui menos dinheiro, provavelmente, não será escolhido pelo partido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do Direito Eleitoral no Brasil passou por inúmeras mudanças até chegar aos termos atuais.

A influência que o dinheiro exerce sobre a política brasileira não é algo recente, tendo consequências sobre as ideologias econômicas que permeiam o sistema político.

A desigualdade entre candidatos nos financiamentos de campanha, o abuso de poder econômico, a corrupção e o caixa dois acabam por favorecer grandes empresas e grupos.

Os políticos e partidos eleitos a fim de recompensar as doações recebidas das empresas dão vantagens em processos licitatórios às empresas doadoras ou as empresas dos "sócios doadores" e, conseqüentemente, faz com que a sociedade exija Políticas Públicas a respeito das Campanhas Eleitorais.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, houve maior efetividade dos Direitos Políticos de votar e ser votado, de participar da vida política por meio da democracia indireta, o que nem sempre fora possível em tempos anteriores, uma vez que nem todo cidadão podia votar, bem como já houve censura quanto à idade, classe social, sexo e idade.

A corrida política para a representação do povo brasileiro realizada pelos partidos políticos nem sempre se dá de forma democrática, em virtude de que o sistema mostra falha quanto ao melhor tipo de financiamento de campanha que possa trazer maior igualdade entre os cidadãos.

O Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC é um importante instituto criado pelo legislador, constituído por dotações orçamentárias da União, e exige que os partidos e candidatos cumpram uma série de exigências, como prestar contas de como está sendo gasto os recursos advindos deste fundo, sendo fiscalizado pela Justiça Eleitoral.

Portanto, a criação das Leis 13.487/2017 e 13.488/2017 e o Julgamento da ADI 4.650 do Supremo Tribunal Federal, no que tange aos Financiamentos Eleitorais, foi um importante progresso para impedir que os Partidos Políticos e o Poder Econômico Privado beneficiem do estado em detrimento de todos.

REFERÊNCIAS

ATHANÍSIO, Ana. **Financiamento misto é mais adequado para política do País.** 2010. Disponível em: <<http://www.usp.br/agen/?p=17077>>. Acesso em: 24 maio. 2018.

BACKES, Ana Luiza. **Legislação sobre financiamento de partidos e de campanhas eleitorais no Brasil, em perspectiva histórica.** 2001. Disponível em: <<http://pdpa.georgetown.edu/Parties/Brazil/Leyes/financiamento.pdf>>. Acesso em 16 jan. 2018.

BARREIROS NETO, Jaime. **Histórico do processo eleitoral brasileiro e retrospectiva das eleições.** 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12872/historico-do-processo-eleitoral-brasileiro-e-retrospectiva-das-eleicoes>>. Acesso em 16 fev. 2018.

BLUME, Bruno André. Como funciona o fundo partidário. 2017. <<http://www.politize.com.br/fundo-partidario-como-funciona/>>. Acesso em 18 maio. 2018.

BLUME, Bruno André. **Financiamento privado de campanhas eleitorais: Como funciona?.** 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/financiamento-privado-de-campanhas/>>. Acesso em 18 maio. 2018.

BORGES, Thomaz Gomes De Matos Augusto. **As Modalidades de Financiamento Eleitoral E O Financiamento de Campanhas Eleitorais no Brasil.** Disponível em:

<http://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/asmotalidadesdefinanciamentoeleitoral.pdf>. Acesso em 24 maio. 2018.

BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 15 fev. 2018.

_____. **Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 20 fev. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 maio. 2018.

_____. **Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950. Institui o Código Eleitoral.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Disponível em: <<http://bit.ly/U2KSz8>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965. Lei Orgânica dos Partidos Políticos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4740.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **Lei nº 9.096, de 19 de Setembro de 1995. Lei Orgânica dos Partidos Políticos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <<http://bit.ly/ZzzqPC>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Lei nº 12.034, de 29 de Setembro de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Lei nº 12.891, de 11 de Dezembro de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112891.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Lei nº 13.487, de 6 de Outubro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13487.htm>. Acesso em: 18 maio. 2018.

_____. **Lei nº 13.488, de 6 de Outubro de 2017**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13488-6-outubro-2017-785551-publicacaooriginal-153918-pl.html>>. Acesso em: 17 de maio. 2018.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral** - <www.tse.jus.br>. Acesso em: 20 mar. de 2018.

BORIS, Fausto. **História do Brasil. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995**. Disponível em: <<https://blogdorosuca.files.wordpress.com/2012/02/boris-fausto-histc3b3ria-do-brasil.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. 2017. **Comentários à minirreforma eleitoral de 2017 (Leis 13.487 e 13.488/2017)**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/10/comentarios-minirreforma-eleitoral-de.html>>. Acesso em: 24 de maio. 2018.

CRISTALDO, Heloisa. **Câmara vota regra de financiamento durante madrugada para tentar aplicar em 2018. Brasília, 2017**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-10/camara-vota-regra-de-financiamento-durante-madrugada-para-tentar-aplicar-em>>. Acesso em: 24 maio. 2018.

CORREA, Michelle Viviane. **Redemocratização**. 2015. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/redemocratizacao/>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral: eleições 2014**. 12ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 195.

FARIAS, Thimoteo; SOARES, João Augusto Lima et al. **Financiamento de campanha eleitoral por empresas privadas**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5026, 5 abr. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55906>>. Acesso em: 23 maio. 2018.

FERNANDES, Hugo Abrantes. **Análise crítica da ADI 4650 à Luz da História Brasileira: a decisão foi uma mudança de rumos ou uma retomada?**. 2016. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14655/1/2016_HugoAbrantesFernandes_tcc.pdf>. Acesso em: 24 de maio. 2018.

FERREIRA, Wille Alves de Lima. **Da ação direta de inconstitucionalidade e suas peculiaridades**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30916/da-acao-direta-de-inconstitucionalidade-e-suas-peculiaridades>> . Acesso em: 20 maio. 2018

GARCIA, Gustavo. **Como fica o financiamento de campanhas após a aprovação da reforma política**: Propostas aprovadas por Câmara e Senado criam fundo eleitoral com dinheiro público e impõem limite de gastos para campanhas de candidatos a presidente, governador, senador e deputado. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/como-fica-o-financiamento-de-campanhas-apos-a-aprovacao-da-reforma-politica.ghtml>>. Acesso em: 24 maio. 2018.

G. KINZO, Maria D'Alva. **A Democratização Brasileira: um balanço do processo político desde a transição**. 2001. 12 f. São Paulo Perspec. v.15 n.4 São Paulo out./dez. 2001(Professora do Departamento de Ciência Política da USP), São Paulo, 2001. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400002>>. Acesso em: 03 maio. 2018.

KATZ, Richard S.; MAIR, Peter. **Changing models of party organization and party democracy**: the emergency of the cartel party. In: Party Politics, v. 1, n. 1, p. 5-28, 1995. Apud: CAVALCANTE, Carlos Vinícios de Oliveira. O custo da democracia: o financiamento privado das campanhas para o Senado em 2010 e suas implicações à competição política. 2011. 143 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

KUFA, Amilton; KUFA, Karina; RAMAYANA, Marcos. **DAS INCONGRUÊNCIAS E INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO “FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA” (FEFC)**. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/artigo/1033/%E2%80%9Cfundo-especial-de-financiamento-de-campanha%E2%80%9D-fefc>> 2017>. Acesso em: 23 maio. 2018.

MIRANDA, Tiago. **Primeira eleição direta contou com 22 candidatos à presidência da República** - Bloco 4. CÂMARA DOS DEPUTADOS, Brasília, 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGE>

M-ESPECIAL/466311-PRIMEIRA-ELEICAO-DIRETA-CONTOU-COM-22-CANDIDATOS-A-PRESIDENCIA-DA-REPUBLICA-BLOCO-4.html>. Acesso em: 05 maio. 2018.

MOREIRA, Larissa. 2016. **Os prós e os contras de 4 tipos de doações de campanha eleitoral.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-pros-e-os-contras-de-4-tipos-de-doacoes-de-campanha-eleitoral/>>. Acesso em: 24 maio. 2018.

NICOLAU, Jairo Marconi. Sistemas eleitorais. 6a. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OLIVEIRA, Tatiana Afonso; APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **O financiamento de campanhas eleitorais no Brasil: histórico**, atualidade e a questão na Suprema Corte. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13097>>. Acesso em 11 mar. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **"O Brasil deve adotar o financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais?"**. 7 de mai 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI220065,31047-O+Brasil+deve+adotar+o+financiamento+publico+exclusivo+de+campanhas>> Acesso em: 20 de maio. 2018.

RUBIO, Delia Ferreira. **Financiamento de partidos e campanhas – Fundos públicos versus fundos privados.** Novos Estudos CEBRAP, n. 73, p. 5-15, nov. 2005.

SANTOS, Flaubert Silva. **Financiamento das campanhas eleitorais do Brasil: modelos, custos e suas consequências.** 2016. 59 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016. Disponível em: <[https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1752/1/Flaubert Santos.pdf](https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1752/1/Flaubert%20Santos.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2018.

SOUZA, Meiriane Soares de. **O financiamento de campanhas eleitorais e a proposta do financiamento público exclusivo.** 2015. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel do curso de Direito) - Curso de Direito, Centro Universitário Adventista de São Paulo, Engenheiro Coelho, 2015. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj055651.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SPECK, Bruno Wilhelm. **O financiamento político e a corrupção no Brasil**. In Temas de corrupção política no Brasil, edited by Rita de Cássia Biason, 49–97. São Paulo: Balão Editorial, 2012. Disponível em: < http://www.academia.edu/3556070/Bruno_Wilhelm_Speck_O_financiamento_pol%C3%ADtico_e_a_corrup%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil>. Acesso em: 05 maio. 2018.

TONIAL, Raíssa; OLIVEIRA, Elton Somensi. **Os modelos de financiamento de campanha eleitoral e o contexto político-cultural brasileiro**. Direito & Justiça (Porto Alegre. Online), v. 40, p. 106-119, 2014. Disponível em: < http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11444/2/Os_modelos_de_financiamento_de_campanha_eleitoral_e_o_contexto_pol%C3%ADtico_cultural_brasileiro.pdf>. Acesso em: 01 maio. 2018.

NOTAS:

[1] Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário e Agrário na Faculdade Serra do Carmo e Instituto Federal do Tocantins. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: antonia.m.s@hotmail.com.

[2] **O Voto censitário era a concessão do direito do voto apenas àqueles cidadãos que possuíam certos critérios que comprovassem uma situação financeira satisfatória. Desse modo, os cidadãos eram classificados em ativos – que pagavam impostos- e passivos que tinham uma renda baixa. Apenas os ativos tinham o direito de votar.** Fonte: <http://www.turminha.mpf.mp.br/eleicoes/turminha-nas-eleicoes-2012/voce-sabia/voto-censitario>, acesso em 21/05/2018.

COPARENTALIDADE: IMPLICAÇÕES PSICOLÓGICAS E JURÍDICAS

MARISA DEL NERO: Bacharelanda do Curso de Direito Universidade Brasil. Campus Fernandópolis

RODRIGO SONSINE DE OLIVEIRA GUENA
(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO: Este artigo visa considerar a repercussão na mídia de uma nova modalidade de família, chamada de coparentalidade, cujo tema é relevante devido a importância das implicações psicológicas e jurídicas da escolha pela coparentalidade. O assunto foi abordado sob o ponto de vista jurídico e psicológico trazendo contribuições de renomados teóricos sobre o tema, bem como os reflexos das escolhas pela coparentalidade na vida do indivíduo, a nível pessoal e emocional.

Palavras-chaves: coparentalidade, família, socioafetiva, vínculo.

ABSTRACT: This article aims to consider the repercussion in the media of a new modality of family, called co - parenting, whose theme is relevant due to the importance of the psychological and legal implications of choosing for co - parenting. The subject was approached from the juridical and psychological point of view bringing contributions of renowned theorists on the subject, as well as the reflexes of the choices by the coparentality in the life of the individual, on a personal and emotional level.

Keywords: co-parenting, family, socio-affective, bond.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E O ATUAL CONCEITO DE FAMÍLIA. 2. OS VÍNCULOS DE PARENTALIDADE: BIOLÓGICO E AFETIVO. 3. A IGUALDADE ENTRE OS GENITORES E OS DEVERES DOS GENITORES. 4. CONCEITO DE COPARENTALIDADE E AS POSSÍVEIS ORIGENS DO VÍNCULO DE PARENTALIDADE. 5. RESPONSABILIDADES DOS GENITORES. 6. POSIÇÃO DE DOUTRINADORES JURÍDICOS FAMOSOS SOBRE O TEMA. 7. EFEITOS PSICOLÓGICOS NOS FILHOS E POSIÇÃO CONTRÁRIA À COPARENTALIDADE. 8. COPARENTALIDADE NA MÍDIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta uma breve retrospectiva histórica da família, trazendo reflexões referente a família natural e a família civil, abordando sobre seus aspectos inerentes tais como, os vínculos parentais, a igualdade entre os genitores e os deveres dos mesmos, conceituando o termo coparentalidade bem como suas origens.

Aborda sobre as considerações de juristas famosos sobre o tema da coparentalidade bem como os efeitos psicológicos nos filhos e a posição contrária na coparentalidade considerando a repercussão na mídia.

1. EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA E O ATUAL CONCEITO DE FAMÍLIA

A evolução da família, considerando as sociedades ocidentais, baseou-se em seu princípio na consanguinidade entre seus membros, em um modelo hierarquizado, conservador e patriarcal, cujos membros assumiam obrigações morais entre si, compartilhando de uma identidade cultural e patrimonial. Este modelo sofreu grandes mudanças com as uniões extramatrimoniais e com seu significativo papel social, promovendo o rompimento de alguns paradigmas.

Essas primeiras entidades familiares, unidas por laços sanguíneos de parentesco, formaram os grupos de descendentes, fundadas apenas nas relações de parentesco sanguíneo, dando origem às primeiras sociedades humanas organizadas, portanto, a expressão família surge a partir de uma dessas organizações sociais.

Com o desenvolvimento de sociedades mais complexas, os laços sanguíneos foram cada vez mais dissolvidos entre a população, e assim no Direito da Roma Antiga, a expressão família natural ganha importância. Adaptada pela Igreja Católica, o casamento se transforma em instituição sacralizada e indissolúvel, a única formadora da família cristã. O casamento formado pela união entre duas pessoas de diferentes sexos, tinha a função primordial de procriar, além da obrigatoriedade da coabitação e a manifestação expressa dos nubentes. Ao acabar um desses pressupostos, extinguiu-se o casamento, valorizando-se o afeto entre os cônjuges. O casamento como ato jurídico formal e religioso permanece até os dias atuais como instituição extremamente relevante para a formação das famílias.

Família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, estende-se a todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue e que procedem de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção.

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes do século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nesta linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência (GONÇALVES, 2011, p.32).

Embora o casamento predomine, estão surgindo famílias de casais com filhos que passaram a exercer direito de guarda, sendo que o compartilhamento cresceu, inclusive por força de imposição legal.

Segundo Osório, Valle (2009, p.33), a família é a principal instituição da nossa sociedade, lugar de proteção e troca de afeto, de aprendizagem, formação pessoal, e constituição de identidade, desta forma a função principal da família é a de formar novas gerações de indivíduos/cidadãos.

Toda e qualquer família, constitui-se como uma unidade sistêmica, que adquire uma certa identidade, e ela deve ser visualizada também do vértice de uma transgeracionalidade, isto é, são no mínimo três gerações em interação: a dos pais, responsáveis pela família em foco; a dos respectivos genitores de cada um deles e a dos filhos... há uma permanente interação que varia, no tempo, com as sucessivas transformações... e o intenso jogo de identificações projetivas cruzadas, que processam entre os membros da família, com as respectivas atribuições de lugares a serem ocupados, papéis a serem executados e expectativas a serem cumpridas, portanto estão em permanente interação, com mútuo intercâmbio de influências. (ZIMERMAN, 2004, p.375)

Desta forma, o conceito de família ampliou para além do casamento permitindo o reconhecimento de outras configurações de grupos familiares.

2. OS VÍNCULOS DE PARENTALIDADE: BIOLÓGICO E AFETIVO

Segundo Venosa (2009, p.220), a procriação é um fato natural em que a filiação pressupõe um nexó biológico ou genético entre o filho e seus pais.

Venosa (2009, p.217), a filiação sob o aspecto jurídico, procura assegurar a identificação pessoal em relação à identidade biológica através da tecnologia genética, gerando efeitos no direito de filiação, ao poder familiar e aos direitos protetivos e assistenciais em geral.

Dias (2009, p.65), salienta que para a biologia, pai é quem, por meio de uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestão a termo, dá à luz um filho. O Direito, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural da procriação para refundar o que hoje se poderia chamar de filiação socioafetiva.

A referida autora ainda enfatiza que a novidade trazida pelo Código Civil de 2002 foi o artigo 1.593, ao distinguir duas formas de parentesco: o parentesco natural, com a consanguinidade, e o civil, decorrente de outras origens. Esse termo abre uma nova interpretação para o que é chamado de paternidade socioafetiva, tendo em vista que apesar de não existirem quaisquer laços sanguíneos, há forte presença do afeto como formador do vínculo.

O Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.416, de 10 janeiro de 2002 dá destaque à paternidade responsável.

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do Código de 2002, com a convocação dos pais a uma paternidade responsável, e a assunção de uma realidade familiar concreta, em que os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas ao estudo do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a

corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar. (GONÇALVES, 2014, p.292-293)

Desta forma, o afeto ocupa atualmente lugar de destaque no Direito de Família. Pode-se afirmar que a família socioafetiva é uma nova forma de família no ordenamento jurídico, diferenciando-se do conceito biológico, tendo em vista que nesse caso, os pais são os genitores, uma vez que forneceram os gametas para que então ocorresse o desenvolvimento do feto, seja in vitro ou útero.

Segundo Silva (2017), na paternidade socioafetiva, é necessário que a sociedade reconheça o vínculo de afeto na relação pai e filho, ficando assim evidente ser este o pai verdadeiro, e quanto ao registro este pai deve ter plena consciência que este filho é de outra pessoa.

Devido o vínculo parental criado pelos laços afetivos, surge a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica, sendo necessário analisar os interesses envolvidos do caso concreto, para que se conclua sobre a prevalência.

O confronto entre a paternidade biológica e a afetiva deverá prevalecer aquela que melhor acolha o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), bem como o princípio do interesse primordial da criança e do adolescente (CF, art. 227 e ECA, art. 3º).

3. A IGUALDADE ENTRE OS GENITORES E OS DEVERES DOS GENITORES

A nova ordem jurídica instaurada a partir da Constituição Federal, 1988 e os princípios por ela adotados refletiram, sobremaneira no direito de filiação, que passou a tratar os filhos, formal e materialmente iguais independentemente da forma de filiação, consagrando, portanto, a igualdade jurídica entre os filhos.

Dias (2009, p.65), considera que a Constituição Federal, em poucos dispositivos instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e valorizando o conceito de família pensando a proteger, de forma igualitária, todos os seus membros.

É importante salientar, que a Constituição Federal e o Código Civil não definem, expressamente o que seja filiação, mas deixam claro que é um vínculo jurídico que une o pai a um filho.

O direito de filiação foi positivado no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, consagrando a igualdade jurídica entre os filhos: “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”.

Da mesma forma, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito de família e do direito de filiação, nos artigos 1.596 do Código Civil e no art. 20 do ECA: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Portanto, a disciplina da nova filiação se edifica sobre três pilares constitucionalmente fixados: a plena igualdade entre os filhos, desvinculação do filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral. A autora afirma ainda que o vínculo da filiação atribui aos pais o poder familiar ou autoridade parental, com os direitos e deveres que ele comporta. Portanto, é o poder dever de criar e educar os filhos, mantendo-os sobre sua guarda e proteção.

O poder familiar, ou autoridade parental, é exercida por ambos os pais, em igualdade de condições, sem prevalência do pai sobre a mãe, devendo ser exercido em conjunto pelos dois, prevalecendo o interesse do filho, tudo porque a igualdade é princípio constitucional trasladado ao direito da família (DIAS, 2009, p.383)

Há que considerar que o direito de filiação dá aos filhos importantes direitos pessoais como: o uso do sobrenome da família, a existência das relações de parentesco e impedimentos matrimoniais, e o poder familiar conferido aos pais.

Segundo a doutrina Gonçalves, (2011, p.32) e Diniz (2008, p.17) as filiações não biológicas, em especial a adoção, incluindo a fecundação

artificial e heteróloga, geram três efeitos: 1) o estabelecimento do poder familiar com a instituição do vínculo de filiação, sendo o filho “civil” equiparado ao consanguíneo, sob todos os aspectos; 2) criação dos vínculos de parentesco; 3) nome: o surgimento do vínculo dá ao filho o direito de usar o sobrenome dos pais.

Desse modo, foi assegurado aos filhos não biológicos todos os direitos pessoais dos filhos consanguíneos.

O vínculo de filiação faz também surgir os direitos patrimoniais, portanto o direito à alimentação e o direito à sucessão.

Gonçalves, (2011, p.32) considera que com relação ao direito sucessório, todos os filhos concorrem, em igualdade de condições com os filhos de sangue, conforme o estabelecido pelos arts. 227, parágrafo 6º da Constituição e art. 1.628 do Código Civil.

Diniz (2008, p.17), enfatiza que para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza são equiparados, havendo direito sucessório recíproco entre pais e filhos reconhecidos, uma vez que tanto os ascendentes como os descendentes são herdeiros necessários.

Quanto aos deveres dos pais a Constituição Federal, em seu art. 227, atribui à família o dever de educar, bem como o dever de convivência e o respeito à dignidade dos filhos, devendo sempre buscar o desenvolvimento saudável do filho. Conforme o artigo mencionado: “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”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, confere aos pais obrigações não somente do ponto de vista material, mas morais, afetivas e psíquicas. Como dispõe:

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O atual Código Civil, impõe entre os deveres dos pais, art.1.566:

São deveres de ambos os cônjuges:

- I - Fidelidade recíproca;
- II - Vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - Mútua assistência;
- IV - Sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - Respeito e consideração mútuos.

Afirma que a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visita-lo, é obrigação de visita-lo. O distanciamento entre pais e filhos, produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (DIAS, 2009, p.407).

Lima (1984, p. 31), considera que o dever de criação abrange as necessidades biopsíquicas do filho, o que está vinculado à satisfação das demandas básicas, tais como os cuidados na enfermidade, a orientação moral, o apoio psicológico, as manifestação de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente ao longo da vida.

Os pais que se omitem quanto ao direito dos filhos, sobretudo, à convivência familiar, estão descumprindo sua obrigação legal, acarretando sequelas ao desenvolvimento moral, psíquico e socioafetivo dos filhos. Uma vez caracterizada a ofensa aos direitos fundamentais da criança, os pais ou qualquer outro que detenha a guarda da criança ou adolescente, estão sujeitos às penalidades de natureza preventiva e punitiva.

Diniz (2008, p.17), salienta que a autonomia da família no exercício do poder familiar não é absoluto, sendo cabível, a intervenção do Estado. As punições para o descumprimento dos deveres intrínsecos ao poder familiar vão desde sanção administrativos até a perda do poder familiar.

Na coparentalidade ou parentalidade responsável, o essencial é o vínculo de paternidade e/ou maternidade com a criança, caracterizada pela relação entre pais de uma criança em que ambos se apoiam e dividem suas funções na criação do menor, compartilhando o poder parental e dividindo funções. As atribuições de cada um podem ser estipuladas contratualmente, sempre com as partes em consenso, através de um instrumento particular ou escritura pública na modalidade contrato de geração de filhos, para garantir os mínimos direitos, como guarda compartilhada, registro da

criança, sustento, convivência familiar, entre outros efeitos jurídicos que poderão ser analisados.

Contudo, as disposições contratuais não representam garantia contra eventuais conflitos, como por exemplo a formação moral da criança e divergências quanto à religião que será sugerida à criança.

4. CONCEITO DE COPARENTALIDADE E AS POSSÍVEIS ORIGENS DO VÍNCULO DE PARENTALIDADE

Frizzo, Kreutz, Schmidt, Piccinini e Bosa (2005), relatam que embora o termo coparentalidade pareça ser recente, a primeira referência apareceu a menos de 30 anos e parece ter surgido no contexto de famílias divorciadas, considerando que a relação coparental, é a única em que os pais continuam a se relacionar.

Assemelha-se à situação de um casal separado, sem expectativa que haja vínculo afetivo entre os pais, sendo o objetivo procriar por meio de concepção artificial ou natural para satisfazer o desejo de ter um filho e contar com alguém que auxilie na criação.

Prati e Koller (2011), considera que, geralmente a coparentalidade é definida como as formas como os pais trabalham juntos no seu papel de pais. Contudo, não necessariamente a coparentalidade é exercida por um casal. O conceito, hoje ampliado afirma que pode ser desenvolvido por dois ou mais adultos que trabalham juntos para o desenvolvimento de uma criança pela qual todos são responsáveis. Portanto, incluem-se aqui casais homo e heterossexuais, casados ou não, divorciados e também mãe, avó ou qualquer outra configuração de adultos que dividam a responsabilidade de uma criança. Uma relação de coparentalidade existe quando se espera, em comum consenso ou por normas sociais, que pelo menos dois indivíduos tenham responsabilidades em conjunto pelo bem-estar de uma criança.

Quatro são os componentes básicos da coparentalidade: 1) apoio versus desmerecimento do papel parental, caracterizado na forma como os adultos se valorizam e se apoiam como pais, através do reconhecimento, respeito e manutenção das decisões do outro no que se refere à criança; 2) diferença nas atitudes e valores quanto à criação dos filhos, relativo as discordâncias do casal quanto à criação do bebê, o que influencia diretamente a consistência de disciplina e surge como um preditor de problemas de comportamento da criança; 3) divisão de trabalho parental,

que está relacionado à divisão de tarefas e responsabilidades da rotina da criança. O casal precisa negociar sobre as atividades e funções de cada um com relação a criação do filho(a). Quando há um desequilíbrio nessa divisão, somada à dificuldade de renegociação, pode-se gerar insatisfação com relação ao outro parceiro. Segundo o autor, a percepção da mãe sobre a justiça nessa divisão, aparece como crucial para a harmonia; 4) administração de interações familiares, incluindo a exposição da criança aos conflitos do casal, sendo composto por 3 aspectos: conflito, coalizão e equilíbrio. Um dos casos mais preocupantes são os casos nos quais o casal não consegue manejar os seus próprios conflitos. Ainda existem situações nas quais o casal cria coalizão ou triangulação, envolvendo a criança nas soluções de seus desentendimentos. Quanto ao equilíbrio o importante é que haja possibilidade de ambos conseguirem interagir com os filhos individualmente, ou com o outro parceiro presente.

Vê-se que a prevalência do melhor interesse do filho e da afetividade não se alteram diante da coparentalidade. De fato, as famílias deixaram de ser essencialmente um núcleo de reprodução e econômico para se reconhecerem por conexões de afeto.

No âmbito da Psicologia, para se compreender o termo coparentalidade é importante conceituar alguns termos da teoria sistêmica para se diferenciar o conceito de sistema conjugal, parentalidade e coparentalidade.

Minuchin (1982, p.21), ensina que o sistema familiar as funções são diferenciadas e realizadas através de subsistemas. As principais habilidades para a realização de suas tarefas, são a complementariedade e acomodação mútua. O casal deve desenvolver padrões em que cada cônjuge apoia o outro nas mais diversas áreas; aprenda a lidar com o conflito desenvolvendo padrões necessários para, tanto expressá-los como para resolvê-los.

Segundo Walsh (2002, p.13), o que diferencia os casais não é, tanto, a presença ou ausência de problemas, mas a maneira como resolvê-los. Afirma ainda que, quanto maior a dominância de um parceiro sobre o outro, maior será a disfuncionalidade e insatisfação.

Lamela, Costa, Figueiredo (2010, p.205-216), considera a coparentalidade como uma função principal entre dos cuidadores, o de proporcionar, à criança, segurança, proteção, suporte emocional e físico ao

longo do seu crescimento, independentemente do tipo de laço relacional e pode se dar em qualquer configuração e variação familiar, independentemente da condição civil e orientação sexual dos pais.

5. RESPONSABILIDADES DOS GENITORES

Como dispõe o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8069, de 1990, que descreve: "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."

A responsabilidade dos pais pelos seus filhos é prevista no Código Civil de 2002, no art. 932 que reza: "São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia".

Os pais serão responsabilizados por tais atos de seus filhos, devido à má formação lhes dada, ou melhor, por uma desestruturação na base familiar que é responsabilidade dos mesmos.

Filho (2016), em seu artigo salienta, que determinados acontecimentos na sociedade é reflexo de uma falha na estrutura familiar e que a falta de educação para crianças e jovens, pode ter decorrência graves e afetar toda a sociedade segundo referência do autor Gilberto Dimenstein.

6. POSIÇÃO DE DOUTRINADORES JURÍDICOS FAMOSOS SOBRE O TEMA

Pereira (2017), recomenda abandonar os preconceitos do conceito de família tradicional e considerar o afeto como valor e princípio jurídico, devido ao aumento do número de filhos que nascem dessas novas famílias, e define coparentalidade ou famílias coparentais, aquelas que tem interesse e desejo em fazer uma parceria de paternidade/maternidade na geração de filhos, através de técnicas de reprodução assistida.

Essas parcerias demandam no mundo jurídico a elaboração de uma nova espécie de pactos chamado de "contratos de geração e filhos" com as regras e responsabilidades e ligado ao princípio da afetividade.

Segundo o autor os filhos serão felizes independentemente da origem; que as famílias diferentes das tradicionais não interferem ou prejudicam terceiros; que as pessoas devem ser livres para escolher e seguir os caminhos do seu desejo e constituir a família como bem entender; que o

Estado só deve interferir se essas constituições ferirem direitos alheios e que não há nenhuma ilegalidade ou ilegitimidade nessas relações.

Silva (2017), diante da descrição do conceito de coparentalidade, considera que não há qualquer relação afetiva, sem contato sexual, sem vínculo familiar e moradia em conjunta, ou seja, sem nenhum outro vínculo entre os parceiros, que se conhecem através da internet, com o objetivo de gerar um filho em comum e formam um contrato, mas fora de qualquer relação jurídica.

Os genitores na dita coparentalidade, segundo a autora, já se encontra corrompido na própria decisão de concebê-los, que de forma premeditada e intencional pensam somente no próprio bem estar e satisfação pessoal caracterizado como um gesto de egoísmo considerando uma relação de instabilidade e irresponsabilidade, no qual não há solidez e segurança, um total descaso pelos interesses, pela segurança e proteção da criança gerada.

Considerando que o poder familiar é destinado a satisfazer os interesses do filho, a coparentalidade traz consigo inevitavelmente um indesejável estigma de censura da sociedade e um “filho da coparentalidade” nascerá com o mesmo estigma trazendo prejuízo emocional e psicológico.

7. EFEITOS PSICOLÓGICOS NOS FILHOS E POSIÇÃO CONTRÁRIA À COPARENTALIDADE

Considerando que a coparentalidade tem como base o desejo de ter um filho, surge a necessidade de situar qual o lugar que a criança ocupa na família.

Segundo Marcelli (1998, p.297), o lugar que a criança ocupa em uma família, provém ao mesmo tempo do imaginário parental antes mesmo da sua concepção e da maneira como a criança real se molda nesse imaginário, considerando suas competências próprias e o possível ou impossível trabalho psíquico parental de reordenação através do luto da criança do fantasma para adaptar à criança da realidade. Desta forma, o desejo de ter um filho, tal como conscientemente sentido por um e/ou outro dos pais, varia ao infinito em suas motivações e manifestações: provar sua fertilidade, afirmar o seu estatuto de adulto, querer ficar grávida, querer um menino ou uma menina, desejar ter um filho com este parceiro, fazer o que querem os

pais, tentar tratar uma depressão ou um desentendimento do casal, substituir um filho perdido, etc.

Essas motivações conscientes mascaram, na realidade as disposições pré-conscientes e inconscientes dos adultos em situação de serem pais. Assim, a criança deve encontrar o seu lugar na dinâmica psíquica do indivíduo, do casal e da família.

Filho (2016), se depara com o notório pensamento do autor na citação:

Esta é uma época em que o filho é, acima de tudo, um objeto de consumo emocional. Objetos de consumo servem a necessidades, desejos ou impulso do consumidor. Assim também os filhos. Eles não são desejados pelas alegrias do prazer paternal ou maternal que se espera que proporcionem – alegrias de uma espécie que nenhum objeto de consumo, por mais engenhoso e sofisticado que seja, pode proporcionar. (BAUMAN, 2004, p.59)

Da mesma forma os relacionamentos nos dias atuais têm influências na vida dos cidadãos, dos seres que estão sendo gerados e que serão os futuros participantes desta sociedade.

Marcelli (1998, p.297), reforça que a função parental é complexa e que a família, desempenha um papel fundamental tanto no desenvolvimento normal quanto no surgimento de condições psicopatológicas.

Os efeitos psicológicos são variados e podemos assinalar o distúrbio psicossomático precoce, gagueira, psicose infantil, etc.

8. COPARENTALIDADE NA MÍDIA

A comunicação virtual tem promovido influências na sociedade, refletindo no padrão de comportamento da sociedade tanto à nível sexual e na escolha de parceiros. Atualmente a internet tem sido uma aliada na busca de parcerias com o objetivo de gerar um filho na configuração do modelo de coparentalidade.

Kumpel e Pongeluppi (2017), relata que embora a coparentalidade seja uma realidade em outros países, no Brasil é uma novidade. Recentemente no programa do fantástico, foi apresentado uma reportagem da história de pessoas que compartilham o ideal de ter filhos, mas que não estão interessados em manter relações sexuais com um parceiro (a) e nem um relacionamento sério.

No Facebook há pelo menos 4 grupos de coparentalidade e um deles, com mais de 1.500 membros. Na descrição, todos apresentam um mesmo perfil: os que não encontram um parceiro ou uma parceira para formar uma família. No entanto, não é o mesmo que produção independente, uma vez que não há conhecimento ou vínculo algum com o parceiro, que será apenas o fornecedor do gameta para que seja realizada a produção. Ademais, na produção independente forma-se uma família monoparental, já que o “fornecedor” do material genético não participa do processo de criação da criança. Na coparentalidade ambos participam do processo formador da criança. (KUMPEL; PONGELUPPI, 2017)

Nas redes sociais dos Estados Unidos, há um site com aplicativo, o Modamily, que é voltado para pessoas solteiras que querem ter filhos e contar com a coparentalidade. Neste aplicativo:

As pessoas criam um perfil com foto e informações através de um questionário que é dividido em estilo de vida, caráter e categorias de estilo de pais. Quanto mais perguntas a pessoa responder, o site garante a maior precisão para a escolha do parceiro a fim de propiciar uma melhor gestação e desenvolvimento da criança. Dessa forma o site une os candidatos que podem conversar, se conhecer melhor e verificar as verdadeiras afinidades, tudo visando o desenvolvimento harmônico da criança. Há ainda um pequeno aparato com links de leis e questões que devem ser estipuladas no coparenting agreement, como a reprodução, parto, amamentação, vacina, escola, responsável inclusive por definir o cumprimento de obrigações econômicas referentes à criança. (KUMPEL; PONGELUPPI, 2017)

CONCLUSÃO

Através desta pesquisa foi possível demonstrar que há um número crescente de pessoas que buscam uma alternativa para suprir demandas pessoais e neste contexto a coparentalidade passa a ser uma alternativa na construção de uma nova configuração familiar.

As desigualdades oriundas das famílias tradicionais especificamente na relação parental, do poder familiar, e a não consciência da relação afetiva, a coparentalidade vem novamente sinalizar e trazer uma solução para estas desigualdades através do compartilhamento das responsabilidades buscando um equilíbrio, inclusive na tentativa de resgatar o afeto como valor primordial e inerente do ser humano. Desta forma o grupo familiar se autorregula para a resolução de seus problemas buscando constantemente a homeostase, o equilíbrio emocional.

Por outro lado, é extremamente importante e necessário considerarmos que as escolhas dos parceiros nesta modalidade, devem ser conscientes, considerando a complexidade que é exercer a maternidade e a paternidade inclusive a responsabilidade advinda desta relação.

Referente as questões jurídicas, embora a lei traga garantias, podemos constatar que a demanda social pela coparentalidade com suas novas formas de relacionamento, implicará em um aumento de conflitos o que exigirá da justiça uma decisão não só amparada pela lei já existente, mas também pela consciência da condição humana.

Diante desta realidade foi demonstrado através do texto que a psicologia pode auxiliar trazendo alguns autores renomados.

Embora o Direito ofereça garantias através da lei, no campo da Psicologia o ser humano não funciona na mesma lógica, tem regras próprias, portanto não é possível dar garantias principalmente devido a complexidade do ser humano, de suas relações emocionais e da difícil tarefa de ser mãe, pai e muitas vezes também ser filho.

Considerando desta forma, a realidade determinada pela lei é diferente da realidade vivida pelo ser humano, portanto independente da configuração da família, o essencial é a qualidade das nossas relações.

A tendência do mundo atual, especificamente e não só, a construída em uma relação de consumo, ela perpassa pelas relações humanas, gerando consequências, como um distanciamento nestas relações, onde descartamos aquilo que não precisamos mais. Nesta realidade não há

relacionamento duradouro muito menos maduro e tem como uma das bases a dificuldade de lidar com o diferente.

Desta forma as implicações psicológicas, podem ser constatadas diante da grande demanda clínica por terapias de crianças, casais e famílias, desde conflitos emocionais até doenças psicossomáticas proveniente da disfunção familiar. Neste local fica evidente os conflitos existentes na população em todos os níveis sociais. Esta realidade retrata e é entendida como um sintoma social, ou seja, nossa sociedade está doente emocionalmente e merece cuidados.

Sendo assim, é necessário primeiramente construir vínculos sólidos consigo mesmo e considerar a qualidade dos relacionamentos que construímos. Especificamente referente a coparentalidade, a condição emocional e as questões transgeracionais dos parceiros envolvidos é essencial, portanto merece atenção profissional.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. – São Paulo, 5. ed., n.608, p.65, Revista Dos Tribunais, 2009.

_____, **Manual de Direito das Famílias**. – São Paulo, 5. ed., n.608, p.383, Revista Dos Tribunais, 2009.

_____, **Manual de Direito das Famílias**. – São Paulo, 5. ed., n.608, p.407, Revista Dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. – São Paulo, v.5, 23.ed. n.725, p.17, Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 8. ed. ver. e atual. - São Paulo, v.6, n.728, p.32, Saraiva, 2011.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil: Esquematizado**. São Paulo, v.3, n.1211, p.292-293, 2014.

LIMA, Taísa Maria Macena. **Guarda e Afeto: Tipo sociológico em busca de um tipo jurídico. Controvérsias no sistema de filiação**. Belo Horizonte, p.31, 1984.

MARCELLI, Daniel. **Manual de psicopatologia da infância de Ajuriaguerra**. 5. Ed. Porto Alegre, n. 412, p. 297, Artmed, 1998.

MINUCHIN, Salvador. **Famílias: Funcionamento e tratamento**. Porto Alegre, p.21, editora, 1982)

OSÓRIO, Luiz Carlos; VALLE, Maria Elizabeth Pascual do. **Manual de Terapia Familiar**. Porto Alegre, n.488, p.33, Artmed, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 9. Ed. – São Paulo, n.483, p.217, Atlas, 2009.

_____. **Direito Civil: Direito de família**. 9. Ed. – São Paulo, n.483, p.220, Atlas, 2009.

ZIMERMAN, [David Epelbaum](#). **Manual de Técnica Psicanalítica**. Porto Alegre, n.471, p.375, Artmed, 2004.

WALSH, F. **Casais saudáveis e casais disfuncionais: Qual a diferença? IN: Andolfi M(org). A crise do casal – uma perspectiva sistemática relacional**. Porto Alegre, p.13. Artmed, 2002.

FRIZZO, G. B.; KREUTZ, C. M.; SCHMIDT, C.; PICCININI, C. A.; BOSA, C. **O conceito de coparentalidade e suas implicações para a pesquisa e para a clínica**. Revista brasileira de crescimento desenvolvimento humano, v.15, n.3. São Paulo, dez. 2005.

LAMELA, D.; COSTA, N. R., FIGUEIREDO, B. **Modelos teóricos das relações coparentais: revisão crítica**. Psicologia em Estudo, v. 15, n. 1, p. 205-216. Maringá jan./mar. 2010.

PRATI, L. E.; KOLLER, S. H. **Relacionamento conjugal e transição para a coparentalidade: perspectiva da psicologia positiva**. Psicologia clínica, vol.23, n.1. Rio de Janeiro, 2011.

ARTIGO 227, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 mai. 2018.

ARTIGO 229, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2018.

ARTIGO 932, do Código Civil Brasileiro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 mai. 2018.

ARTIGO 1566, do Código Civil Brasileiro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 mai. 2018.

ARTIGO 1596, do Código Civil Brasileiro, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 mai. 2018.

FILHO, Enoque Marques Reis. **Responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 11 fev. 2016, disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55175>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

Lei 8.069/90, artigo 3, Estatuto da Criança e do Adolescente, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.

Lei 8.069/90, artigo 22, Estatuto da Criança e do Adolescente, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 mai. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Coparentalidade abre novas formas de estrutura familiar**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-13/processo-familiar-coparentalidade-abre-novas-formas-estrutura-familiar>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Paternidade socioafetiva X Paternidade biológica**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/paternidade-socioafetiva-x-paternidade-biologica/>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. **Coparentalidade: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

KÜMPEL, Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura. **Coparentalidade**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI260401,91041-Coparentalidade>> Acesso em: 22 mai. 2018.

[1] Presidente da Comissão de Cultura da subseção de Jales/SP da OAB/SP Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Brasil, Fernandópolis Mestrando em Direitos Humanos pela UFMS/Campo Grande Pós-graduado em Direito Penal e Empresarial

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM EXECUÇÕES FISCAIS

CASSIANO ANDRÉ KAMINSKI: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pós-graduado em Direito Societário Empresarial pela Universidade Positivo e MBA em Gestão Pública Executiva pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Procurador do Estado do Paraná.

RESUMO: Este estudo trata do dissenso interpretativo relacionado à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em execuções fiscais. Inicialmente, define-se a origem da teoria da desconsideração e sua evolução no direito brasileiro. Posteriormente, demonstra-se a desarmonia doutrinária e jurisprudencial em relação ao fundamento jurídico de inserção do instituto à seara tributária. Por fim, analisa-se o reflexo dessa controvérsia na cobrança judicial do crédito tributário pela Fazenda Pública, em especial após a introdução do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade jurídica; desconsideração; execução fiscal; interpretação; Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT: This article studies the application of the theory of disregard of legal entity in tax foreclosures and its interpretative dissent. First, the origin of the disregard theory and its evolution in the Brazilian law is defined. Second, it demonstrates the doctrinal and jurisprudential disharmony about the legal basis of this institute's insertion into the tax aspect. Finally, it analyzed the consequences of this controversy in the treasury's judicial tax recovery, especially after the incident of disregard legal entity's introduction by the Civil Procedure Code of 2015.

KEYWORDS: Legal entity; disregard; tax foreclosure; interpretation; Civil Procedure Code of 2015.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO. 4. O INCIDENTE DE

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO CPC/2015 NA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO 5. CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

É inegável a importância da pessoa jurídica dotada de autonomia e independência como instrumento de estímulo a iniciativa privada, bem como a sua contribuição para o desenvolvimento econômico.

Noutra senda, a desconsideração da personalidade jurídica se revela um mecanismo igualmente fundamental para inibir condutas fraudulentas e abusivas que podem ser praticadas por pessoas naturais que se escondem sob o manto da pessoa jurídica, em especial quando da tentativa de fuga da responsabilidade tributária.

Nesse contexto, após tecer algumas considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua evolução no direito brasileiro, o presente estudo pretende demonstrar a desarmonia doutrinária e jurisprudencial em relação ao fundamento jurídico de inserção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica à seara tributária, analisar a sua origem e seus reflexos na cobrança judicial do crédito tributário pela Fazenda Pública.

A matéria ganhou relevo sob a perspectiva processual e vem sendo objeto de debate entre os operadores do direito após a introdução do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Processo Civil de 2015.

Ao final, com amparo na percepção da doutrina e nas primeiras decisões judiciais proferidas sobre o tema, pretende-se trazer à luz os principais argumentos favoráveis e contrários ao emprego do incidente de desconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais, sobretudo aqueles que têm prevalecido na jurisprudência.

2. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No teatro romano os atores usavam uma máscara (*persona*) para poder atuar. Essa máscara ressoava a voz do ator e lhe dava uma personalidade diversa. Com a *persona* ele poderia interpretar uma

personagem. De forma análoga, é a partir da inscrição do ato constitutivo no registro competente que a empresa adquire personalidade jurídica, podendo atuar regularmente. Daí o conceito de Carlos Roberto GONÇALVES[1] no sentido de que a personalidade jurídica é uma qualidade deferida pelo Estado a certas empresas que preenchem os requisitos por ele determinados.

Yuval Noah HARARI[2] destaca a ficção que existe por trás do conceito de personalidade jurídica, que “está entre as invenções mais engenhosas da humanidade”. O autor lembra que antes da criação desse conceito, se uma pessoa abrisse uma empresa, “ela própria seria o negócio”, respondendo pessoalmente pelas dívidas. Assim, “se não pudesse honrar a dívida, poderia ser jogado na prisão pelo Estado ou ser escravizado por seus credores”. Por isso “as pessoas tinham medo de começar novos negócios e assumir riscos econômicos”. Então os indivíduos começaram a imaginar coletivamente algo que não existe no universo físico: a ficção jurídica denominada “empresa de responsabilidade limitada”.

A personalidade jurídica confere autonomia patrimonial à empresa, protegendo os bens de seus integrantes. Trata-se, com efeito, de instrumento de estímulo à iniciativa privada. Contudo, a proteção legal conferida dá margem ao uso abusivo da pessoa jurídica por seus integrantes, implicando danos a terceiros, entre eles a Fazenda Pública.

Nas palavras de Rubens REQUIÃO[3], foi contra o desvirtuamento da função para a qual a pessoa jurídica foi originalmente concebida que surgiu a partir da jurisprudência estrangeira a doutrina do *disregard of legal entity*. Essa doutrina prega a responsabilização dos sócios da pessoa jurídica em caso de sua utilização abusiva ou fraudulenta. O juiz pode, assim, desconsiderar a separação patrimonial que existe entre a pessoa jurídica e seus membros, de modo a estender a eles a responsabilidade originalmente imputada ao ente coletivo.

REQUIÃO[4] lembra que a ideia de desconsideração da personalidade teve sua gênese na jurisprudência britânica com o caso *Salomon v. A Salomon & Co Ltd*, de 1897[5], ocasião em que foi reconhecido que a proteção concedida à pessoa jurídica de

responsabilidade limitada serviu ao intuito de fraudar credores. Mas foi na Alemanha, com os estudos do professor Rolf Serick, que a teoria ganhou força, se expandindo para outros países. No Brasil, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica foi mencionada publicamente pela primeira vez na década de 1960 em artigo intitulado “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, publicado na Revista dos Tribunais pelo próprio professor Rubens Requião.

Contudo, a primeira positivação do instituto ocorreu somente em 1990, no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 28. 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.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O § 5º desse artigo encontrou forte resistência na doutrina do direito empresarial, pois inovou ao criar o que o professor Fábio Ulhoa COELHO^[6] referiu como uma “teoria menor” da desconsideração, na qual o simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade seria suficiente para responsabilizar os sócios ou acionistas. Diferente da *disregard theory* aplicada no resto do mundo, a teoria menor não se preocupa em verificar se houve utilização fraudulenta ou abusiva da pessoa jurídica.

Posteriormente, a teoria menor foi seguida pelo artigo 4º^[7] da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas

de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e pelo artigo 2º, §2º [8], da Consolidação das Leis do Trabalho.

Foi a partir do Código Civil de 2002 que a legislação pátria acolheu o que Fábio Ulhoa COELHO [9] denominou de “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes originalmente desenhados pela *disregard theory*, assim dispondo no seu artigo 50:

Art. 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.

Assim, nas relações civis em geral - excetuadas aquelas regidas pela legislação consumerista - a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada apenas se caracterizado o abuso (desvio de finalidade ou confusão patrimonial). Quanto ao alcance subjetivo da norma, o Enunciado nº 7 do Conselho da Justiça Federal prevê que “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. E, nos termos do Enunciado nº 281 do Conselho da Justiça Federal, “a aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”.

No âmbito do direito administrativo a desconsideração da personalidade jurídica tem espaço no artigo 34 [10] da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) e no artigo 14 [11] da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), nos moldes da teoria maior.

Releva mencionar a desconsideração inversa da personalidade jurídica, concebida para alcançar bens do sócio que se vale da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros. Essa hipótese recebeu expressa menção no artigo 133, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

(...)

Ainda, Mila GOUVEIA^[12] faz referência à “teoria indireta” da desconsideração, nos casos em que a estrutura de grupos econômicos compostos por várias sociedades é utilizada para dificultar a determinação do verdadeiro responsável; e a “teoria expansiva” da desconsideração, aplicável em uma situação muito comum na prática, quando os sócios de uma determinada empresa cujas atividades estejam comprometidas por elevado passivo, para continuar a atividade, encerram (irregularmente) essa pessoa jurídica e criam uma nova, registrada em nome de “laranjas”, transferindo a essa o patrimônio da primeira. O objetivo é desconsiderar a primeira pessoa jurídica e expandir a dívida para a segunda.

Prevalece no ordenamento jurídico pátrio, com efeito, a “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica. A “teoria menor” é restrita à legislação trabalhista, ambiental e consumerista. As demais “teorias” citadas pela doutrina são meros desdobramentos das primeiras. Por sua vez, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na seara tributária merece análise específica.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Conforme lembra Aldemario Araujo CASTRO^[13], “no campo tributário são frequentes e variadas as engenharias ou expedientes lícitos e ilícitos buscando a fuga do ônus financeiro representado pela carga fiscal”. Entre elas destaca-se o “uso (ou abuso) da pessoa jurídica justamente pela separação patrimonial desta em relação às pessoas físicas ou naturais vinculadas, notadamente sócios e administradores”.

No entanto, no direito tributário a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é objeto de abordagens distintas pela doutrina e jurisprudência. Uma primeira corrente, considerando a consagração do instituto da desconsideração na esfera do direito privado

mesmo antes da positivação no artigo 50 do Código Civil de 2002, sustenta que ainda que não haja previsão legal (genérica ou específica) aplica-se a desconsideração porque o fundamento é valorativo. É dizer, o objetivo é coibir a evasão fiscal e prestigiar o interesse público. Nessa linha, Aldemario Araujo CASTRO[14] discorre:

Assim, o desenvolvimento mais explícito, rápido e completo da figura da "desconsideração da personalidade jurídica" nos domínios do direito privado pode e deve ser aproveitado no campo do direito tributário, já familiarizado, embora parcialmente, com a prática. Nesta linha, o art. 50 do novo Código Civil afirma e confirma a possibilidade de se afastar a personalidade jurídica quando esta concorre para a proteção indevida de patrimônios individuais em detrimento do Fisco.

Pode-se afirmar, diante do que foi considerado, que o art. 50 do novo Código Civil não é necessário, mas é útil à autoridade fiscal no momento de constituir, em certas circunstâncias, o crédito tributário. Não é necessário porque a autoridade pode apurar o crédito tributário contra o contribuinte em sentido estrito (com fundamento nos arts. 121, parágrafo único, inciso I, 142 e 149, inciso VII do CTN) ou contra o responsável (com fundamento nos arts. 121, parágrafo único, inciso II, 135 e 142 do CTN). É útil porque confirma, para a ordem jurídica brasileira como um todo e para o direito tributário em particular, a possibilidade da desconsideração ou afastamento da personalidade jurídica.

A segunda corrente sustenta a necessidade de previsão legal específica para a sua efetivação, tendo em vista a forte prevalência do princípio da legalidade nesse ramo do direito, segundo o qual cabe somente à lei determinar o sujeito passivo da obrigação tributária. Nesse sentido, Luciano AMARO[15]:

Resta examinar a desconsideração da pessoa jurídica (propriamente dita), que seria feita pelo juiz, para responsabilizar outra pessoa (o sócio), sem apoio em prévia descrição legal de hipótese de responsabilização do terceiro, à qual a situação concreta pudesse corresponder. Nessa formulação teórica da doutrina da desconsideração, não vemos possibilidade de sua aplicação em nosso direito tributário. Nas diversas situações em que o legislador

quer levar a responsabilidade tributária além dos limites da pessoa jurídica, ele descreve as demais pessoas vinculadas ao cumprimento da obrigação tributária. Trata-se, ademais, de preceito do próprio Código Tributário Nacional, que, na definição do responsável tributário, exige norma expressa de lei (arts. 121, parágrafo único, II, e 128), o que, aliás, representa decorrência do princípio da legalidade. Sem expressa disposição de lei, que eleja terceiro como responsável em dadas hipóteses descritas pelo legislador, não é lícito ao aplicador da lei ignorar (ou desconsiderar) o sujeito passivo legalmente definido e imputar a responsabilidade tributária à terceiro.

Por seu turno, o professor Heleno TÔRRES^[16] afirma a necessidade de previsão legal, não necessariamente específica, admitindo ser suficiente a existência de uma norma geral que estabeleça os critérios autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica:

A desconsideração da personalidade jurídica, para os fins de aplicação da legislação tributária, poderá ser praticada tanto quando se esteja em presença de leis especiais quanto na hipótese de aplicação de uma regra geral que a autorize, à luz de determinados pressupostos. Por esse motivo, sem lei específica que a previna, quanto ao cabimento de desconsideração em certo caso concreto, ou regra geral seus pressupostos, mediante prova da ausência de causa (dolo) e demais elementos suficientes para isolar a conduta elusiva, nenhuma desconsideração poderá ser admitida como instrumento válido para imputar aos sócios efeitos que se deveriam atribuir diretamente à pessoa jurídica.

Alguns autores entendem que a desconsideração da personalidade jurídica encontra amparo no artigo 135 do Código Tributário Nacional:

Art. 135. 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.

Segundo Eduardo SABBAG^[17], "o art.135, III, do CTN permite atingir a pessoa do diretor, gerente ou representante da empresa, à luz da teoria da desconsideração da pessoa jurídica". Na mesma direção são alguns precedentes judiciais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DEVEDOR NÃO MAIS ENCONTRADO NA SEDE SOCIAL. PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE COM INFRIGÊNCIA A LEI. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS-ADMINISTRADORES. ART. 135, INCISO III, DO CTN. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 435 DO STJ. PRECEDENTES. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. "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).^[18]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 135 DO CTN. INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE VINCULADA AO FATO GERADOR DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. O art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, impõe a responsabilização pessoal de diretor, gerente e representante de pessoa jurídica de direito privado pela dívida tributária originada de abuso de direito. Irrelevância jurídica da participação ou não na distribuição de lucros da empresa. A existência concreta de indícios de dissolução irregular de sociedade autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, com a afetação do patrimônio. A responsabilidade não é prejudicada pelo fato de a inscrição do débito na dívida ativa ter ocorrido após o desligamento daquele contra o qual a Fazenda Pública almeja redirecionar a execução fiscal, pois o ato de gestão está vinculado ao fato gerador do tributo. Precedente: STJ, REsp n.º 652.906/RS, relator o Ministro José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado em 11.10.2005, DJ de 06.02.2006. Agravo de instrumento provido.^[19]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução Fiscal – empresa não encontrada no endereço declinado na JUCESP – Desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização tributária – artigo 135, III

do CTN – Sócio não encontrado citado por edital – Admissibilidade – Bloqueio eletrônico de valores de sócio – Regularidade – Recurso Provido.[20]

Noutra senda, abalizada doutrina leciona que o disposto no art. 135 do Código Tributário Nacional não se confunde com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, posto que esse dispositivo trataria da imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta a pessoas determinadas em razão de atos ilícitos por elas praticados. Sendo hipótese de responsabilidade tributária prevista em lei, não seria necessário desconsiderar a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios para responsabilizá-los. Nesse sentido, Heleno TÔRRES[21] leciona que “os art. 124 e 135, em nenhuma circunstância, têm o condão de permitir formas de desconsideração da personalidade jurídica, como pensam alguns”. E acrescenta:

Este artigo 135, portanto, contempla regra que se aplica à relação jurídica formada entre as pessoas indicadas e os que sofrem qualquer consequência patrimonial decorrente de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, tão só. Ou seja, atribui direito aos lesados de agirem regressivamente contra aqueles que lhes causaram danos com a constituição de obrigações tributárias decorrentes de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, cabendo aos que alegarem tais atos a devida prova em juízo. Nada tem que ver com “desconsideração da personalidade jurídica”, “substituição tributária” e quejandos. E mormente porque nas hipóteses dos incisos II e III do referido artigo não há atribuição de responsabilidade solidária, o que existe apenas para o inciso I (referido no art. 134, o qual determina a solidariedade para as pessoas ali elencadas).

Na jurisprudência, entretanto, há importantes precedentes no sentido de que o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional trata de responsabilidade tributária por substituição:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. UNIFORMIZAÇÃO DA MATÉRIA PELA 1ª SEÇÃO DESTA CORTE. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e proveu o recurso especial da parte agravada.

2. O acórdão a quo, nos termos do art. 135, III, do CTN, deferiu pedido e inclusão do sócio-gerente no polo passivo da execução fiscal, referente aos fatos geradores da época em que pertenciam à sociedade.

3. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente, e não apenas quando ele simplesmente exercia a gerência da empresa à época dos fatos geradores.

4. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas 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 (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

5. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN).

6. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. Precedentes desta Corte Superior.

7. Matéria que teve sua uniformização efetuada pela egrégia 1ª Seção desta Corte nos EREsp nº 260107/RS, unânime, DJ de 19/04/2004. 8. Agravo regimental não-provido.[\[22\]](#)

Gize-se, ainda, a posição de Leandro PAULSEN^[23] no sentido de que a dissolução irregular da pessoa jurídica - situação comumente utilizada pela Fazenda Pública e aceita pela jurisprudência para justificar o redirecionamento de execuções fiscais com base no art. 135, III, do Código Tributário Nacional - "não é fato gerador de tributo algum", sendo, via de regra, "posterior aos fatos geradores que implicaram o surgimento dos créditos exigidos na execução fiscal". Entende o referido autor que a dissolução irregular "faz com que se presuma a confusão patrimonial, com o locupletamento dos sócios", se amoldando, assim, à hipótese de desconsideração da personalidade jurídica mencionada no art. 50 do Código Civil.

Sintetizando, é pacífico na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de responsabilização dos sócios administradores de pessoas jurídicas se forem verificadas manobras abusivas que impliquem prejuízo à Fazenda Pública. O dissenso reside na natureza e fundamento jurídico do redirecionamento: se a hipótese é de desconsideração da personalidade jurídica com base no art. 50 do Código Civil, ou mesmo no artigo 135 do Código Tributário Nacional; ou se de responsabilidade tributária pessoal e direta, ou de responsabilidade por substituição com base no mesmo dispositivo do CTN.

Sem tencionar definir a natureza ou o fundamento jurídico do instituto que autoriza o redirecionamento das execuções fiscais, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 435, estabeleceu que "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente". Pacificou-se, assim, o entendimento de que é possível a responsabilização do sócio na circunstância mais comum de pedido de redirecionamento pela Fazenda Pública.

Na prática, desde que presentes determinados requisitos de fato, verifica-se que não há maiores implicações em razão da utilização de um ou outro fundamento jurídico de direito material para justificar o pedido de redirecionamento das execuções fiscais, haja vista que a consequência é essencialmente a mesma. Contudo, sob a perspectiva processual, a matéria ganhou relevo e vem sendo objeto de debates em sede doutrinária e

jurisprudencial após a introdução do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Processo Civil de 2015.

4. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO CPC/2015 NA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Luiz Fernando do Vale de Almeida GUILHERME e Gabriel Barreira BRESSAN^[24] destacam que antes de o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ser positivado no art. 133 do Código de Processo de Civil de 2015

não havia regramento próprio para a declaração da desconsideração da personalidade jurídica, de forma que a doutrina se dividia entre aqueles que entendiam em respeito ao devido processo legal ser necessário o ajuizamento de ação incidental com o exercício do contraditório e da ampla defesa em face dos sócios e aqueles que não foram parte do processo originário.

E outros que entendiam que bastava uma decisão fundamentada nos próprios autos do processo dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade, conforme o caso, posição que vinha sendo aceita pelos Tribunais.

Nessa senda, a jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que a aplicação da teoria da disregard doctrine dispensava a propositura de ação autônoma: REsp nº 418.385/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 19.6.2007; REsp nº 1.034.536/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 5.2.2009; AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 9.925/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.11.2011; REsp nº 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.8.2012; e AgRg no Recurso Especial nº 1.182.385/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.11.2014.

Consoante assentado no julgamento do REsp nº 1.096.604, o contraditório ficava diferido: "*... sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante quando, no âmbito do direito material forem detectados os pressupostos autorizadores da medida, a intimação superveniente da*

penhora...". Ainda, o REsp nº 1.182.620, do C. STJ sublinhou que, "garantido o direito ao contraditório, ainda que diferido, não há falar em nulidade de decisão que desconsidera a personalidade jurídica".

Para Fredie DIDIER JR.[25] o artigo 133 do Código de Processo Civil de 2015 criou um mecanismo processual para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica, na forma de uma intervenção de terceiro, na qual se promove o ingresso deste em juízo com o objetivo de dirigir-lhe a responsabilidade patrimonial. Com fulcro nos dispositivos legais que regem o incidente processual, DIDIER JR.[26] destaca:

a) Cabe em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial (art. 134, *caput*, CPC). Assim, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância desse procedimento – mesmo na execução de título extrajudicial e no cumprimento de sentença.

b) A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinada *ex officio* pelo órgão julgador. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, nos casos que justificam a sua intervenção (art. 133, CPC).

(...)

f) Instaurado o incidente, o terceiro será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis, em quinze dias (art. 135, CPC). Com essa regra, concretiza-se o princípio do contraditório. Conforme sempre defendemos neste *Curso*, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância do princípio do contraditório. O dispositivo encerra, assim, antiga controvérsia.

g) A instauração do incidente *suspende* o processo (art. 134, §3º, CPC), salvo quando a desconsideração foi requerida na petição inicial, quando, como vimos, não é o caso de intervenção de terceiro (art. 134, § 2º, CPC). A instauração deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor, para que proceda às anotações devidas (art. 134, § 1º, CPC).

(...)

i) Aplica-se ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica o regime da tutela provisória da urgência. Pode-se, então, pedir a antecipação dos efeitos da desconsideração, uma vez preenchidos os pressupostos gerais da tutela de urgência (arts. 300 e segs., CPC).

Conforme se infere do citado excerto, o aclamado processualista não faz distinção entre as hipóteses de desconsideração nos diversos ramos do direito e às teorias "maior" e "menor" da desconsideração. Sem maiores objeções, afirma ser o incidente aplicável mesmo aos casos de execução de título extrajudicial, a exemplo das execuções fiscais.

A 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região acatou essa leitura estreita do novo dispositivo processual, conforme se extrai da ementa ora colacionada:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DO FEITO AO SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- O CPC/15 disciplinou em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o qual passou a ser necessário para análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios. A instauração do incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos previstos pelo art. 50 do Código Civil de 2002.

- Esse incidente aplica-se, em toda sua extensão, à Fazenda Pública, por expressa disposição do artigo 4º. § 2º, da Lei de Execuções Fiscais, que prevê que "à dívida ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial".

- Registre-se que os atos direcionados à satisfação do crédito tributário foram estabelecidos entre a União Federal e a devedora (titular da relação contributiva) e não podem ser opostas indiscriminadamente aos sócios. Eventual modificação da situação

econômico-patrimonial da empresa executada já no curso do processo não é motivo bastante para o redirecionamento da execução aos sócios; para se responsabilizar os sócios é necessário que se demonstre que os sócios contribuíram ilegalmente para a constituição da dívida tributária.

- Agravo de instrumento a que se dá provimento.[\[27\]](#)

O Desembargador Federal Relator do acórdão acima, Wilson Zauhy, concluiu que:

Esse incidente aplica-se, em toda sua extensão, à Fazenda Pública, por expressa disposição do artigo 4º § 2º, da Lei de Execuções Fiscais, que prevê que “à dívida ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”.

Diante do precedente acima, Silas Nunes GOULART[\[28\]](#) considera estar superada a Súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça, anteriormente citada. Para esse autor o “redirecionamento sem o incidente com um contraditório, é completamente incompatível com o conceito de processo no Estado Constitucional, em relação ao qual a Lei nº 13.105/15, no tocante a jurisdição civil, é sua expressão mais concreta e acabada”.

A professora e advogada Betina Treiger GRUPENMACHER[\[29\]](#) resume os argumentos favoráveis à aplicação da nova sistemática processual às execuções fiscais:

A instauração do IDPJ, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, impõe a suspensão do processo até que seja decidida definitivamente a possibilidade ou não da responsabilização pessoal dos administradores, por incursão na hipótese prevista no artigo 50 do CC, qual seja, o abuso de personalidade jurídica por confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

O novo CPC busca estabelecer uma Teoria Geral do Processo, em decorrência da qual aplicar-se-ão suas regras não só ao Processo Civil, mas também aos processos judiciais atinentes a outros ramos do Direito, entre eles o Tributário, o que se conclui, inclusive, pela dicção do artigo 15, que prevê a aplicação subsidiária e supletiva das normas do CPC aos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas.

Considerada ainda a previsão expressa no artigo 1º da Lei 6.830/80, no sentido de que se aplicam subsidiariamente às execuções fiscais as regras do Processo Civil, é possível afirmar, com segurança, que o IDPJ é de todo aplicável ao Direito Tributário, em especial às hipóteses de redirecionamento das execuções fiscais.

(...)

Convenhamos, deixar de aplicar um rito procedimental que realiza o contraditório, a ampla defesa e conseqüentemente a segurança jurídica, não é, definitivamente, intelectão compatível com um Estado que se pretende democrático e de direito.

(...)

Incompatível com o rito das execuções fiscais? Não, decisivamente o IDPJ não é incompatível com o rito das execuções fiscais. O que é certamente incompatível com o rito das execuções fiscais e também com o de todos os demais processos judiciais é a inobservância de garantias fundamentais, entre as quais o direito ao contraditório, o direito à ampla defesa e o direito à segurança jurídica. É, sem dúvida, o “fim dos tempos”.

Sob outro prisma, o procurador da Fazenda Nacional Ricardo de Lima Souza QUEIROZ^[30], amparado no princípio da especialidade, que atrai a aplicação das regras específicas de direito tributário, elenca motivos pelos quais o incidente de descon sideração deve ser afastado das execuções fiscais:

De início, há duas questões, vinculadas ao mecanismo processual em foco, que ilidem a sua conformidade com a execução fiscal. Ambas se relacionam (e se incompatibilizam) com a necessidade de garantia da execução prevista na LEF, que condiciona ou direciona todo o seu procedimento.

A primeira delas diz respeito à previsão, estampada no artigo 134, parágrafo 3º do novo CPC, de que o aludido incidente suspenderá o curso do processo. Ocorre que a suspensão da prática dos atos executivos, na execução fiscal, só deve ocorrer, como regra e para o que aqui interessa, depois de “seguro o juízo”, pela penhora, depósito, seguro garantia ou fiança bancária. Note-se que o executado é citado para “pagar ou garantir a execução”.

A lógica da execução fiscal é toda voltada à proteção do crédito público. O exercício do contraditório e ampla defesa, através dos embargos à execução, pressupõe garantia da execução, sob pena de inadmissibilidade da defesa. É a dicção do artigo 16, parágrafo 1º, da Lei 6.830/80, consignando que “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”.

Anote-se, também, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não se configura hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual não suspende a prescrição tributária. Ou seja, teríamos uma hipótese de suspensão da execução fiscal sem a correlata suspensão do fluxo do prazo prescricional para a cobrança do crédito. Lembre-se que casos de suspensão da prescrição tributária dependem de previsão em lei complementar, nos termos do artigo 146, III, “b”, da Constituição Federal.

Já outro aspecto, atrelado ao primeiro, concerne na contemplação, insculpida nos artigos 135 e 136 do Código de Processo de Civil de 2015, de instrução probatória no incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Ora, assim como a suspensão do processo, a dilação probatória na execução fiscal está condicionada à “garantia do juízo”, vez que a única possibilidade de produção ampla de provas no procedimento regido pela Lei 6.830/80 se dá nos embargos à execução. O artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 6.830/80 preceitua que “no prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.”.

Exatamente nessa perspectiva é que não se pode invocar a exceção de pré-executividade, enquanto mecanismo de defesa admissível na execução fiscal pela doutrina e jurisprudência, para justificar a aplicação do incidente de desconsideração no indigitado procedimento especial. Isto porque a exceção de pré-executividade tem hipótese de cabimento restrito a “matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”, conforme Súmula 393 do STJ. Já o incidente de desconsideração permite irrestrita produção de provas.

Em última análise, o manejo do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, no âmbito da execução fiscal, traria a vantagem ao executado de afastar, ao mesmo tempo, as condicionantes para oposição dos embargos à execução – garantia da execução - e para propositura da exceção de pré-executividade - matérias que não dependam de dilação probatória. Fere-se, com isso, toda a lógica sistêmica da Lei 6.830/80.

Por outro lado, no específico caso de inclusão de sócios gerentes no polo passivo de execuções fiscais com base na Súmula 435 do STJ, deve-se consignar que há uma presunção de dissolução irregular, constatada na execução fiscal por oficial de justiça dotado de fé pública, germinando uma nítida verossimilhança de sujeição passiva tributária. Aliada à urgência ínsita a qualquer procedimento executivo, tem-se a autorização para a dilação do contraditório, fruível em momento posterior à ampliação subjetiva da demanda. Verossimilhança de alegações e risco de ineficácia do provimento final excepcionam o princípio do contraditório, disto também resultando a incompatibilidade do incidente de desconconsideração com as hipóteses de “redirecionamento” das execuções fiscais estribadas na citada Súmula 435 do STJ.

Atenta à controvérsia estabelecida, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, estabeleceu que a Súmula nº 435 continua aplicável às execuções fiscais, porém, a presunção de dissolução irregular da empresa não pode ser aplicada às execuções de título judicial:

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.

3. Não localizada a pessoa jurídica executada no endereço constante do cadastro da junta comercial e havendo posterior pleito do credor para redirecionamento ao sócio, este deve ser citado para o regular exercício do contraditório, de modo que, somente após essa providência, poderá o magistrado decidir pelo redirecionamento, ou não, sem prejuízo da adoção de eventuais medidas cautelares em favor do exequente, como o arresto.

4. No caso dos autos, o pleito de redirecionamento, anterior ao início de vigência do CPC/2015, dá-se em execução de sentença de verba honorária, a qual fora arbitrada em ação consignatória tributária ajuizada pela pessoa jurídica, cuja não localização só ocorreu por ocasião de sua citação no processo executivo, contexto que autoriza a instauração do incidente de desconsideração da personalidade nos próprios autos da execução de sentença, com a citação do sócio para o exercício do contraditório.

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.[\[31\]](#)

O entendimento pela incompatibilidade entre o incidente de desconsideração introduzido pelo CPC/2015 e as regras específicas das execuções fiscais tem sido apoiado em debates promovidos pela magistratura nacional:

Enunciado nº 53, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam): "O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015".

Enunciado nº 229, da III Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: "A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta".

Enunciado nº 6 do I Fórum Nacional de Execução Fiscal (FOREXEC): "a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015".

Ademais, também é o posicionamento dominante no âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO GERENTE À ÉPOCA DAS INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA APURADAS PELO FISCO. POSSIBILIDADE. ART 135, III, DO CTN. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DO SR. OFICIAL DE JUSTIÇA INFORMANDO QUE A EMPRESA ESTÁ DESATIVADA. POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA DÍVIDA EXEQUENDA. SÚMULA 435 DO STJ. PRECEDENTES. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. NÃO CABIMENTO AOS EXECUTIVOS FISCAIS. SISTEMÁTICAS INCOMPATÍVEIS. PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEF E DO CTN. NECESSIDADE DE GARANTIA DE CONTRADITÓRIO, NOS TERMOS DO DISCIPLINADO NOS ARTIGOS 9º E 10 DO NCP. DESCABIMENTO. ESPÉCIE DE DEFESA PRÉVIA QUE SOMENTE É

OPORTUNIZADA ÀQUELES QUE JÁ INTEGRAM A LIDE PROCESSUAL. SÓCIO ADMINISTRADOR QUE SOMENTE PASSA A SER PARTE NO FEITO APÓS O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA. MEIO DE DEFESA ASSEGURADO COM A POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO E EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Enunciado ENFAM nº 53: "O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015". Recurso não provido.[32]

Segue trecho do voto vencedor do acórdão acima, proferido pelo Desembargador Relator Ruy Cunha Sobrinho, que resume os principais argumentos contrários à aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais:(...)

Veja-se que a incompatibilidade das normas que regem o Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica (artigos 133 a 137 do NCPC) subsiste no fato de que quando este é suscitado ocorre a suspensão do curso do processo (artigo 134, § 4º, do NCPC), a qual mostra-se impossível nas execuções fiscais, pois a aludida suspensão, em regra, somente ocorre depois de "seguro o juízo". Esta medida é obrigatória inclusive quando o executado quer apresentar defesa que demande dilação probatória (artigo 16, § 1º, da Lei de Execuções Fiscais – Lei n. 6.830/80).

Ademais, a existência do aludido incidente não se encontra entre as hipóteses passíveis de suspender a exigibilidade do crédito exequendo (artigo 151 do Código Tributário Nacional) e tampouco cuida-se de causa de suspensão ou interrupção de seu prazo prescricional, o qual continuaria a correr, muito embora o curso do feito estivesse suspenso, nos termos do referido artigo 134, § 4º, do CPC/2015.

Quanto a mencionada incompatibilidade, confira-se trecho de artigo publicado pelo Dr. Ricardo de Lima Souza Queiroz, Procurador da Fazenda Nacional:

(...)

Justamente por conta da mencionada incompatibilidade entre o Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica e a

sistemática da execução fiscal que, durante seminário denominado “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, 500 magistrados aprovaram 62 enunciados quanto a aplicação do CPC/2015, estando entre as matérias discutidas a incompatibilidade acima exposta, razão pela qual foi editado o Enunciado n. 53 que assim dispõe: “53) O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.” (Disponível em: [VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf](#)>. Acesso em 28 de novembro de 2017.)

Assim, nos termos do acima disposto, não há como garantir o direito do sócio a apresentação de defesa “prévia”, com fundamento no artigo 135 do CPC/2015, pois as disposições do capítulo no qual está inserido são incompatíveis com a sistemática dos executivos fiscais. Se não bastasse isso, o agravado não solicitou a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa executada (artigo 50 do Código Civil), mas sim a inclusão do sócio administrador no polo passivo da execução, na medida em que, nos termos do caput do artigo 135 do Código Tributário Nacional, este seria pessoalmente responsável “pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. ”

Não se olvida que o efeito prático da desconconsideração da personalidade jurídica (artigo 50 do CC) e da responsabilidade solidária estabelecida no artigo 135 do CTN, seja similar, mas além de suas hipóteses de incidência serem diferentes, este último, que não exige qualquer intimação do sócio antes de sua inclusão na relação processual, em razão do princípio da especialidade prevalece sobre a previsão do Código Civil. Nestes termos, confira-se enunciado aprovado por 44 juízes atuantes nas varas federais especializadas em execuções fiscais, durante debate sobre o impacto das mudanças do CPC/2015 sobre os processos judiciais que tratam de dívidas com a fazenda nacional: “6. A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015. ” (Disponível em: Acesso em 28 de novembro de 2017.)

Neste mesmo sentido, confira-se precedentes desta Corte de Justiça:

(...)

E nem se diga que é necessário garantir defesa prévia do sócio, nos termos do disciplinado nos artigos 9º e 10 do CPC/2015. Isto porque, embora seja indiscutível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos executivos fiscais, entendo que a norma exposta nos mencionados artigos 9º e 10 do CPC/2015, qual seja, de que não se deve proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, somente se aplica aos indivíduos que já integram a relação processual. Para melhor elucidar a orientação acima exposta, trago a colação o conteúdo dos referidos artigos, os quais deixam claro que a defesa prévia deve ser assegurada às partes:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

(...)

No presente caso, como o sócio somente participa do feito a partir do momento em que é deferido o pedido de sua inclusão no polo passivo da demanda, não há como e nem porque oportunizar defesa prévia nos termos dos artigos acima colacionados.

(...)

Ressalto que a orientação acima exposta não ofende o disciplinado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, na medida em que o direito ao contraditório e a ampla defesa do sócio poderá ser exercido através de apresentação de Embargos à Execução (art. 16, da LEF) ou mesmo de Exceção de pré-executividade.

III. Assentado o entendimento de que desnecessário garantir o prévio contraditório ao sócio, passo a explicar os motivos pelos quais entendo que há circunstância apta a autorizar o redirecionamento da execução ao sócio gerente da empresa executada, nos termos do requerido pelo agravante.

(...)

Inúmeros acórdãos do Tribunal de Justiça do Paraná são no mesmo sentido e acrescentam outros argumentos contrários à aplicação do incidente de desconsideração às execuções fiscais. Em voto condutor da 3ª Câmara Cível, proferido nos autos de Agravo de Instrumento nº 1627382-4, o Desembargador Osvaldo Nallim Duarte firmou o seguinte entendimento:

Especificamente, a instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica é conflitante com a ideia de celeridade dos executivos fiscais, enfatizando-se que a suscitação do referido incidente acarretaria a suspensão do processo. Também há de se salientar que inexistente norma preconizando que o incidente regulado no CPC/2015 suspenderia/interromperia o prazo prescricional, o que criaria uma situação em que a execução fiscal fica sobrestada sem que isso ocorra com o curso do prazo prescricional.

(...)

Ainda, é de se asseverar que o pedido de redirecionamento da execução fiscal não se confunde com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. É que, enquanto o pleito de redirecionamento é baseado no art. 135, III, do CTN, buscando a responsabilização dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado em relação a créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o pedido de desconsideração baseia-se no artigo 50 do Código Civil, o qual dispõe que "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir (...) que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica". Constata-se, como uma diferença notória e significativa, que o redirecionamento da execução fiscal enseja a substituição do polo

passivo, ao passo que a desconsideração da personalidade jurídica motiva a sua ampliação.[\[33\]](#)

Em voto vencedor proferido na 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, nos autos de Agravo de Instrumento nº 1642067-8, o Desembargador Rubens Oliveira Fontoura concluiu:

De mais a mais, o CPC/2015 traz o incidente de desconsideração da personalidade jurídica dentro do capítulo relacionado a intervenção de terceiro, o que, obviamente, não é o caso quando se está diante da responsabilização do sócio-gerente da empresa, pois, passando a figurar no polo passivo da relação processual, será tratado como sujeito passivo da relação jurídico-tributária.[\[34\]](#)

Ainda sobre a controvérsia relativa à possibilidade de utilização ou não do artigo 50 do Código Civil como fundamento para o redirecionamento de execuções fiscais, merece nota que, pouco depois do início da vigência do novo diploma processual, a Fazenda Pública paranaense pleiteou a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em execução fiscal na qual se identificou a existência de grupo econômico de fato, em que uma determinada empresa teria sido criada para ocultar o patrimônio de outra, devedora de tributos (teoria indireta da desconsideração). Sendo caso de “confusão patrimonial”, sustentou-se que não seriam aplicáveis as regras de responsabilidade tributária do Código Tributário Nacional, mas de desconsideração da personalidade jurídica do artigo 50 do Código Civil. Assim, como o incidente permite a integração à lide de terceiro, a empresa criada para ocultar o patrimônio seria citada no processo de execução fiscal. Todavia, coerente com o posicionamento pela incompatibilidade do incidente do art. 133 do CPC/2015 com as regras específicas das execuções fiscais, o pedido fazendário foi rejeitado, em acórdão com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA - ARTS. 133 A 137 DO CPC/15 - PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO - INVIABILIDADE DE USO DO INCIDENTE EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL - INCOMPATIBILIDADE SISTEMÁTICA - DESCABIMENTO NOS EXECUTIVOS FISCAIS - NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.[\[35\]](#)

Além dos argumentos expostos nos demais acórdão sobre a matéria, a Desembargadora Relatora Denise Hammerschmidt afirmou que a Fazenda Pública deveria ajuizar ação autônoma para reconhecimento de grupo econômico, conforme se extrai do excerto abaixo:

A pretensão do Agravante: do reconhecimento de grupo econômico de fato.

Acontece, todavia, que o desejo do Agravante não consiste na desconsideração da pessoa jurídica, mas sim, no reconhecimento de um grupo econômico de fato, com a consequente responsabilização de terceira empresa sobre dívidas geradas por outra empresa.

(...)

Deve-se esclarecer, todavia, que o reconhecimento de grupo econômico (seja o "de direito" ou seja o "de fato") não está expressamente previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015. Reconhecendo este contexto, o juízo a quo indeferiu o pedido do Agravante, por entender que tal medida não seria possível em um incidente de desconsideração de personalidade jurídica.

Diante das informações trazidas, observa-se que é possível sustentar a extensão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para abranger a reconhecimento de grupo econômico de fato. Contudo, a possibilidade de sustentação não quer dizer que qualquer instrumento pode ser apto para fazer tal alegação. Ou seja, deve o Agravante utilizar um instrumento adequado para pleitear o reconhecimento de grupo econômico, o que não foi observado no caso em apreço. O que se quer dizer, portanto, é que o pedido é juridicamente possível, mas que o instrumento utilizado não é adequado para analisar o mérito da questão trazida à lume.

Em outras palavras, o que se pretende esclarecer neste ato é que não será analisado o mérito da questão (o exame do reconhecimento de grupo econômico) nesta decisão. Não porque esta Câmara está se negando a analisar a matéria, mas sim, porque foi utilizado um procedimento adequado, como será explanado no próximo item.

(...)

Ao contrário do que foi sustentado no voto acima, não há diferenciação clara entre a desconsideração de personalidade jurídica e o reconhecimento de grupo econômico de fato, porquanto, conforme

referido neste trabalho, este é espécie daquela. De todo modo, devem ser respeitados os argumentos relativos à incompatibilidade sistemática do incidente com as regras próprias das execuções fiscais.

Na linha dos precedentes citados, também não é exigível à Fazenda Pública manejar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica quando no curso da execução fiscal for identificada a sucessão presumida de empresas. Consoante o exposto em linhas passadas, trata-se de situação na qual os sócios de uma determinada empresa cujas atividades estejam comprometidas por elevado passivo, para continuar a atividade, encerram (irregularmente) essa pessoa jurídica e criam uma nova, registrada em nome de “laranjas”, transferindo a essa o patrimônio da primeira (teoria expansiva da desconsideração).

O artigo 133, *caput*^[36], do Código Tributário Nacional, ampara o redirecionamento de execuções fiscais nos casos de sucessão presumida de empresas, na medida em que a expressão “por qualquer título” abrange as situações de sucessão presumida. Na doutrina, Sacha Calmon Navarro COELHO^[37] leciona:

Importa gizar que a sucessão não precisa sempre ser formalizada, admitindo a jurisprudência a sua presunção desde que existentes indícios e provas convincentes (matéria de fato, caso a caso). Assim sendo, se alguém ou mesmo uma empresa adquire de outra os bens do ativo fixo e o estoque de mercadorias e continua a explorar o negócio, presume-se que houve aquisição do fundo de comércio, configurando-se a sucessão e a transferência da responsabilidade tributária.

O Tribunal de Justiça do Paraná segue o mesmo entendimento:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - DECISÃO QUE DETERMINOU O REDIRECIONAMENTO DO FEITO EM FACE DE PESSOA JURÍDICA DIVERSA COM FUNDAMENTO NA SUCESSÃO EMPRESARIAL (ART. 133, DO CTN) - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE ATO FORMAL DE COMPRA E VENDA DO FUNDO DE COMÉRCIO - IRRELEVÂNCIA - SUCESSÃO PRESUMIDA ADMITIDA PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA - COMPROVAÇÃO MEDIANTE INDÍCIOS E PROVAS CONVINCENTES - EXERCÍCIO DA MESMA ATIVIDADE, MESMO ENDEREÇO E SÓCIOS - ALEGAÇÕES DA AGRAVANTE QUE SÃO INAPTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS

DA DECISÃO AGRAVADA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[\[38\]](#)

Depreende-se do julgado acima, ademais, que a sucessão empresarial presumida dispensa a propositura de ação autônoma, bastando o simples redirecionamento da execução fiscal.

5. CONCLUSÃO

A personalidade jurídica é um atributo conferido pelo Estado a entidades que preenchem determinados requisitos. Ela concede ao ente a capacidade de ser sujeito de direitos e de responder com seu próprio patrimônio pelas obrigações assumidas.

A pessoa jurídica dotada de autonomia e independência é essencial para o desenvolvimento das relações civis e comerciais, na medida em que reduz os riscos das pessoas que as fundam ou nelas investem o seu patrimônio.

Porém, como a pessoa jurídica é imaterial, necessita de representantes, ou seja, de indivíduos humanos para conduzir suas ações. Estes, por variadas razões, muitas vezes passam a se valer do escudo de proteção da personalidade jurídica para encobrir a prática de atos ilícitos.

Para coibir fraudes e o abuso na utilização de pessoas jurídicas, impôs-se ao sistema jurídico criar algum mecanismo que, nesses casos, fosse capaz de promover a responsabilização dos verdadeiros autores das condutas ilícitas, ou seja, das pessoas naturais escondidas sob o véu da pessoa jurídica. Nesse contexto surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

No Brasil, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica está prevista em diversos dispositivos legais. O tratamento conferido pela legislação ao instituto ora exige maior cautela para a sua utilização (prova inequívoca de abuso/fraude), ora menor cautela (mero obstáculo ao ressarcimento). Essa característica do ordenamento pátrio implica considerável controvérsia interpretativa na doutrina e jurisprudência. No âmbito do direito tributário a cizânia é especialmente notada.

A persecução judicial do crédito tributário pela Fazenda Pública muitas vezes exige a responsabilização de terceiros, sob pena de absoluta ineficácia. Esse mister pode ser levado a efeito por meio de ações fiscais

autônomas ou, na maioria dos casos, no curso do próprio executivo fiscal. Nesses casos, não obstante o esforço de abalizada doutrina e jurisprudência em tentar demarcar as hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade tributária, fato é que a redação dos dispositivos legais de regências não permite estabelecer com clareza o espaço de cada instituto. Sequer há consenso sobre a natureza jurídica do instituto positivado no artigo 135 do Código Tributário Nacional.

A controvérsia se reflete na seara processual quando se discute a (in)compatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica do CPC/2015 com o rito das execuções fiscais. Houvesse melhor acerto técnico-legislativo, poder-se-ia definir com maior precisão os casos de desconsideração da personalidade jurídica ensejadores do incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015 e os de responsabilidade tributária.

A doutrina e os precedentes judiciais colacionados neste trabalho demonstram que, na quadra atual, o fundamento jurídico material do pedido de redirecionamento da execução fiscal perde relevância, sendo considerado de modo secundário em face dos diversos aspectos processuais que tornam incompatíveis o novo incidente processual e as execuções fiscais.

Prevalecem, com efeito, com alicerce no princípio da especialidade, os diversos argumentos de ordem processual que afastam das execuções fiscais o incidente de desconsideração da personalidade jurídica criado pelo Código de Processo Civil de 2015, independentemente da controvérsia interpretativa presente no campo do direito material.

Curitiba, 12 de abril de 2018.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 926.900-3 - São Miguel do Iguazu, Relator: Des. Paulo Habith, 3ª Câmara Cível, julgado em 29.01.2013, publicado em 05.02.2013. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 05.04.2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento n.52.781 – Alagoas. Processo n. 2003.05.00.032774-0, Relator: Des. Federal Cesar Carvalho (Substituto), 1ª Turma, julgado em 16/02/2006, publicado em 10/03/2006. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 05.04.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 8115655400 – São Paulo, Relator: Des. Magalhães Coelho, 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 03.02.2009, publicado em 26.02.2009. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 05.04.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 930.334 – Alagoas, Relator: Min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 06.12.2007, publicado em 01/02/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06.04.2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0022670-51.2016.4.03.0000 – São Paulo, Relator: Des. Wilson Zauhy, 1ª Turma, julgado em 30.05.2017, publicado em 12.06.2017. Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 07.04.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.315.166 – São Paulo, Relator: Des. Gurgel de Faria, 1ª Turma, julgado em 16.03.2017, publicado em 26.4.2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.04.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0037275-69.2017.8.16.0000 - Campo Largo, Relator: Des. Ruy Cunha Sobrinho, 1ª Câmara Cível, por maioria, julgado em 06.02.2018, publicado em 09.02.2018. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 08.04.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 1.627.382-4 – Guarapuava, Relator: Des. Osvaldo Nallim Duarte, 3ª Câmara Cível, julgado em 30.05.2017, publicado em 05.06.2017. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 08.04.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 1.642.067-8 - Terra Roxa, Relator: Des. Rubens Oliveira Fontoura, 1ª Câmara Cível, por maioria, julgado em 27.06.2017, publicado em 16.08.2017. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 08.04.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 1.539.830-4 - Foz do Iguaçu, Relatora: Des. Denise Hammerschmidt, 3ª Câmara Cível, julgado em 18.10.2016, publicado em 24.10.2016. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 09.04.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1.342.066-5 – Santo Antônio do Sudoeste, Relator: Des. Antonio Renato Strapasson, 2ª Câmara Cível, julgado em 09.06.2015, publicado em 24.06.2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 09.04.2018.

CASTRO, Aldemario Araujo. *Aplicação no Direito Tributário da desconsideração da personalidade jurídica prevista no novo Código Civil*. Revista Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10234/aplicacao-no-direito-tributario-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-prevista-no-novo-codigo-civil/1>>. Acesso em 03 abr. 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. I. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v.1: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOULART, Silas Nunes. *Da Ilegalidade do Redirecionamento da Execução Fiscal sem o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica após o Advento do CPC/2015 e a Superação da Súmula 435/STJ*.

Valor Tributário, jun. 2017. Disponível em: <<https://www.valortributario.com.br/ilegalidade-redirecionamento-da-execucao-fiscal-sem-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica/>>. Acesso em 05 abr. 2018.

GOUVEIA, Mila. *Desconsideração da personalidade jurídica nas modalidades inversa, indireta e expansiva, qual a diferença entre elas?* Blog – Editora Juspodivm, 2015. Disponível em: <blog.editorajuspodivm.com.br/post/11268710344/desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-persona

lidade-jur%C3%ADica-nas>. Acesso em: 02 abr. 2018.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Fim dos tempos: Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório.* Revista Consultor Jurídico, nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-03/betina-grupenmacher-juizes-criam-enunciado-contraditorio>>. Acesso em 05 abr. 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida; BRESSAN, Gabriel Barreira. *Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no NCPC.* Migalhas, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253462,21048-Do+incidente+de+desconsideracao+da+pesonalidade+juridica+no+NCPC>>. Acesso em 03 abr. 2018.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade.* 30. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário.* 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. *Incidente de desconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal.* Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>>. Acesso em 05 abr. 2018.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v.1: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 220.

[2] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. 30. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 38.

[3] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1: 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 351.

[4] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1: 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 351-352

[5] O professor Rubens REQUIÃO lembra que a decisão da Corte de Apelação foi posteriormente anulada pela *Hause of Lords* britânica, por considerarem que não havia nada na lei que impedisse a manobra perpetrada pelo sócio administrador da empresa. Mas, a tese lançada na decisão reformada repercutiu, dando origem à doutrina da *diregard of legal entity*. (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1: 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 352.)

[6] COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2: 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46-54.

[7] Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

[8] Art. 2º ...

(...)

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. ([Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

[9] COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2: 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-45.

[10] Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[11] Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

[12] GOUVEIA, Mila. *Desconsideração da personalidade jurídica nas modalidades inversa, indireta e expansiva, qual a diferença entre elas?* Blog – Editora Juspodivm, 2015. Disponível em: <blog.editorajuspodivm.com.br/post/11268

7103444/desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADdica-nas>. Acesso em: 02 abr. 2018.

[13] CASTRO, Aldemario Araujo. *Aplicação. Aplicação no Direito Tributário da desconsideração da personalidade jurídica prevista no novo Código Civil*. Revista Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10234/aplicacao-no-direito-tributario-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-prevista-no-novo-codigo-civil/1>>. Acesso em 03 abr. 2018.

[14] CASTRO, Aldemario Araujo. *Aplicação no Direito Tributário da desconsideração da personalidade jurídica prevista no novo Código Civil*. Revista Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10234/aplicacao-no-direito-tributario-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-prevista-no-novo-codigo-civil/1>>. Acesso em 03 abr. 2018.

[15] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 236.

[16] TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 470.

[17] SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 747.

[18] BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 926.900-3 - São Miguel do Iguazu, Relator: Des. Paulo Habith, 3ª Câmara Cível, julgado em 29.01.2013, publicado em 05.02.2013. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 05.04.2018.

[19] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento n.52.781 – Alagoas. Processo n. 2003.05.00.032774-0, Relator: Des. Federal Cesar Carvalho (Substituto), 1ª Turma, julgado em 16/02/2006, publicado em 10/03/2006. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 05.04.2018.

[20] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 8115655400 – São Paulo, Relator: Des. Magalhães Coelho, 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 03.02.2009, publicado em 26.02.2009. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 05.04.2018.

[21] TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 471-472.

[22] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 930.334 – Alagoas, Relator: Min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 06.12.2007, publicado em 01/02/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06.04.2018.

[23] PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 918.

[24] GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida; BRESSAN, Gabriel Barreira. *Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no NCPC*. Migalhas, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253462,21048-Do+incidente+de+desconsideracao+da+pesonalidade+juridica+no+NCPC>>. Acesso em 03 abr. 2018.

[25] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. I. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 521.

[26] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. I. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 526-528.

[27] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0022670-51.2016.4.03.0000 – São Paulo, Relator: Des. Wilson Zauhy, 1ª Turma, julgado em 30.05.2017, publicado em 12.06.2017. Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 07.04.2018.

[28] GOULART, Silas Nunes. *Da Ilegalidade do Redirecionamento da Execução Fiscal sem o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica após o Advento do CPC/2015 e a Superação da Súmula 435/STJ*. Valor Tributário, jun. 2017. Disponível em: <<https://www.valortributario.com.br/ilegalidade-redirecionamento-da-execucao-fiscal-sem-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica/>>. Acesso em 05 abr. 2018.

[29] GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Fim dos tempos: Magistrados reunidos aprovam enunciado contra o direito de defesa e o contraditório*. Revista Consultor Jurídico, nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-03/betina-grupenmacher-juizes-criam-enunciado-contraditorio>>. Acesso em 05 abr. 2018.

[30] QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. *Incidente de desconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal*. Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>>. Acesso em 05 abr. 2018.

[31] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.315.166 – São Paulo, Relator: Des. Gurgel de Faria, 1ª Turma, julgado em

16.03.2017, publicado em 26.4.2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.04.2018.

[32] BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0037275-69.2017.8.16.0000 - Campo Largo, Relator: Des. Ruy Cunha Sobrinho, 1ª Câmara Cível, por maioria, julgado em 06.02.2018, publicado em 09.02.2018. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 08.04.2018.

[33] BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n.1.627.382-4 - Guarapuava, Relator: Des. Osvaldo Nallim Duarte, 3ª Câmara Cível, julgado em 30.05.2017, publicado em 05.06.2017. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 08.04.2018.

[34] BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n.1.642.067-8 - Terra Roxa, Relator: Des. Rubens Oliveira Fontoura, 1ª Câmara Cível, por maioria, julgado em 27.06.2017, publicado em 16.08.2017. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 08.04.2018.

[35] BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 1.539.830-4 - Foz do Iguaçu, Relatora: Des. Denise Hammerschmidt, 3ª Câmara Cível, julgado em 18.10.2016, publicado em 24.10.2016. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 09.04.2018.

[36] Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

[37] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 624.

[38] BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1.342.066-5 - Santo Antônio do Sudoeste, Relator: Des. Antonio Renato



Strapasson, 2ª Câmara Cível, julgado em 09.06.2015, publicado em 24.06.2015. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 09.04.2018.

CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO INSTRUMENTO CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

ANA KAROLLINA BENEDETTI

BETTONI: Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO

(Orientador)[1]

RESUMO: A Constelação Sistêmica ou Constelação familiar, consiste em uma técnica breve, que tem como método a visão sistêmica e transgeracional, por meio do uso de representação e imagens com o propósito de promover a solução consensual do litígio. Devido à crescente implementação e incentivo no Judiciário brasileiro das técnicas consensuais de conflitos, vem sendo sede de grandes debates a regulamentação dessa nova técnica, por meio da aprovação do Projeto de Lei nº 9.444 de 2017 de iniciativa popular, nos moldes da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Pública de tratamento de conflitos. Consistindo em uma forma de pré-mediação, agindo em conjunto com a conciliação e mediação, como mais um mecanismo consensual de solução de litígio apresentado as partes, a fim de resolver de forma consensual a demanda, assim, para verificar a possibilidade de regulamentação desse novo método, faz-se necessário nesse trabalho de pesquisa bibliográfica e documental, o estudo da Política Pública de tratamento de conflito, a importância da conciliação e mediação, e a análise da possível regulamentação da Constelação Sistêmica, a fim de ser mais um meio consensual de solução de litígios.

Palavras-chave: Conciliação; Mediação; Política Pública de tratamento de conflito, Constelação sistêmica no Judiciário; Solução consensual de conflito

ABSTRACT: The Systemic Constellation or Family Constellation consists of a brief technique, which method is the systemic and transgenerational view, through the use of representation and images with the aim of promoting the consensual resolution of the conflict. Due to the growing application and encouragement in the Brazilian Judiciary of the consensus techniques of conflicts, it has been a great debate to regulate this new approach,

through the approval of Bill No. 9.444 of 2017 of popular initiative, in the mold of Resolution 125/2010 the National Council of Justice, which copes with the public policy of dealing with conflict. Consisting of a form of pre-mediation, acting in conjunction with conciliation and mediation, the other consensual dispute settlement mechanism presented to the parties, in order to resolve the consensual demand, thus, to verify the prospect of regulation of this new method, this bibliographical and documentary research requires, the study of the Public Policy of conflict treatment, the importance of conciliation and mediation, and the analysis of the possible regulation of the Systemic Constellation, in order to be another consensual means for the settlement of disputes.

Keywords: Conciliation; Mediation; Public Policy of conflict treatment, Systemic Constellation in the Judiciary; Consensual conflict resolution.

Sumário: 1 Introdução. 2 Política Pública de Resolução Consensual de conflito. 2.1 Conciliação e Mediação. 3. Sobrecarga do Judiciário. 4. Constelação Sistêmica. 4.1 Projeto de Lei 9.444 de 2017. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas 7. Apêndice A.

1. INTRODUÇÃO

O Estado de Direito tem como função primordial regular as diversas relações dos indivíduos em sociedade, visando garantir a ordem social, por meio da elaboração de normas que asseguram direitos a todos os homens. Para tanto, é dever do Estado oferecer mecanismos para resguardar os direitos por ele instituídos, quando os mesmos forem violados, o que é tutelado como acesso à Justiça[2].

Na busca de tornar efetivo esse preceito Constitucional, o Estado amplia o acesso ao Poder Judiciário, a fim de torná-lo um órgão cada dia mais acessível para solucionar os problemas jurídicos apresentados. Contudo, o Poder Judiciário se tornou a primeira via de solução de conflitos, o que desencadeou um crescente número de processos, no qual não tem capacidade para atender, tornando-o sobrecarregado[3].

Em outras palavras, Cappelletti (1988) trata que o Estado expandiu o acesso à justiça em três momentos, chamados por ele de ondas, a primeira onda foi a garantia da assistência judiciária aos hipossuficientes, já a segunda onda, ocorreu na busca de representação dos interesses difusos, que foi consolidado nas alterações no processo civil, a última, e a mais importante para esse estudo, que é denominada por ele de terceira onda, trata de uma concepção ampla de acesso à justiça, que busca por meio dos procedimentos judiciais ou extrajudiciais processar e prevenir disputas[4].

Nesse cenário, consolida-se a política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesse, que tem alcance nacional a fim de organizar a prestação de serviço nos processos, como a solução desses por métodos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação[5].

Tanto a conciliação como a mediação estão reguladas no ordenamento jurídico, a conciliação presente em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, já a mediação, por mais que há muito fora implanta, somente foi regulada recentemente por meio da Lei 13.140, 26 de junho de 2015, ambas têm se apresentado como instrumentos essenciais na efetiva solução do conflito de forma pacífica entre as partes.

Em vista do resultado desses dois métodos consensuais de solução de conflitos[6], o sistema

tem tido uma postura receptiva a outras formas consensuais de solução de litígio, como a Constelação Sistêmica, presente hoje no Judiciário[7], como um método de pré-mediação, antes da realização das audiências de conciliação e mediação, sendo apresentada como mais uma forma pacífica de resolver o conflito entre as partes

Esta pesquisa fundamenta-se no método dedutivo, já que parte de um raciocínio geral, vislumbrando uma conclusão particular. Será desenvolvida de forma descritiva, com natureza qualitativa, cujo assunto metodológico é de procedimento documental e bibliográfico.

2. POLITICA PÚBLICA DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITO

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, inclui o Art. 103-B da Constituição, que passa a vigorar sobre o Conselho Nacional de Justiça[8], instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, que tem como principal objetivo desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário[9].

O Conselho Nacional de Justiça reconhece que o nosso sistema é pluriprocessual, ou seja, tem vastas formas de resolução de conflito, seja por meio de método heterocompositivo, como o processo judicial e arbitragem, ou, por meio de método autocompositivo, como a conciliação, mediação, e por isso, é importante a análise do método de solução adequada de disputa (RAD) a fim de identificar o método de resolução que melhor vai atender as partes em resolução do conflito, levando em conta a natureza e a peculiaridade de cada caso, em busca da solução mais efetividade, célere e econômica[10]. Conforme o Manual de Mediação Judicial:

A escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade. Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que continuarão a ter contato uma com a outra (e.g. disputa entre vizinhos), em regra, recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, tal como a mediação.

Uma das Políticas Judiciárias implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça é a de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução nº 125/2010, a fim de organizar e incentivar em âmbito nacional as formas consensuais de solução de litígios, como exemplo a conciliação e mediação[11].

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Em consonância com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/11, de 16 de março de 2015^[12], traz no seu corpo, no capítulo III – Dos Auxiliares da Justiça, a Seção V, o método de conciliação e mediação, demonstrando claro estímulo à solução por autocomposição. Bem como traz como normas fundamentais a promoção dos métodos consensuais de litígios pelo Estado, assim como, pelos operadores do direito, a importância da aplicação tanto de forma pré processual como endoprocessual das formas consensuais de solução de litígios, como dispõe o Art. 3º do mencionado dispositivo:

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

Ao observar os regulamentos jurídicos, que hoje dispõe sobre a prática de mediação e conciliação, fica claro o quanto está sendo incentivado os métodos consensuais de solução de litígios, na busca de uma solução pacífica das partes. Em outras palavras, Theodoro Júnior (2017) coloca o incentivo aos novos métodos de composição de litígios como um novo marco na jurisdição, a busca da garantia de um processo justo, não mais um processo legal, que seria a busca da justiça em oposição a pura vontade da lei^[13].

2.1 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A conciliação e mediação são formas de autocomposição, que é quando um ou ambos indivíduos negociam por meio da desistência, submissão ou transação seus direitos a fim de solucionar o conflito^[14].

A conciliação é uma das formas consensuais de resolução de litígio mais utilizada, tem como principal finalidade realizar um acordo entre os litigantes, por meio do conciliador, terceiro que intervêm na busca do acordo, pode ocorrer tanto de forma extraprocessual ou endoprocessual.

Como reafirma Dinamarco (2017) a conciliação extraprocessual pode levar as partes à três formas de solução consensual, a renúncia de um direito, a submissão ou a transação, que tem como objetivo o acordo com o fim de evitar a propositura da ação, já a conciliação endoprocessual, o litígio já foi instaurado, o que não impede de conduzir as três formas de solução mencionadas, assim como a desistência da ação[15].

A mediação assim como a conciliação é uma forma consensual de resolução de litígio, o tratamento através da mediação pode ocorrer por meio de uma pluralidade de técnicas que vão da negociação, como na conciliação, à terapia, também é possível aplica-la tanto na via processual, como endoprocessual, é uma técnica que propõe a liberdade de decisão das partes na busca consensual do problema, que almeja mais que um acordo entre as partes, mas a reconstrução do relacionamento, que seria a solução integral do conflito, principalmente nos casos em que as partes tenham vínculo e tenham que conviver (SPENGLER, 2017, p. 8-15)[16].

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 define como critério de diferenciação a conciliação da mediação, o grau de ação do terceiro que promove a prática, ou seja, mediador/conciliador, e, o grau de vínculo entre as partes para definir, a fim de identificar qual método será mais benéfico para a resolução do conflito entre os litigantes. Importante ressaltar ainda, o Art. 167 do referido código dispõe que tanto o mediador como o conciliador são considerados auxiliares da justiça, servidores públicos ou profissionais liberais, estando todos sujeitos às mesmas regras de impedimento e suspeição dos juízes, de acordo com o que dispõe os Arts. 148, II, 170 e 173 do referido dispositivo[17].

A conciliação está disposta em vários dispositivos do nosso ordenamento, na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) no Art. 98 que prevê a criação dos Juizados Especiais para conciliarem, julgarem e executarem causas cíveis de menor complexidade e infrações

penais de menor potencial ofensivo, e prevê também, a Justiça de paz, com a possibilidade de exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional. Ainda no âmbito da CRFB, é regulado por meio do Art. 114 a função de conciliar e os conflitos individuais e coletivos[18].

Na Lei nº 9.099, 26 de setembro de 1995 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, coadunando com o objetivo de proporcionar uma simplificação do processo e prestação judiciária mais justa, dispondo a conciliação como forma de solução consensual de litígio conduzida por juiz togado ou leigo, ou por conciliador sob sua orientação, mesmo nas causas que excedam o limite legal de 40 salários mínimos[19].

Agora no que tange os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001, trouxe para as causas inferiores a sessenta salários mínimos, os institutos da transação penal e da composição dos danos civis[20].

Ainda, é dever do juiz promover a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais, conforme dispõe o Art. 139 do CPC.14 Da mesma forma, o Código de Ética, dispõe ser dever dos advogados incentivar a conciliação entre os litigantes[21].

Enquanto a Conciliação já possuía regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, além da sua efetiva utilização como método consensual de solução de litígio no sistema jurisdicional, a mediação, que também é método consensual de solução de litígio praticada no Poder Judiciário de todo o Brasil, não tinha regulamentação, conforme analisado, tendo como marco regulamentário a Lei. 13.140, 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, conforme[22]:

Art. 1ª Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório,

que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Por fim, importante frisar que ambas as técnicas são métodos alternativos que tem como principal função o acordo consensual entre as partes envolvidas no litígios, secundariamente, busca solucionar dificuldades da tutela jurisdicional, como o alto custo financeiro (taxas judiciárias, honorários de advogados, perícias, entre outras), a excessiva duração do processo, que fere o princípio da celeridade processual, por conta da demora nos trâmites processuais, entre outras diversas soluções (DINAMARCO, 2017, p. 58).

3. SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO

O Conselho Nacional de Justiça foi instituído pela Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, inclui o Art. 103-B da Constituição sendo um dos seus principais objetivos o controle e a transparência administrativa e processual[23], em vista disso, desde 2004, tem-se o Relatório Justiça em Números, que é a principal fonte de estatísticas oficiais do Poder Judiciário, com ele tem o alcance da realidade da estrutura e dos litígios nos tribunais brasileiros, que é composto com indicadores e análises a fim de subsidiar a Gestão Judiciária brasileira[24].

O primeiro ponto a tratar, é que as despesas do Poder Judiciário são muito altas, no resultado do Relatório em Números de 2016 totalizou uma despesa de R\$ 84.846.934.555 (oitenta e quatro bilhões, oitocentos e quarenta e seis milhões, novecentos e trinta e quatro mil e quinhentos e cinquenta e cinco reais), sendo que R\$ 75.948.590.205 (setenta e cinco bilhões, novecentos e quarenta e oito milhões, quinhentos e noventa mil e duzentos e cinco reais) são gastos com recursos humanos, correspondendo a 89,5% do valor, e o restante, que corresponde a 10,5%, que seria o total de R\$ 8.898.344.350 (oito bilhões, oitocentos e noventa e oito mil, trezentos e quarenta e quatro mil e trezentos e cinquenta centavos) com outras despesas, a exemplo informática[25].

O segundo ponto a tratar, é que o Judiciário não tem capacidade produtiva para atender a demanda de processos que entram anualmente, de acordo com o Relatório em Números de 2015, o primeiro grau recebeu uma demanda de 24,3 milhões de processos, sendo que sua capacidade anual é apenas de 27% de casos novos somado ao acervo, já a realidade do segundo grau é melhor, visto que tramitam 6,4 milhões de processos (não contando as turmas recursais), no qual conseguiram baixar 51,8%, que corresponde a 3,3 milhões de processos, o índice ficou ainda melhor no que tange a justiça de segundo grau dos estados, no qual conseguiram baixar 54,4%, que corresponde a 3,9 milhões de processos. Portanto tem uma taxa de sobrecarga no segundo grau no todo de 48%, enquanto que a do primeiro é de 73%, ou seja, 50% superior (variação absoluta de 24 pontos percentuais).

O terceiro ponto a tratar, é que embora a sobrecarga no primeiro grau seja maior que o segundo grau, o número de servidores é inferior, ocorrendo a sobrecarga dos servidores de primeiro grau, considerando todo o sistema Judiciário, no que tange ao primeiro grau de jurisdição a carga de trabalho é de 506 processos, no segundo grau a diferença é de 118%, ao olhar somente para a Justiça Estadual a sobrecarga é ainda maior, visto que para os servidores de primeiro grau a demanda de 563 processos, enquanto no segundo grau é de 245, diferença de 129%, mas a Justiça Federal é a que tem a maior sobrecarga para os servidores de primeiro grau, visto que só possui onze servidores para cada magistrado, enquanto no segundo grau possui vinte e seis servidores, diferença de 130%^[26].

Verifica-se 99,7 milhões de processos para 200 milhões de habitantes, o resultado é aproximadamente um processo para cada dois habitantes, por isso é importante o caminho inovador que vem sendo traçado pelas políticas alternativas de solução de litígios, com a finalidade de justiça ao caso concreto e conseqüente diminuição na sobrecarga do Poder Judiciário, conforme relata dados do 12ª edição do Relatório Justiça em Números (ano-base 2015), que contabilizou pela primeira vez o número de processos resolvidos por meio de acordos, fruto de mediações ou conciliações.

Esse relatório visa atender a Resolução 125/2010, de 29 de nov. de 2010, da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, que dispõe no seu Art. 2º que a Política Judiciária Nacional, deve ser acompanhada por dados estatísticos específicos, com a finalidade de garantir o melhor funcionamento dos serviços[27].

O índice de Conciliação é o indicador que computa o percentual de decisões e sentenças homologatórias de acordos em relação ao total de decisões terminativas e de sentenças. Na Justiça Estadual foram 1,8 milhão de sentenças finalizadas com acordo, representando 9,4%, a Justiça do Trabalho está melhor colocada, representando 25,3%, já a Justiça Federal vem com apenas 3%, no caso 105 mil sentenças, o que pode resultar de as demandas terem como polo processual o Estado, que não abre mão da ideia da indisponibilidade do interesse público pelo particular.

Esses resultados são importantes para verificar a efetividade dos métodos consensuais de conflito na diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário, ressaltando ainda, que esses dados foram coletados antes do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015 entrar em vigor, sendo que ela que dispõe no Art. 165 das audiências prévias de conciliação e mediação como etapa obrigatória para todos os processos cíveis[28], o que com certeza acarretará maiores índices no próximo Relatório em Números[29].

4. CONSTELAÇÃO SISTÊMICA

Em vista dos crescentes resultados que as formas consensuais de solução de litígio, como a conciliação e a mediação tem resultado no Judiciário Brasileiro, esse tem tido uma postura receptiva a outras formas consensuais de solução de litígio, como é o caso da Constelação Sistêmica, no Projeto Conciliar e Constelar[30], que é praticada como uma pré mediação, sendo um método a mais oferecido as partes para encontrarem um acordo consensual, nos moldes da Política Pública de solução de conflito[31].

Enquanto a conciliação é uma das formas consensuais de resolução que tem como principal finalidade realizar um acordo entre os litigantes, por meio do conciliador, terceiro que intervêm na busca do acordo, que pode ocorrer tanto de forma extraprocessual ou endoprocessual[32], a mediação busca o tratamento por meio de uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia, sendo também possível aplicá-la tanto na via processual, como endoprocessual[33].

Já a Constelação vem como uma espécie de pré-mediação[34], nas lições de Adhara Campos Vieira (2017), idealizadora do projeto constelar e conciliar em Brasília:

A proposta é ofertar um método em forma de palestras vivenciais quinzenais ou mensais para as partes de processos litigiosos, antes da interposição da ação ou, logo após o protocolo da petição inicial, como medida de facilitar as sessões de mediação e conciliação indicadas pelo magistrado, uma espécie de pré-mediação [...] a técnica da constelação tem se apresentado mais um recurso possível, ao ser aplicada às partes em conflito, antes mesmo de serem levadas à mesa de negociação ou mediação, ou aos indivíduos que estão sob custódia do Poder Judiciário [...] as principais diferenças da constelação para as demais técnicas de solução de conflitos já adotadas pelo CNJ (mediação, conciliação, etc.) são a visão sistêmica e transgeracionalidade. Pela primeira, o indivíduo não é considerado isoladamente, mas, e, principalmente, dentro de um contexto sistêmico e social, de um sistema, seja familiar ou organizacional. Pela segunda, a transgeracionalidade, leva-se em conta os fatores determinantes sobre o indivíduo, aspectos tais como ascendência familiar, as condições e estilo de vida, os aspectos culturais e étnicos, o desenvolvimento profissional e acadêmico, as histórias de vidas familiares por mais de uma geração, as identificações e enredamentos sistêmicos, pois tais fatores atuam fortemente sobre os membros desses sistemas, impactando, inclusive decisões, como, por exemplo,

as separações de casal, o abandono de crianças e adolescentes, o envolvimento com crime, etc.

Sendo aplicado no Projeto Conciliar e Constelar, que busca desenvolver o método da Constelação Sistêmica em demandas que envolvam indivíduos sob a custódia do Estado, como ocorreu no Lar São José, no âmbito do Poder Judiciário do Distrito Federal, e como ocorre no núcleo Bandeirante/DF, no apoio ao Programa do Superendividados, na Vara de Execução de Medidas Socioeducativas e na Vara Cível, de Família, de Órfãos e Sucessões, sendo que nos Programa Superendividados, ocorre por meio de sessões restritas aos participantes convidados, tudo no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal[35].

Bert Hellinger (2001) no seu livro “As três ordens do amor”, que são o mesmo que a três ordens sistêmica, do método de Constelação Sistêmica, trabalha o vínculo (pertencimento), o equilíbrio entre o dar e o tomar e a ordem (hierarquia), são apresentadas como três lições básicas que permeiam os conflitos humanos[36].

A primeira ordem trata que todo indivíduo tem o direito de pertencer, não importa se seus atos são aceitáveis ou reprováveis, este nasceu em um sistema familiar e tem o direito de pertencer a essa família, uma pessoa que participa de um determinado grupo, seja religioso, seja no trabalho, ou qualquer outro, não só participa, mas tem o direito de pertencer, pois no momento que é excluído, cria-se um emaranhado e a solução para esse problema somente ocorre por meio da inclusão do membro excluído pelos demais participantes do grupo.

A segunda ordem trata do equilíbrio entre dar e receber, assim, nos relacionamentos essa ordem deve ser observada, seja nas relações de mesmo nível, como exemplo um casal, em que ambos devem dar e receber para haver um equilíbrio, ou mesmo nas relações de hierarquia, como exemplo nas relações de pais e filhos, na qual os pais concedem a vida aos filhos, e os filhos a recebem com gratidão para não haver desequilíbrio.

A última, a terceira, é a da hierarquia, quem chegou primeiro tem de ser reconhecido como primeiro, tem de ser reconhecido com prioridade,

pois chegou antes dos demais, assim, os pais tem hierarquia sobre os filhos e a quebra da hierarquia acarreta problema tanto para os pais como para os filhos, pois a quebra de qualquer uma dessas leis promove um calvário, seja na forma de fracasso ou destino difíceis.

De acordo com Adhara Campos Vieira (2018) em seu livro "A Constelação Sistêmica no Judiciário"[\[37\]](#):

A constelação é um trabalho de reordenamento e liberação, seja pessoal, familiar, organizacional ou institucional. O constelador visa identificar as dinâmicas de emaranhamentos nos vínculos de pertencimento. Esse é o foco do trabalho das constelações sistêmicas, é importante verificar em que lugar está o conflito, o emaranhado, a fim de facilitar as interações humanas. Representa um novo olhar sob os conflitos nos relacionamentos, uma forma de se relacionar com maturidade, sem julgamentos e respeito ao sistema.

Por estar presente no judiciário sem regulamentação, foi proposto um Projeto de Lei de iniciativa popular à comissão de legislação participativa da Câmara dos Deputados, a fim de reconhecer a Constelação sistêmica como um instrumento de solução de controvérsias entre particulares, que será tratada no tópico a seguir.

4.1 PROJETO DE LEI 9.444 DE 2017

O Projeto de Lei 9.444 de 2017, dispõe sobre o emprego da constelação sistêmica como instrumento de mediação entre particulares a fim de assistir à solução de litígios. Foi proposta por meio de uma sugestão legislativa na Comissão Legislativa Participativa da Câmara dos Deputados[\[38\]](#).

A comissão de legislação participativa da Câmara dos Deputados foi criada através da Resolução nº 21 de 2001[\[39\]](#), com o objetivo principal de facilitar a participação popular no processo de elaboração legislativa, como ocorreu no caso mencionado, a propositura de uma sugestão legislativa feita pela Associação Brasileira de Consteladores, que foi homologado como sugestão legislativa sob o número SUG 41/2015, e

distribuído para a relatoria da Deputada Érica Kokay que deu parecer favorável, posteriormente sendo aprovada com unanimidade na Comissão de Legislação Participativa.

Assim que a sugestão legislativa é aprovada na Comissão de Legislação Participativa, ela é numerada, como foi sob o número 9.444 de 2017 e distribuída para comissões temáticas ligadas à matéria, para apreciação do mérito. Fase na qual o Projeto de Lei se encontra hoje, de acordo com acompanhamento feito no site da Câmara dos Deputados, o Projeto aguarda a designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) para emitir um parecer que sendo favorável, seguirá os tramites legais até sua recepção ou não como Lei no nosso ordenamento.

O Projeto de Lei 9.444 de 2017 que dispõe sobre a Constelação Sistêmica, vem ensejando as mesmas diretrizes da Lei. 13.140 de 2015 que dispõe sobre a Mediação entre os particulares, sendo ambas regidas pelos princípios da imparcialidade, da informalidade, da autonomia das partes, da busca da solução do conflito, da boa-fé, podendo agir tanto de forma pré processual como endoprocessual, a fim de facilitar a solução de controvérsias entre as partes.

O objeto da Constelação é o mesmo que o da mediação, que são os conflitos que versam sobre os direitos disponíveis ou indisponíveis das partes, mas que admitam transação, podendo as partes versarem sobre todo o conflito ou somente parte dele, sendo que, se versar sobre direito indisponíveis, que são suscetíveis de transição deve ser homologado em juízo e exigida a oitiva do Ministério Público. Portanto, a Constelação segue os moldes da mediação, vejamos por meio de um quadro comparativo (apêndice A) dos dispositivos em comum entre as duas, podendo assim, a Constelação vir a ser regulamentada como a mediação, como um novo método de solução consensual de litígios, a partir da aprovação do Projeto de Lei em questão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto de estudo desta pesquisa foi a Constelação Sistêmica ou Constelação Familiar como técnica consensual de solução de conflitos, nos

moldes da Resolução 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos. Tinha-se como objetivo geral demonstrar que a Constelação Sistêmica pode ser regulamentada pelo nosso ordenamento por meio da Lei 9.444 de 2017.

Sabe-se que a conciliação e mediação são técnicas consensuais de solução de conflitos que são reguladas pelas Constituição, por normas infraconstitucionais e pela própria Resolução 125/2010. A implantação da Constelação Sistêmica, vem com uma nova abordagem, pois não considera somente o indivíduo que compõe o litígio, mas também o sistema que esse indivíduo está inserido, que influencia diretamente na resolução do conflito, busca-se a mesma finalidade da técnica da conciliação e mediação, que é alcançar acordos consensuais, desestimular a judicialização dos conflitos, mas sob uma nova ótica, criando uma nova abordagem de acesso à justiça.

Assim, diante da falta de regulamentação do Estado, busca-se através de um Projeto de Lei de iniciativa popular a uniformização da técnica de Constelação Sistêmica nos Tribunais, a regulamentação como um instrumento de pré mediação entre particulares. Ressalta-se que o Projeto de Lei 9.444 de 2017 que trata da Constelação Sistêmica, enseja as mesmas diretrizes da Lei. 13.140 de 2015 que dispõe sobre a Mediação entre os particulares. Portanto, a Constelação Sistêmica deve ser recepcionada como uma técnica consensual de solução de conflito, com a aprovação do Projeto de Lei a fim de assegurar uma boa execução da prática em todo o território nacional, para ser difundida de forma unânime, e promovida a todos, por ser uma forma de acesso à justiça que tem se mostrado eficiente na busca consensual de resolução de conflitos, portanto, direito de todos.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, 20 de dezembro de 2004**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Mediação entre particulares. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

_____. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: file:///C:/Users/USUÁRIO/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Lei%209.099%20-%2026.09.1995%20-%20Juizados%20Especiais%20Civeis%20e%20Criminais.pdf. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Projeto de Lei 9.444, de 2017. **Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=906D99D3F2039B00F992F78221AC1F8E.proposicoesWebExterno1?codteor=1639803&filename=Avulso+-PL+9444/2017>. Acesso em: 2 maio 2018

_____. Resolução nº 21, de 2001. **Comissão Permanente de Legislação Participativa**, Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

_____. **Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010.** Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

_____. **Código de Ética e Disciplina da OAB.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm> Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CNJ. Relatório Justiça em números traz índice de conciliação. **Agência CNJ de Notícia**, 2016. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. **Dados Estatísticos:** Priorização do primeiro grau. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdiacao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Justiça em Número.** CNJ. 2016. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Portal Justiça em Número.** CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Missão Conselho Nacional de Justiça.** CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. **Manual de Mediação Judicial.** CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil:** volume I. 9. ed., rev. e atual. Segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017.

HELIINGER, Bert. **Ordens da ajuda.** Tradução de Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2005.

_____. **Ordens do amor.** Tradução de Newton Araújo Queiroz. São Paulo: Pensamento Cultrix, 2001.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico.** Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação**: técnicas e estágios [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do direito processual civil, processo e conhecimento e procedimento comum. v. 1. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJDFT. **Relatório da pesquisa de satisfação do usuário e de impacto**. TJDFT, 2016. Disponível em:
<<https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-stisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2016>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

TJDF. **Agenda Projeto Constelar e Conciliar 2018**. Disponível em:
<https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/projeto-constelar-e-conciliar/copy2_of_projetoconstelareconciliaragenda2018.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. **A constelação sistêmica no judiciário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácio, 2018.

7. APÊNDICE A

Lei 9.444 de 2017 – Constelação Sistêmica	Lei 13.140 de 2015 – Mediação
<p>Art. 1º Esta Lei estabelece as competências da Constelação Sistêmica na solução de conflitos.</p> <p>Parágrafo único. Considera-se constelação sistêmica a atividade técnica terapêutica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito</p>	<p>Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.</p> <p>Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.</p>

<p>pelas partes, as auxilia e estimula a identificar soluções consensuais para a controvérsia sob um novo olhar sistêmico.</p>	
<p>Art. 2º A constelação será orientada pelos seguintes princípios:</p> <p>I – imparcialidade do constelador;</p> <p>2</p> <p>II – informalidade;</p> <p>III – autonomia da vontade das partes;</p> <p>IV – busca da solução do conflito;</p> <p>V – boa-fé.</p> <p>§ 1º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de constelação.</p> <p>§ 2º A constelação pode ser utilizada antes do procedimento de conciliação ou mediação, a fim de facilitar o processo de solução de controvérsias.</p>	<p>Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:</p> <p>I - imparcialidade do mediador;</p> <p>II - isonomia entre as partes;</p> <p>III - oralidade;</p> <p>IV - informalidade;</p> <p>V - autonomia da vontade das partes;</p> <p>VI - busca do consenso;</p> <p>VII - confidencialidade;</p> <p>VIII - boa-fé.</p> <p>§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.</p> <p>§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.</p>
<p>Art. 3º Pode ser objeto de constelação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.</p> <p>§1º A constelação pode versar sobre todo o conflito ou parte</p>	<p>Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.</p> <p>§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.</p> <p>§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em</p>

<p>dele.</p> <p>§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público</p>	<p>juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.</p>
<p>Art. 4º O constelador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.</p> <p>§ 1º O constelador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.</p> <p>§2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da constelação</p>	<p>Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.</p> <p>§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.</p> <p>§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação</p>
<p>Art. 5º Aplicam-se ao constelador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do mediador.</p> <p>Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como constelador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para constelar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.</p>	<p>Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.</p> <p>Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.</p>
<p>Art. 6º O constelador fica impedido, pelo prazo de um ano,</p>	<p>Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do</p>

contado do término de sua atuação, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.	término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.
Art. 7º O constelador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como constelador.	Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.
Art. 8º O constelador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de constelação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.	Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.
Art. 9. Poderá funcionar como constelador qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja graduada em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e capacitada para fazer constelação, por ter completado curso de formação na área com o mínimo de 140 horas, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se	Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.
Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos e estarem acompanhadas pela família.	Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

	<p>Obs: Na mediação Juficial, o Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nºs 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.</p>
<p>Art. 11. A Constelação deverá ser precedida de breve explicação a respeito da técnica, ocasião em que o constelador deve orientar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.</p>	
<p>Art. 12. A Constelação poderá ser realizada em sessão individual ou em grupo, mas não se poderá constelar o mesmo tema objeto da controvérsia mais de uma vez.</p>	
<p>Art. 13. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de constelação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento de acordo obtido pela constelação.</p> <p>§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao constelador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou</p>	<p>Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.</p> <p>§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação,</p>

<p>indiretamente, participado do procedimento de constelação.</p> <p>§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.</p>	<p>alcançando:</p> <p>I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;</p> <p>II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;</p> <p>III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;</p> <p>IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.</p> <p>§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.</p>
<p>Art. 14. Nos centros judiciários de solução consensual de conflitos, criados pelos tribunais e responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, poderá haver consteladores para assessorar a prática de resolução de conflitos</p>	
<p>Art. 15. A Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em constelação, bem como manter relação de</p>	<p>Art. 41. A Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, bem como manter relação de mediadores e de</p>

consteladores e de instituições de consteladores	instituições de mediação.
Art. 16. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências	Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências. Parágrafo único. A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria
Art. 17. Esta lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial.	Art. 47. Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial.

NOTAS:

[1] Professor Mestre da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO). luizrodrigues@catolica-to.edu.br.

[2] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[3] CNJ. **Justiça em Número**. CNJ. 2016. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 18 maio 2018.

[4] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

[5] BRASIL. **Resolução nº 125/2010, de 29 de nov. de 2010**. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

[6] CNJ. **Justiça em Número**. CNJ. 2016. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 18 maio 2018.

[7] TJDF. **Agenda Projeto Constelar e Conciliar 2018**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/projeto-constelar-e-conciliar/copy2_of_PROJETOCONSTELARECONCILIARAGENDA2018.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

[8] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, 20 de dez. de 2004**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

[9] CNJ. **Missão Conselho Nacional de Justiça**. CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

[10] CNJ. **Manual de Mediação Judicial**. CNJ, 2017. Pág. 17. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2018.

[11] BRASIL. **Resolução nº 125/2010, de 29 de nov. de 2010**. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

[12] _____. NCP (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015.

[13] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do direito processual civil, processo e conhecimento e procedimento comum. V. 1. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8-9.

[14] SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

[15] DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil**: volume I 9. ed., rev. e atual. Segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 57-58.

[16] SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação**: técnicas e estágios [recurso eletrônico]. Sant a Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 8-15.

[17] _____. NCP. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015.

[18] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <file:///C:/Users/USUÁRIO/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Lei%209.099%20-%2026.09.1995%20-%20Juizados%20Especiais%20Civeis%20e%20Criminais.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018. Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

[19] BRASIL. **Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 18 maio 2018. Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006). Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

[20] BRASIL. NCP (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Art. 139.

[21] BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 18 maio 2018. Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

[22] BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Mediação entre particulares, Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

[23] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, 20 de dezembro de 2004**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

[24] CNJ. **Portal Justiça em Número**. CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 18 maio 2018.

[25] CNJ. **Justiça em Número**. CNJ. 2016. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 18 maio 2018.

[26] CNJ. **Dados Estatísticos: Priorização do primeiro grau**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisducao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 18 maio 2018.

[27] CNJ. Relatório Justiça em números traz índice de conciliação. **Agência CNJ de Notícia**, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

[28] BRASIL. **Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010**. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Art. 2º Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de

pacificação social, serão observados: III - acompanhamento estatístico específico.

[29] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

[30] TJDF. **Agenda Projeto Constelar e Conciliar 2018**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/projeto-constelar-e-conciliar/copy2_of_PROJETOCONSTELARECONCILIARAGENDA2018.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

[31] BRASIL. **Resolução nº 125/2010, de 29 de nov. de 2010**. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

[32] SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação**: técnicas e estágios [recurso eletrônico]. Sant a Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2017, p. 8-15.

[33] DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil**: volume I 9. ed., rev. e atual. Segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 57-58.

[34] VIEIRA, Adhara. A constelação sistêmica como política pública para resolução de conflitos. **Revista Fórum Trabalhista**: RFT, Brasília, ano 5, n.22, Belo Horizonte, jul/set. 2016, p. 219.

[35] TJDF. **Agenda Projeto Constelar e Conciliar 2018**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/projeto-constelar-e-conciliar/copy2_of_projetoconstelareconciliaragenda2018.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

[36] HELIINGER, Bert. **Ordens do amor**. Tradução de Newton Araújo Queiroz. São Paulo: Pensamento Cultrix, 2001.

[37] VIEIRA, Adhara Campos. **A constelação sistêmica no judiciário**. Belo Horizonte: D'Plácio, 2018.

[38] BRASIL. **Projeto de Lei 9.444, de 2017**. Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=906D99D3F2039B00F992F78221AC1F8E.proposicoesWebExterno1?codteor=1639803&filename=Avulso+-PL+9444/2017>. Acesso em: 2 maio 2018

[39] BRASIL. **Resolução nº 21, de 2001**. Comissão Permanente de Legislação Participativa, Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

DÉBORA BATISTA DE MENDONÇA:

Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil
- Fernandópolis. SP.

THALITA TOFFOLI PÁEZ

(Orientadora)[\[1\]](#).

RESUMO: O artigo em questão tem por finalidade fazer uma análise sobre a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo inverso. Destaca-se que a pesquisa tem por objetivo demonstrar juridicamente, quais as consequências do abandono afetivo inverso para os familiares que abandonam os idosos. Bem como, conscientizar seus filhos para se atentarem para algo muito mais importante do que uma prestação pecuniária, o afeto, contudo é importante frisar que os idosos nessa fase da vida necessitam de um cuidado especial para terem uma vida de qualidade. Dessa maneira, mesmo que amar seja faculdade, cuidar é obrigação, no entanto não é o que vem ocorrendo atualmente em nosso país, cada vez mais aumentam o número de idosos abandonados por seus familiares, esquecidos e desamparados por aqueles que teriam o dever, a obrigação de amparar e dar a assistência necessária para uma vida digna e humana.

Palavras- chave: Idoso. Afeto. Indenização. Dano moral.

ABSTRACT: The article in question aims to do an analysis on civil liability arising from abandon inverse affective. Highlights that the research aims to demonstrate legally, what are the consequences of emotional abandonment inverse for family members who leave the elderly. As well as, to raise your children to be careful for something much more important than a financial allowance, the affection, however it is important to stress that the elderly in this phase of life require special care to have a quality life. That way, even if love is college, care is obligation, however is not what is happening now in our country, more and more increase the number of elderly people abandoned by their families, forgotten and forsaken by those who would

have the duty to obligation to support and give the necessary assistance to a worthy life and human.

Keywords: Elderly. Affection. Indemnification. Moral damage.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de idoso. 2. O crescimento mundial da população idosa. 3. Direito dos idosos. 4. Responsabilidade civil: Breves considerações. 5. Dever de cuidado dos filhos em face dos pais idosos. 5.1. O abandono. 5.2. O afeto 6. Dano moral decorrente do abandono afetivo inverso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é disseminar e informar a sociedade, como um todo, a respeito do assunto, qual seja, abandono afetivo inverso, que apesar de ser uma figura pouco conhecida, é uma realidade despercebida, é um problema social que afetam milhares de idosos. Contudo, o ato de abandonar alguém é ato ilícito, e é impossível conviver com tamanho ato de omissão até mesmo do poder judiciário.

Na atualidade, a população idosa vem aumentando cada vez mais e com maior expectativa de vida. Ocorre que as maiorias dos idosos vivem em situações precárias, sem falar que muitos vivem em asilos, casa abrigo, ou até mesmo moram sozinhos e sobrevivem como podem, dependendo muitas vezes da caridade e solidariedade de estranhos que na maioria das vezes tendem a serem mais caridosos do que aqueles que teriam o dever legal de cuidar dessas pessoas. Isso ocorre, pelo fato de serem abandonados pela sua própria prole, sendo que, os filhos e familiares e até mesmo a sociedade e o Estado tem o dever de proporcionar, cuidado, dar assistência e principalmente garantir a eles uma velhice com dignidade.

Para frisar o que foi dito acima, a luz dos artigos 229 e 230 da Constituição Federal de 1988, o filho maior têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade; além da família, a sociedade e o Estado também tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, preservando sua dignidade, bem-estar e principalmente o direito à vida.

Observa-se que a legislação foi clara em dizer que cuidar dos idosos é um dever constitucional, portanto uma obrigação e não uma faculdade. Apesar da Constituição, a lei maior do ordenamento jurídico, determinar que os filhos sejam obrigados a cuidar de seus pais na velhice, na realidade acontece ao contrario, as pessoas esquecem-se do dever moral, ético, e até mesmo do cumprimento da lei, sendo que esse descumprimento gera o dever de indenizar o idoso por dano moral, decorrente do instituto da responsabilidade civil por abandono afetivo inverso, caso que será objeto de estudo mais adiante.

Portanto, é importante alertar as pessoas, e quem sabe até mesmo incentivar os filhos a cuidarem de seus pais, pois os idosos fazem parte da sociedade brasileira e de alguma forma contribuíram para o crescimento dela. Ademais se faz necessário chamar a atenção do Judiciário para que possam punir os responsáveis pelo abandono afetivo inverso.

1. CONCEITO DE IDOSO

Com o proposito de definir quem seria idoso tem-se um conceito formal, no qual, idosa é toda pessoa com 60 (sessenta) anos de idade ou mais, no entanto o fator cronológico não seria o suficiente para determinar quem é idoso e quem não é.

Para dar ênfase, é importante trazer o conceito dado pelo Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Brasil, 2003), que define: "Idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos". Em controversa existe a definição, da Organização Mundial da Saúde OMS (2002) sendo que, idosa é aquela pessoa com 60 anos ou mais, em países em desenvolvimento, e com 65 anos ou mais em países desenvolvidos.

Vale ressaltar, que o Estatuto do idoso seguiu a definição da OMS, no entanto, seguir apenas o critério cronológico não seria o ideal, o correto seria distinguir a população idosa por um conjunto de critérios, sendo estes, o psicológico, o físico, social e também o cronológico, uma vez que, existem pessoas com 60 anos, isto é, dependendo da sua qualidade de vida, que goza de uma saúde física e mental perfeita, tendo capacidade suficiente de

se manter sozinho e ser independente, sem necessitar de cuidados especiais.

Há de se falar também, que o envelhecimento é uma característica personalíssima, uma vez que, cada pessoa envelhece de uma maneira, cada uma no seu tempo, portanto, generalizar dizendo que toda pessoa com 60 anos é idoso, apesar de parecer injusto, é muito importante essa definição do grupo etário, para que o Estado e a sociedade possam tratar essas pessoas com igualdade na medida de suas necessidades, garantindo-lhes direitos, e assim preservando o princípio da isonomia.

Portanto para encerrar esse capítulo é importante citar uma frase das autoras Viegas e Barros (2016): (...) “ninguém está excluído de “ser idoso”, o tempo é inevitável, o idoso é a porta do passado que leva ao futuro”. (Viegas e Barros, 2016, p.06).

Diante dessa citação, é importante que os familiares de idosos e a sociedade como um todo, reflitam, e entendam que todos um dia irão envelhecer, é um fator natural da vida, portanto é importante que todos se conscientizem e dediquem afeto, respeito e cuidado, á essas pessoas que um dia também foram jovens, e que merecem toda consideração, pois, envelhecer não é sinônimo de capacidade física, e sim uma questão de amadurecimento.

2. O CRESCIMENTO MUNDIAL DA POPULAÇÃO IDOSA

É evidente o crescimento mundial da população de terceira idade, tendo em vista, que os idosos estão vivendo muito mais, situação essa preocupante, tendo em vista, que a população jovem vem diminuindo cada vez mais em razão da queda de fecundidade, isso porque, a média de fecundidade é de apenas 1 (um) filho por mulher, contudo, o Brasil não tem estrutura nem mesmo políticas sociais públicas para atender as necessidades dos idosos, haja vista, que não apenas o Brasil, mas também o mundo todo não está preparado para ter mais idosos do que jovens trabalhando e movimentando a economia mundial.

Ocorre que em alguns países, há um investimento para aumentar a fecundidade, no entanto, a julgar que a população mundial já é um tanto

quanto exagerada, o ideal seria que os governantes investissem mais em uma educação de qualidade, pois essa pequena população jovial no futuro serão responsáveis por manter o mundo com mais idosos.

Enfatizando o aumento mundial da população idosa, conforme dados da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1950 a população com mais de 60 anos era de 250 milhões no planeta, porém até o ano 2000 esse número praticamente triplicou, passando para 606 milhões de pessoas idosas.

Resta claro, que a expectativa de vida mundial aumentou gradativamente, sendo que, não vale de nada um aumento na expectativa de vida, se o poder público não tiver condições básicas de garantir uma vida digna, com acesso à saúde, alimentação, moradia, educação, lazer, enfim todos os direitos dos idosos.

Relevante se faz mencionar ainda, que o grande aumento da população mundial acarreta danos ao meio ambiente irreversível, através do grande aumento da produção de lixo pela humanidade, portanto, como poderia um idoso sobreviver com qualidade de vida em um ambiente poluído?

O professor de estudos populacionais de Stanford, Paul R. Ehrlich, disse em uma entrevista ao G1, que: "O envelhecimento é inevitável se quisermos ter sustentabilidade. A preocupação com a redução e envelhecimento da população não faz sentido, e as pessoas deveriam comemorar quando a população do mundo começar a diminuir". (São Paulo, 2011).

Em contrapartida, apesar de o aumento da expectativa de vida do idoso ser algo negativo, e acarretar grandes problemas, o envelhecimento é algo irreversível e inevitável, portanto cabe aos familiares, à sociedade e principalmente ao Estado garantir uma vida digna desde o mais jovem até os idosos, pois não basta apenas envelhecer, tem que envelhecer com saúde, e cabe ao Estado investir em uma saúde de qualidade, investir no meio ambiente e na sustentabilidade, para que todos os idosos, sem distinção de classe social,

bem como a população como um todo, possam envelhecer com qualidade de vida.

3. DIREITO DO IDOSO

No âmbito nacional é evidente que os idosos adquiriram muitos direitos no passar dos anos, foram considerados cidadãos pela Constituição Federal em 1988 em seu artigo 1º, inciso III, contemplados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, um marco importantíssimo na história do Brasil, pois é a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que emanam todos os demais direitos fundamentais, ademais a dignidade humana é o valor maior a ser alcançado pelo ordenamento jurídico.

Vislumbra-se que a Constituição Federal em seu artigo 203, inciso V, garante ao idoso que não tem meios de se sustentar, independentemente de contribuição previdenciária a assistência social. Bem como em seus artigos 229 e 230, trouxe o dever de cuidado dos filhos para com os pais quando na velhice, e ainda o dever da sociedade e do Estado de amparar e garantir a participação dos idosos na comunidade, preservando, portanto seu bem estar e o direito à vida. Ainda a falar do artigo 230, §2º a Constituição garantiu ao idoso maior de 65 (sessenta e cinco) anos a gratuidade do transporte coletivo.

Como já demonstrado, de forma sucinta, o idoso é um cidadão, e como todo cidadão os idosos também tem direitos e deveres constitucionais, sendo que esses direitos devem ser respeitados por todos.

O Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) também traz alguns direitos do idoso, ou melhor, restringe direitos ao limitar a capacidade de gerir os atos da vida civil. O Artigo 11 do Código Civil diz o seguinte: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". (Brasil, 2002).

Em contrapartida, o código civil acaba sendo contraditório quando em seu artigo 1641, inciso II, impõe de maneira grosseira e até mesmo preconceituosa a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento do idoso maior de 70 (setenta) anos.

Haja vista, que uma pessoa não deixa de ser capaz somente por ter mais de 70 anos, portanto não há razão para a lei limitar os direitos dessas pessoas, sendo que os bens pertencem á eles e desses bens eles fazem o que bem entender, ou será que um idoso não goza de autonomia de vontade? Algo que deveria ser revisto no ordenamento jurídico brasileiro.

Há de se falar também do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), que depois da Constituição Federal, é o instrumento mais importante de garantias do idoso. Uma vez que, tem o objetivo de regulamentar os direitos dos idosos assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Para frisar, o Estatuto do Idoso foi criado com um objetivo, de acordo com o entendimento de Cielo e Vaz (2009):

Criado com o objetivo de garantir dignidade ao idoso, [...] o Estatuto do Idoso [...] veio em boa hora, com objetivo de dar continuidade ao movimento de universalização da cidadania, levando até o idoso a esperança de que seus anseios e necessidades estão de fato garantidos. (CIELO; VAZ, 2009, p. 42).

O Estatuto do idoso trouxe os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, determinando ser dever da família, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso esses direitos, quais sejam o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Bem como em seu artigo 9º o Estatuto trouxe a obrigação do Estado: "É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade". (Brasil, 2003).

Evidencia-se que o Estatuto do Idoso, deixou claro quais são os direitos dos idosos, e quem são as pessoas responsáveis por garantir a preservação desses direitos, no entanto, apesar do Estatuto ser vasto em relação aos direitos, ele foi omissivo em relação ao abandono familiar, não

trazendo a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo inverso, além de não trazer programas educacionais específicos para os idosos, sem falar ainda, que foi falho em relação aos direitos previdenciários.

Necessário se faz mencionar de forma sucinta, a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994) que foi criada para assegurar aos idosos os direitos sociais, proporcionando condições para motivar sua liberdade, independência, inclusão e participação na sociedade de forma efetiva.

Para encerrar, vale citar as autoras Viegas e Barros (2016):

A garantia de acesso dos idosos aos direitos que lhes são assegurados de forma expressa pela lei são nada mais nada menos que o reconhecimento de sua cidadania, e, como consequência, seus direitos e deveres devem ser oportunizados tanto na esfera governamental, quanto na sociedade civil, afinal, a capacidade não é condicionada indispensavelmente em função da idade. (Viegas e Barros, 2016, p.14).

Apesar de a legislação atribuir vários direitos aos idosos, ainda existe uma lacuna muito grande em relação ao abandono dessas pessoas por seus familiares, a falta de conhecimento da sociedade torna cada vez maior o número de idosos abandonados, o Estado deveria proporcionar a todos uma educação social para que possam saber como acolher e cuidar dos idosos, porque muitas vezes a falta de conhecimento faz com que os filhos abandonem seus pais, pelo fato de não saberem como lidar com eles.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES

De forma sucinta, responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos causados a outrem, sejam danos materiais ou morais. O Código Civil trouxe o instituto da responsabilidade civil em seu artigo 927, caput: "Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Vale frisar, que o instituto da responsabilidade civil é tão relevante, que até mesmo a Constituição Federal trouxe o direito de indenização pelo

dano sofrido, no artigo 5º, incisos V e X, assegura de forma expressa o direito de indenização por dano material ou moral.

Entende-se que a responsabilidade civil se divide em objetiva e subjetiva. Sendo que a responsabilidade civil objetiva (não terá aplicação nesse artigo) é aquela que independe da culpa do agente nos casos específicos na lei, ou quando decorre do próprio risco da atividade desenvolvida pelo o agente, assim determina o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Por outro lado, a responsabilidade civil subjetiva, exige-se alguns pressupostos a serem cumpridos, e um deles é provar a culpa do agente.

O Código Civil trouxe de forma clara quais são esses pressupostos para caracterizar a responsabilidade civil subjetiva. De acordo com o artigo 186 do CC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". (Brasil, 2002).

Observam-se no artigo supracitado, quatro pressupostos da responsabilidade civil subjetiva sendo eles: a) conduta do agente (por ação ou omissão); b) culpa do agente (se o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia); c) nexos causal (relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano causado à vítima); d) e o dano (lesão a um bem juridicamente tutelado pelo ordenamento jurídico seja na esfera patrimonial ou extrapatrimonial).

Dessa forma, pode-se considerar que a responsabilidade civil subjetiva será de extrema relevância na apuração do dever de indenizar os idosos pelos danos causados que decorreu de um ato ilícito praticado por sua prole.

A respeito dos danos causados, é importante frisar, que o dano material, ou seja, aquele que atinge o patrimônio da vítima é possível medir a sua extensão, no entanto, o dano moral atinge intimamente a vítima, sendo impossível mensurar qual a extensão, cabendo ao juiz, de forma equitativa, quantificar o dano moral de acordo com as circunstâncias do caso.

Conclui-se, que não se pode medir a inação de afeto, pois não é possível mensurar a extensão de tamanha tristeza e solidão, todavia o dano moral ou material causado pelo abandono afetivo pode ser quantificado em níveis indenizatórios, com base nas circunstâncias de vida do próprio idoso, alcançando assim uma reparação civil necessária.

5. DEVER DE CUIDADO DOS FILHOS EM FACE DOS PAIS IDOSOS

Antes de explicar o conceito de abandono afetivo inverso, é relevante demonstrar quais as obrigações dos filhos em face dos seus pais idosos. Como já visto acima, o dever de cuidado dos filhos não está determinado apenas no Estatuto do Idoso, mas também no artigo 229 da Constituição Federal de 1988: “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”. (BRASIL, 1988).

No entanto, o Estatuto do idoso, trouxe de forma mais ampla o dever de cuidado dos filhos em seu artigo 3º:

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003).

Observa-se que ambos os dispositivos supracitados, primeiramente trouxeram o dever de cuidado da família, no entanto a Constituição não abrangeu o dever do Estado e da sociedade para com os idosos, contudo delimitou que o dever de cuidado cabe aos descendentes do idoso. Toda via o Estatuto do idoso de forma ampla definiu que o dever de cuidado cabe à família sem especificações, de forma inovadora especificou que a sociedade bem como o Estado também tem a obrigação de cuidar dos idosos.

5.1 O Abandono

Para melhor esclarecer o que é abandono de idosos, relevante se faz definir, primeiramente, o que é o abandono propriamente dito.

Na esfera jurídica, abandono é o ato pelo qual uma pessoa de forma negligente renuncia, ou seja, abre mão de um direito em relação a uma pessoa ou um bem, causando consequências jurídicas.

Contudo, o abandono de idosos pode ser de forma material ou imaterial. Sendo que o abandono material se dá quando o idoso deixa de ter acesso á itens básicos para sua sobrevivência, como, por exemplo, água, alimentação saudável e digna, vestimentas adequadas, bem como o acesso á saúde e tratamento adequado se for o caso e até mesmo a pensão alimentícia.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 229º resguardou esse direito do idoso, bem como o Código Penal que tipificou a conduta do abandono material em seu artigo 224º:

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Alterado pela L-010. 741-2003). Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1941).

Pode se observar que o Código penal determinou pena privativa de liberdade cumulada com multa, para aquele que deixar de cumprir o dever legal de prestar assistência material ao idoso, o que significa dizer que apesar do Código Penal tipificar a conduta como um crime de desamor, ainda assim, não há previsão legal de forma explícita no âmbito civil, á respeito da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo inverso.

Há de se falar também, na forma de abandono imaterial, este é o mais devastador, sendo caracterizado pela falta da convivência familiar e assistência moral ao idoso. O abandono imaterial é arguido pelo artigo 229 da CF/88, quando determina a reciprocidade do dever da relação entre pais e filhos. Bem como o artigo 4º do Estatuto do Idoso definiu:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados. (BRASIL, 2003).

Vislumbra-se que o artigo citado acima, determinou ser dever de todos evitar que os direitos dos idosos sejam violados, e quem violar qualquer direito do idoso será punido na forma da lei. Bem como o Código penal que tipificou o abandono material, o Estatuto do Idoso tipificou a conduta do abandono imaterial, em seus artigos 98 e 99:

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.
(BRASIL, 2003).

Apesar de penalizar a conduta com pena privativa de liberdade e multa, nota-se que nem mesmo o Estatuto do idoso, um dos dispositivos mais importantes de proteção dos direitos dos idosos, não abrangeu a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo inverso.

5.2 O Afeto

Diante de um conceito informal, afeto é um sentimento positivo ou negativo em relação a uma pessoa, sendo que o afeto é de extrema importância para o fortalecimento dos laços familiares.

Por outro lado, pode se dizer que existem dois tipos de afeto, objetivo e subjetivo. Sendo que o afeto objetivo são normas jurídicas que devem ser cumpridas em relação ao idoso, como por exemplo, o dever de cuidado. No entanto, o afeto subjetivo são os sentimentos, propriamente dito, ou seja, são as emoções sentidas pelo ser humano.

No campo jurídico, o princípio da afetividade não está de forma explícita no ordenamento jurídico. Todavia, no Direito de Família esse princípio é a base principal para constituir um núcleo familiar sólido, pois é através dele que se tem a capacidade de amar ao próximo, possibilitando dessa forma, a adoção, o reconhecimento da união estável, e a família homoafetiva.

O afeto em relação ao idoso é muito importante, uma vez, que a pessoa na velhice já é propícia a sofrer de depressão, pois com o passar do tempo eles tendem a se sentirem cada vez menos úteis, já que em um determinado momento alguns não conseguem mais trabalhar, e às vezes

dependem da ajuda de outras pessoas para executar as atividades mais simples do dia a dia, como por exemplo, tomar banho.

Perante o que foi dito acima, o afeto em relação ao idoso não está voltado para a questão do amor, pois amar é faculdade que nasce em cada um de uma determinada maneira, porém, a questão aqui, é o dever de cuidado dos pais para com os filhos e destes para com os pais na velhice.

Ocorre que na vida do idoso, as coisas se tornam mais delicadas na velhice, portanto o apoio material, ou seja, os cuidados e a assistência são de relevante valor para facilitar a vida do idoso, há de se falar também que o amor, a demonstração de carinho, são as maneiras de apoio mais importantes, pois para o idoso que se sente amado, que se sente importante, enfrentar os problemas da vida se torna mais fácil quando se tem um apoio moral familiar.

Para finalizar, é importante citar o entendimento formidável de Charles Bicca (2015):

O abandono afetivo constitui uma das mais graves formas de violência que pode ser perpetrada contra o Ser Humano. A violência praticada é completamente diferente, sendo duradoura, covarde e, sobretudo, silenciosa. O abandono afetivo é a morte em vida. [...]. (BICCA, 2015, p.15).

Importante se faz mencionar, que é entristecedor, que algo que deveria ser natural e espontâneo do ser humano, seja necessário que o ordenamento jurídico imponha de forma obrigatória o dever de cuidado dos filhos para com os pais.

6. DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

O dano moral decorrente do abandono afetivo inverso, em regra, se dá pela falta de afeto, ou melhor, pela falta de cuidado dos filhos para com os pais idosos. O dano moral, nesse aspecto é constituído, pela omissão voluntária dos filhos, tendo por objetivo a proteção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A indenização por dano moral, não tem o objetivo de impor o amor, pois amar é faculdade e uma dádiva do ser humano, portanto não se compensa com dinheiro, todavia, o objetivo aqui é evitar ou pelo menos amenizar, os danos físicos, sociais e principalmente psicológicos causados pela falta de cuidado.

Para continuar, é importante explicar o termo “inverso”, segundo o entendimento das autoras Viegas e Barros (2016): “A palavra “inverso” inserida no contexto do abandono se relaciona com a equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, ou seja, os filhos devem cuidar dos pais idosos, assim como, os pais devem cuidar dos filhos na infância”. (Viegas e Barros, 2016, p.21).

Diante do contexto supracitado, fica a dúvida se seria possível a indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo inverso. Contudo ao analisar o instituto da responsabilidade civil, entende-se que sim, seria possível indenização por dano moral, pelo fato da omissão voluntária do dever de cuidado dos filhos em relação aos pais, pois a falta de cuidado com o tempo se transforma em um sofrimento psíquico além de agravar doenças, dessa forma seria possível uma compensação onerosa.

Importante frisar, que na ação de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo inverso, o ônus da prova pertence ao requerente, ou seja, ao idoso, exigindo como requisitos a prova da culpa do requerido, provar a conduta do agente que neste caso será por omissão voluntária, além disso, tem que provar o nexo de causalidade com o dano causado.

Observa se que não é fácil provar o dano moral, contudo não é impossível, ocorre que em relação ao abandono afetivo de pais para com os filhos existe uma ampla literatura jurídica, até mesmo entendimento jurisprudencial á favor da indenização por dano moral, porém o caminho invertido, ou seja, o abandono praticado pelos filhos em relação aos pais é pouco debatido, em uma pesquisa jurisprudencial, foi possível encontrar apenas um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação, pois a parte autora não conseguiu provar o dano.

O fato de não existir uma legislação específica, que defina a indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo inverso, não significa que os filhos estão livres do dever de cuidado, uma vez, que tal obrigação está expressa na nossa lei maior, portanto se até a Constituição Federal de 1988 deliberou sobre o dever de cuidado, o abandono afetivo, no geral, representa um fato jurídico de relevante valor social que merece uma maior atenção e principalmente, necessita ser debatido com magnitude pelos operadores do direito.

Importante se faz mencionar que a figura do Abandono Afetivo Inverso não veio para quantificar o amor, nem mesmo para impor o afeto, mas sim para impor o cumprimento do dever de cuidado da família em relação ao idoso, pois a família aceitando ou não essa condição, eles estão obrigados a cumprir esse dever constitucional.

Para frisar o que foi dito cima, segundo o entendimento do desembargador Jones Figueiredo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

A inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos. Segundo o diretor, esta falta do cuidar serve de premissa de base para a indenização. O amor é uma celebração permanente de vida, e, como tal, realidade espontânea e vivenciada do espírito; todavia o abandono moral e material, como instrumento de desconstrução de vida pode ser mensurado em níveis de quantificação indenizatória. Os parâmetros são os circunstanciais de vida dos próprios atores envolvidos, sinalizando uma reparação civil adequada e necessária. (ABANDONO, 2013).

Portanto, para concluir se ocorrer à violação do dever de cuidado filial-paterno, surgirá o direito do idoso de ser indenizado por dano moral à luz do instituto da responsabilidade civil, mesmo que não exista nenhuma lei específica vigente no Brasil que regularmente o abandono afetivo inverso.

CONCLUSÃO

No cenário nacional, é nítido que no decorrer dos anos a população de terceira idade aumentou gradativamente, porém a sociedade, o Estado e os familiares não estão preparados para proporcionar aos idosos, uma vida com dignidade.

Contudo, o envelhecimento é algo natural da vida, e em regra, todos um dia irão envelhecer, todavia, não existem políticas públicas adequadas para proteger e garantir todos os direitos dos idosos.

A realidade atual é entristecedora, pois apesar das garantias constitucionais do dever de cuidado filial-paterno, o que vem ocorrendo é o aumento do abandono desses seres humanos tão frágeis por suas próprias famílias, além do mais o acesso à saúde é precário, sem falar ainda que existe uma grande falha educacional para facilitar a inclusão do idoso na sociedade. Outra realidade que cada vez, mais afetam os idosos de maneira agressiva, insensível e preconceituosa é a falta de oportunidades no mercado de trabalho em razão de um critério cronológico injusto.

Em relação ao dever de cuidado, que deveria ser algo automático do ser humano, em razão da moral e dos bons costumes, contudo necessitou que tal "dever" tivesse amparo constitucional para que pudesse preservar os direitos dos idosos. Portanto, se o dever de cuidado está inserido na Constituição Federal de 1988, esse cuidado de pai para filho, e o cuidado do filho para com o pai não é algo facultativo e sim obrigatório, pode se dizer então, que o descumprimento desse dever gera o dever da família, da sociedade e até mesmo do Estado de indenizar o idoso que tenha sido lesado em razão desse abandono afetivo.

Outro fator relevante é a falta de uma legislação específica sobre o abandono afetivo inverso, contudo existe um projeto de lei nº4294 de 2008, feito pelo Deputado Carlos Bezerra, que se aprovado acrescentará um parágrafo ao art. 1.632 do Código Civil (Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003), e também acrescentará o §2º ao art. 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003), de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Porém, ocorre que esse projeto de extrema relevância para o ordenamento jurídico brasileiro está aguardando julgamento pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), aliás, há vários anos, vale aproveitar o momento para fazer uma crítica pela ineficiência do legislativo, e clamar pelo seu despertar em relação a um problema grave que assola cada vez mais os idosos desse país.

Dessa forma, nota-se que mesmo que não seja possível impor o ato de amar a ninguém, existe o instituto da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo inverso, que possibilita tutelar acima de tudo o dever de cuidado violado pelas famílias, pela sociedade e principalmente pelo Estado, pois é esse o ente responsável por garantir proteção aos direitos dos idosos e punir aquele que desrespeita qualquer um desses direitos.

Haja vista, que a indenização por dano moral tem também o objetivo de inibir o ato ilícito do abandono, ato esse que se torna cada vez mais frequente pelos próprios filhos, contudo esse problema tem solução, porém essa será uma caminhada longa, mas não impossível.

Há de se falar que não se pode esquecer-se daqueles, que acima de tudo, deram a vida aos seus filhos, que deram amparo, deram amor, dedicação, educação, e uma vida digna e humana quando eram crianças, quando eram considerados frágeis tinham o amparo de seus pais. Portanto, é injusto, que quando eles (idosos) precisam ser amados, que necessitam de amparo, cuidados de seus filhos, aqueles que teriam o dever legal de cuidar deles estão mais preocupados com o mundo capitalista que vivem hoje, onde tudo gira em torno de trabalhar e ganhar mais e mais dinheiro, do que com a saúde e o bem-estar daquele, do qual lhes deram a vida.

Para concluir, é relevante um momento de reflexão, você que acha que seus pais porque envelheceram, vai te dar muito trabalho, vão atrapalhar sua vida, pense que um dia foi você quem deu muito trabalho a eles, e não se esqueça da lei do retorno "tudo o que você pratica hoje, voltará pra você no futuro. Pense nisso!

REFERÊNCIAS

BICCA, Charles. **Abandono afetivo: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo de filhos** – Brasília, Editora OWL, 2015.

BRASIL. Código Civil. 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 24 abr. 2018.

BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 mai. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BUARQUE, Daniel. G1. **Envelhecimento da população mundial preocupa pesquisadores**. 29 out. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/10/envelhecimento-da-populacao-mundial-preocupa-pesquisadores.html>> Acesso em 19 abr. 2018.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donizele; VAZ, Elizabete Ribeiro de Carvalho. **A legislação brasileira e o idoso**. Revista CEPPG, v. 2, n. 21, p. 42, 2009.

IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. 16 jul. 2013. Disponível em:

<[http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+po+de+gerar+indeniza %C3%A7%C3%A3o](http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+po+de+gerar+indeniza+%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 15 mai. 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono Afetivo Inverso: **O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 06-14-21, fev. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/66610/40474>>. Acesso em: 16 abr. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.66610>.

[1] Mestre, doutora e docente da Universidade Brasil de Fernandópolis, SP

TRABALHADORES EXCLUÍDOS DO CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO E ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.467/2017

GUSTAVO ELIAS DE MORAIS FREITAS:

Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho Público e Privado pela Faculdade Estácio do Recife.

RESUMO: O presente artigo tem por pretensão a abordagem acerca das excetivas hipóteses em que os trabalhadores são excluídos do sistema celetista de controle de jornada de trabalho, nos termos do art. 62, da CLT, recentemente alterado pela Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2017, para inclusão dos empregados em teletrabalho. Através da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, objetiva-se o estudo da amplitude do rol de exceções ao controle da jornada de trabalho, que mitiga o direito social fundamental dos trabalhadores à limitação do labor, bem assim sua compatibilidade com o texto constitucional e repercussões na seara processual do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Duração do trabalho. Teletrabalho. Reforma trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito e objetivos da limitação da duração do trabalho; 3. Empregados excluídos do controle; 4. A Lei n. 13.467/2017 e a inclusão do teletrabalho; 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A duração da jornada de trabalho consiste no módulo temporal em que o trabalhador está efetivamente prestando serviços ou coloca sua força de trabalho à disposição do empregador.

Nos termos do art. 7º, XIII e XIV, da Constituição Federal de 1988, a limitação da duração normal de trabalho caracteriza-se como direito social fundamental do trabalhador, garantido como norma de ordem pública, imperativa, inclusive protegida como cláusula pétrea em face de alterações legislativas tendentes a aboli-la, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CRFB.

No entanto, há hipóteses expressamente previstas na legislação em que os trabalhadores são regularmente excluídos do sistema de controle de horários, razão pela qual não terão sua jornada limitada pelo empregador aos ditames constitucionais e, por consequência, não receberão o pagamento adicional pelo eventual labor prestado em sobretempo.

A Lei n. 13.467/2017, conhecida como a Reforma Trabalhista, promoveu a alteração/inclusão de mais de 100 temas na Consolidação das Leis do Trabalho, dentre eles, a ampliação do rol dos trabalhadores excluídos do controle de jornada de trabalho, acrescentando no rol excetivo do art. 62, da CLT os empregados em regime de teletrabalho.

Nesse sentido, o presente estudo possui a finalidade de analisar se esta alteração mitigou o direito social fundamental dos trabalhadores ao controle da jornada de trabalho, bem assim sua compatibilidade com a Constituição Federal e as repercussões na seara processual trabalhista.

Para tanto, perpassará pela conceituação de duração de trabalho e sua limitação, à luz do panorama constitucional atual, analisando as hipóteses de exceção ao controle de jornada previstas no art. 62, da CLT, recentemente ampliado pela Reforma Trabalhista.

2. CONCEITO E OBJETIVOS DA LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO

A duração da jornada de trabalho, como dito, é o tempo despendido pelo trabalhador em razão do contrato de trabalho, ou seja, consiste na integralidade do módulo de tempo em que o empregado efetivamente presta seus serviços ou coloca sua força de trabalho à disposição do empregador. Tal conceituação está encampada no art. 4º, da CLT^[1], o qual, apesar de igualmente sofrer alteração pela Reforma Trabalhista, trazendo hipóteses em que o trabalhador não será considerado como à disposição do empregador, manteve em seu *caput* o conceito básico de duração de trabalho.

Tal conceituação difere do termo jornada de trabalho, pois se entende que este último limita-se ao módulo diário de trabalho, ou seja, o serviço efetivamente prestado ou posto à disposição do empregador (aguardando ordens) dentro de um dia normal de prestação dos serviços.

Por sua vez, igualmente difere do termo horário de trabalho, uma vez que este revela os efetivos horários de início, término e intervalos de trabalho desenvolvidos pelo empregado dentro de uma jornada de labor.

A necessidade de limitação da duração de trabalho remonta à época da Revolução Industrial, período da história marcado por profundas mudanças sociais que ocorreram na Europa entre os séculos XVIII e XIX. Em apertada síntese, pode ser conceituado como o momento histórico de criação de máquinas que substituíram o trabalho braçal artesanal dominante no cenário europeu. Nesse período, havia grande exploração dos operários pelos empresários, que os forçavam a trabalhar em jornadas excessivas, superiores a 15/16 horas por dia, sob péssimas condições de trabalho. As mulheres e crianças eram os trabalhadores mais explorados nessa época.

No cenário internacional, a Organização Internacional de Trabalho (OIT) passou a editar convenções destinadas a regular a duração do trabalho, sendo várias delas ratificadas pelo Brasil^[2], a exemplo das Convenções n. 4, 14, 93, dentre outras.

No cenário brasileiro, a Constituição Da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934^[3], passou a prever a limitação da jornada normal de trabalho, *in verbis*:

Art 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz.

§ 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;

c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

(...) (sem grifos no original).

A limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias igualmente constou nas constituições brasileiras posteriores, quais sejam, na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937 (art. 137, "i"); na constituição da mesma nomenclatura em 1946, (art. 157, V) e com a atual nomenclatura de Constituição da República Federativa do Brasil, em 1967 (art. 158, VI). No ordenamento constitucional brasileiro vigente, a Constituição Federal de 1988 estabelece a limitação da jornada de trabalho no art. 7º, XIII e XIV, *in verbis*:

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;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

A referida norma está contida no Título II, da CRFB, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Não obstante, em linha com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda que não constasse nesse título, não estaria descaracterizada a natureza de direito fundamental de natureza social dos trabalhadores, e, como tal, possui proteção constitucional superior à das demais normas que compõem o texto constitucional, uma vez que o art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna Brasileira determina que não será objeto sequer de deliberação eventual proposta de alteração constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Não obstante, a própria redação do art. 7º, XIII e XIV possibilita a flexibilização da duração de trabalho, mediante negociação coletiva, ou seja, com a participação obrigatória dos sindicatos, dado que representam normas que agravam as condições de labor dos trabalhadores (art. 8º, VI, da CRFB). Note-se, pois, que se trata de hipótese de flexibilização, e não de mera renúncia de direitos dos empregados.

Essa proteção especial ao direito fundamental de controle de horários, com possibilidade de flexibilização apenas mediante negociação coletiva, justifica-se em razão das consequências que a ausência de limitação da jornada de trabalho pode provocar.

Nesse sentido, o estabelecimento de jornadas de trabalho excessivas milita em desfavor da integridade física e mental dos trabalhadores, favorecendo o surgimento de doenças relacionadas ao trabalho, em razão da natural redução da energia e concentração no labor após jornada prolongada. Desse modo, aumentam-se as chances de adoção de posturas inadequadas e desatenção na utilização de máquinas e objetos de trabalho. Além disso, há hipóteses em que não só o trabalhador está exposto a riscos, mas também toda a coletividade, como no caso de extrapolação da jornada dos motoristas profissionais, aumentando o nível de insegurança nas rodovias.

3. EMPREGADOS EXCLUÍDOS DO CONTROLE

Não obstante seja um direito social fundamental dos trabalhadores, há empregados que estão legalmente excluídos do sistema de controle de

horários. Nesse sentido, estabelece o art. 62, da CLT, já com a redação decorrente da recente alteração legislativa promovida pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), em vigor a partir de 11.11.2017:

CAPÍTULO II

DA DURAÇÃO DO TRABALHO

(...)

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados: (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

III - os empregados em regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994).

Dessa forma, três são os trabalhadores excluídos do sistema de limitação da duração do trabalho estabelecido no Título II, Capítulo II da Consolidação das Leis do Trabalho: a) os exercentes de atividades externas; b) os exercentes de cargos de confiança; e, a partir de 11.11.2017, c) os empregados em regime de teletrabalho.

Apesar de mitigar o direito do trabalhador a ter sua jornada de labor regularmente delimitada pelo empregador, o entendimento jurisprudencial no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho é pela recepção do mencionado artigo pela Constituição Federal de 1988, conforme se observa dos arestos colacionados abaixo:

HORAS EXTRAS. ARTIGO 62, I, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO-OCORRÊNCIA. Não procede a alegação do embargante no sentido de que o indeferimento das horas extras com fundamento no artigo 62, I, da Consolidação das Leis do Trabalho viola o disposto no artigo 7º, XIII, da Constituição da República, uma vez que o referido preceito constitucional apenas trata do limite máximo para a jornada de trabalho normal, nada dispondo especificamente quanto à vedação imposta aos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Incensurável a decisão mediante a qual a Turma negou provimento ao recurso de revista, no particular. Embargos não conhecidos. (TST-RR-640754-15.2000.5.15.5555, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 12/12/2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT - NÃO-OCORRÊNCIA. Não há que se falar na - inconstitucionalidade do art. 62 da CLT, pois, sendo o referido dispositivo consolidado norma pré-

constitucional e havendo conflito com algum dispositivo constitucional, a hipótese seria de não recepção, ao invés de inconstitucionalidade. Ademais, o art. 62 da CLT foi recepcionado pela atual Carta Magna, pois disciplina situação distinta não sujeita à jornada normal mínima, não colidindo, portanto, com a regra fundamental, mas, de forma contrária, completa a norma genérica do inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal. Com efeito, a Constituição Federal dispõe apenas genericamente sobre a jornada de trabalho, não havendo impedimento de a legislação infraconstitucional federal regulamentar, de forma específica, o tema, consoante o disposto no art. 22, I, da Carta Magna. Assim, se o dispositivo consolidado em comento excetua situações de trabalho não submetidas a controle de horário ou nas quais o referido controle é impraticável, isto não significa que obriga os trabalhadores por ele abrangidos a extrapolar a jornada inserta no inciso XIII do art. 7º, mas apenas lhes retira o direito de receber as horas extraordinárias, já que podem estabelecer sua jornada, não se sujeitando ao poder diretivo do empregador. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR nº 643/2000-007-05-00.9, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, publicado no DJ de 06.08.2004).

Com o fim de aprofundar o estudo, passa-se à análise dos requisitos necessários para a regular exclusão desses trabalhadores do sistema de controle da jornada de trabalho.

A primeira hipótese inscrita no art. 62, da CLT trata dos trabalhadores externos que realizem suas funções de modo incompatível com a fixação da jornada de trabalho.

A premissa básica principal do inciso I daquele artigo situa-se na incompatibilidade de fixação de horário de trabalho ou de sua regular fiscalização. Desse modo, fundamenta a hipótese de exclusão a

inviabilidade/impossibilidade de controle dos horários de trabalho pelo empregador.

Importante destacar que a inviabilidade/impossibilidade de controle de horários deve ser ampla, de modo a caracterizar a hipótese em comento, uma vez que a mera dificuldade ou a existência de meios indiretos de controle impedem o enquadramento do empregado nesta exceção. Portanto, poderá o empregador adotar meios manuais (papeletas, livros de registro, cartões de ponto), informatizados (acesso a equipamentos eletrônicos de envio de dados, *palm-tops*, etc.), tempo médio de rotas, telefonemas, dentre outros métodos idôneos para fins de controle da jornada de trabalho prestada em seu favor. Nesse mote, o mero desinteresse do empregador em controlar os horários não o desobriga de proceder ao necessário registro, frise-se, direito social fundamental dos trabalhadores.

Esse é o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho, esposado no Informativo n. 153 de sua jurisprudência em fase de conhecimento, conforme ementa que segue abaixo:

Horas extras. Motorista. Rastreamento de veículo por satélite. Controle indireto da jornada de trabalho. Inaplicabilidade do art. 62, I, da CLT. A adoção, pelo empregador, de recursos tecnológicos de rastreamento de veículo por satélite, para garantir a segurança ininterrupta da carga transportada, **possibilita o controle indireto da jornada** desempenhada pelo empregado motorista, razão pela qual não há falar em aplicação do art. 62, I, da CLT. **O direito ao pagamento de horas extraordinárias não subsiste apenas nas hipóteses em que seja absolutamente impossível fiscalizar os horários cumpridos pelo empregado.** Sob esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Walmir Oliveira da Costa, Ives Gandra Martins Filho, Guilherme Augusto

Caputo Bastos e Márcio Eurico Vitral Amaro TST-E-RR-45900-29.2011.5.17.0161, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 23.2.2017. (sem grifos no original).

Ressalte que essa modalidade de exclusão ainda conta com um requisito formal, qual seja, deverá “ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados”. Entretanto, por ser requisito meramente formal, poderá ser dispensado pelo juízo trabalhista nas hipóteses em que há ciência inequívoca, pelo trabalhador, do enquadramento nesta modalidade de exclusão do controle de jornada de trabalho, bem assim na existência de provas da real impossibilidade de controle, como nos casos dos profissionais pesquisadores externos, cujo objeto da pesquisa ou as regiões que frequentam impossibilitam o controle fidedigno de jornada. Vê-se, portanto, o caráter excetivo dessa modalidade de exclusão.

A segunda hipótese de exclusão do trabalhador do sistema de controle de jornada relaciona-se com os ocupantes de cargos de gestão no empregador, sendo equiparados pelo texto celetista – para os efeitos daquele artigo – os diretores e chefes de departamento ou filial. Vale dizer, são funções que apresentam fidúcia diferenciada no empregador, em que os trabalhadores possuem amplo poder de gestão na busca pelos interesses primordiais do ente patronal.

Entretanto, não é apenas a confiança especial relacionada à função que excluirá o trabalhador do controle da jornada, pois além dos poderes de gestão, deverá o empregador receber uma remuneração especial superior em, no mínimo, 40% do salário base do empregado.

De par com isso, uma vez ausentes quaisquer dos dois requisitos ensejadores da excludente (poderes de gestão ou remuneração diferenciada), todas as horas prestadas ou postas à disposição do empregador serão computadas para efeito de jornada e, caso extrapoladas, atrairão o pagamento adicional pelo labor prestado em sobretempo.

O Tribunal Superior do Trabalho possui entendimento sumulado no sentido de atribuir uma presunção relativa de exercício de cargos de gestão pelos gerentes gerais de agência bancárias, consoante Súmula 287.

No entanto, tal presunção é meramente relativa, podendo ser elidida por prova em contrário, inclusive quando o empregador realiza o registro da jornada, não obstante a presunção jurisprudencial de caracterização da hipótese de exceção ao controle, nos termos do Informativo n. 10, do C. TST:

Bancário. Superintendente de negócio. Pagamento de horas extras. Controle de frequência. Art. 62, II, da CLT. Não incidência. A regra do enquadramento no art. 62, II, da CLT, do bancário exercente de cargo de direção, quando é a autoridade máxima na agência ou região, não prevalece na hipótese de haver prova de controle de frequência ou pagamento espontâneo de horas extras. In casu, o reclamante era superintendente de negócio, recebeu horas extras e teve controle de frequência em algumas oportunidades durante o período contratual. Assim, a SBDI-I, por maioria, conheceu dos embargos por contrariedade à Súmula n.º 287 e, no mérito, deu-lhes provimento para condenar a reclamada ao pagamento das horas extras e reflexos, a partir da oitava hora. Vencidos os Ministros Dora Maria da Costa, Brito Pereira e Maria Cristina Peduzzi. TST-E-ED-ED-ED-RR-116101-50.2005.5.12.0014, SBDI-I, rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 24.5.2012.

Ademais, o Tribunal Superior do Trabalho também possui entendimento majoritário no sentido de que a regra prevista no art. 62, da CLT (exclusão dos trabalhadores nele inscritos ao regime previsto no capítulo "Da Duração do Trabalho") não abrange o repouso semanal remunerado, regido especificamente pela Lei n. 605/49 e não pelo capítulo celetista destinado ao controle de horários, razão pela qual aqueles trabalhadores também possuem direito ao descanso hebdomadário e

pagamento em dobro dos feriados trabalhados, nos termos do Informativo do TST n. 149^[4]. Não obstante naquele caso concreto haja a menção apenas ao trabalhador em cargo de gestão, não há motivos para que não seja aplicada a mesma *ratio decidendi* para os demais trabalhadores inscritos no art. 62, da CLT.

Adentra-se, pois, à hipótese de exclusão do sistema de controle de jornada recentemente introduzida pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) no art. 62, III, da CLT, qual seja, o trabalhador em teletrabalho.

4. A LEI N. 13.467/2017 E A INCLUSÃO DO TELETRABALHO

Em vigor a partir de 11.11.2017, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe várias inovações na Consolidação das Leis do Trabalho e nas Leis n. 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário), Lei n. 8.036/90 (Lei do FGTS) e Lei n. 8.212/91 (Lei de Custeio da Seguridade Social), sob o pretexto de modernização da legislação trabalhista e combate ao desemprego.

A alteração objeto deste estudo situa-se no acréscimo do inciso III ao art. 62, da CLT, alargando o rol de trabalhadores excluídos do sistema de duração de trabalho celetista. Ao contrário das demais hipóteses de exceção previstas neste artigo, a inclusão dos trabalhadores em teletrabalho não trouxe requisitos formais adicionais para a caracterização da exclusão do regime de controle de horários^[5], mas apenas para a própria caracterização do teletrabalho. Veja-se.

O próprio legislador cuidou de conceituar o trabalhador em teletrabalho, nos termos do art. 75-B, parágrafo único e *caput* do art. 75-C, da CLT, incluídos pela Lei n. 13.467/2017:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

Portanto, depreende-se o texto legal que a principal característica do teletrabalho é a prestação de labor fora das dependências do empregador, porém diferenciada do trabalho externo. Acresce-se ao conceito legal a utilização de tecnologias da informação e comunicação. Nessa esteira, Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima conceituam o teletrabalho como “uma espécie de trabalho a distância, cuja espécie mais antiga é o trabalho em domicílio”; mais à frente, delimitam que “teletrabalho é uma forma de trabalho a distância, exercido mediante o emprego de recursos telemáticos em que o trabalhador sofre o controle patronal” ^[6].

Portanto, sendo uma espécie de trabalho a distância, é inevitável a atração do art. 6º consolidado, que estabelece não haver qualquer distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, no domicílio do empregado e o realizado a distância, bastando, para tanto, a presença dos pressupostos fático-jurídicos caracterizadores do vínculo empregatício, previstos nos arts. 2º e 3º, da CLT (trabalho prestado por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação jurídica).

Por conseguinte, considerando que o teletrabalho foi inserido no artigo celetista que traz exceções ao regime de controle de horários (art. 62), a interpretação do magistrado trabalhista sobre essa regra deve ser igualmente excetiva, compatibilizando-a com os demais princípios e regras norteadoras do Direito Juslaboral.

Acerca dos métodos de interpretação do direito, Maurício Godinho Delgado^[7] sugere que os principais métodos (gramatical, lógico, sistemático e teleológico) devam ser utilizados em conjunto, a fim de se extrair o “sentido e extensão da norma jurídica enfocada”.

Utilizando-se, pois, o conjunto dos métodos interpretativos esposados, verifica-se que o direito social fundamental de limitação da jornada de trabalho é a regra geral, que deve prevalecer em face de leis infraconstitucionais menos benéficas ao trabalhador. Os operadores do direito devem ter em mente essa diretriz hermenêutica na análise dos casos concretos.

Desse modo, apesar de o labor em teletrabalho ser, por definição, diverso do labor estritamente externo, deve sofrer a mesma interpretação restritiva atribuída pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme esposado em linhas pretéritas, ou seja, que o labor seja incompatível/impossível de ser controlado, ainda que por meios indiretos. Especialmente nessa modalidade de labor, em que o uso de instrumentos de tecnologia da informação e comunicação são necessários, afigura-se plenamente possível que o empregador controle a jornada de trabalho de seus empregados, seja pela verificação imediata, em tempo real, do início, término e pausas nas atividades do empregado, seja pela elaboração de relatórios das atividades realizadas e dos horários dedicados à atividade laboral, ou qualquer outro método idôneo que possibilite a aferição do efetivo tempo gasto com as atividades ou colocados à disposição do empregador.

No campo processual do trabalho, e considerando que as hipóteses previstas no art. 62, da CLT são exceções, o ônus da prova quanto à inviabilidade/impossibilidade de controle de jornada de trabalho incumbe ao empregador, por ser fato impeditivo do direito obreiro, nos termos do art. 818, II, da CLT c/c art. 373, II, do CPC. A imputação desse ônus enquadra-se com ainda mais necessidade diante da realidade dessa modalidade contratual, pois o empregador, acreditando que o trabalhador enquadra-se nas modalidades de exceção ao controle de jornada, via de regra não realiza o controle dos horários desses empregados, não apresentando em juízo os registros formais de frequência a cuja manutenção está obrigado, por força do art. 74, § 2º, da CLT. Contudo,

note-se que o comando celetista impõe tal necessidade de manutenção dos controles formais pelos empregadores que contem com mais de 10 empregados, mantendo-se o ônus da jornada extraordinária com o empregado, nos demais casos (art. 818, I, da CLT c/c art. 373, I, do CPC).

Importante sobrelevar que o C. TST possui entendimento sumulado, no sentido de reconhecer, em favor do trabalhador, uma presunção de veracidade da jornada de trabalho indicada na exordial, caso o empregador com mais de 10 empregados não apresente os registros de frequência respectivos. Contudo, admite-se que o ente patronal se desincumba do ônus que lhe cabe por prova em contrário, conforme Súmula 338, I, da Corte Superior Trabalhista.

Nessa esteira de raciocínio, e em razão do princípio processual fundamental da eficiência contido no art. 8º, do CPC/2015, plenamente aplicável no âmbito processual trabalhista (art. 769, da CLT c/c art. 15, do CPC/15), poderá o magistrado do trabalho inverter a ordem de colheita de provas em audiência, nos casos de ausência injustificada dos controles de frequência e alegação de qualquer das hipóteses de exclusão do controle de horários prevista no art. 62, da CLT, dado que milita em favor do empregado a presunção relativa da jornada esposada na exordial. Passará, pois, a colher em primeiro lugar as provas orais de iniciativa do empregador, oportunizando-lhe a possibilidade desse ônus processual se desincumbir.

CONCLUSÃO

As normas constitucionais e infraconstitucionais que estabelecem a limitação e o controle de jornada possuem natureza de ordem pública, de observância cogente – obrigatória para as partes na relação de emprego, que não podem ser objeto de negociação coletiva tendente a excluir esse direito ou reduzi-lo a patamares inferiores ao estuário normativo mínimo dos trabalhadores.

A conquista dos trabalhadores em relação à limitação da jornada de trabalho não pode ser mitigada em razão de alterações legislativas que,

sem embargo, promovem o retrocesso social, cuja vedação decorre da norma constitucional originária (art. 7º, *caput*, da CRFB).

Nesses termos, mister que a análise sobre as hipóteses de exclusão de trabalhadores do sistema de controle de jornada de trabalho guarde interpretação restritiva, absolutamente excepcional diante da inviabilidade (*rectius*: impossibilidade) do controle efetivo, de forma a garantir o amplo alcance do comando constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª edição. São Paulo: Editora Ltr. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 27.05.2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 27.05.2018.

_____. **Jurisprudência**. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em <http://www.tst.jus.br/>. Acesso em 27.05.2018.

_____. **Senado Federal**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 27.05.2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

LIMA, Franciso Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Marques de. **Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto**. São. Paulo: LTr, 2017.

Organização Internacional do Trabalho. Convenções ratificadas pelo Brasil. Disponível em <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em 27.05.2018.

NOTAS:

[1] Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

§ 1º Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

I - práticas religiosas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

II - descanso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

III - lazer; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

IV - estudo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

V - alimentação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

VI - atividades de relacionamento social; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

VII - higiene pessoal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

[2] Organização Internacional do Trabalho. Convenções ratificadas pelo Brasil. Disponível em <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang-pt/index.htm>. Acesso em 27.05.2018.

[3] BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 27.05.2018.

[4] Informativo n. 149, do C. TST. Cargo de confiança. Art. 62, II, da CLT. Repouso semanal remunerado e feriados. Não concessão. Pagamento em dobro. Incidência da Súmula nº 146 do TST. O empregado exercente de cargo de gestão, inserido no art. 62, II, da CLT, tem direito ao gozo do repouso semanal e à folga referente aos feriados com a remuneração correspondente. Assim, caso não usufrua esse direito ou não tenha a oportunidade de compensar a folga na semana seguinte, o empregador deve pagar, em dobro, a remuneração dos dias laborados, nos termos da Súmula nº 146 do TST. O objetivo do art. 62, II, da CLT é excluir a obrigação de o empregador remunerar, como extraordinário, o trabalho prestado pelos ocupantes de cargo de confiança, mas isso não retira do empregado o direito constitucionalmente assegurado ao repouso semanal remunerado, previsto no art. 7º, XV, da CF. Sob esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhe provimento. TST-E-RR3453300-61.2008.5.09.0013, SBDI-I, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 17.11.2016.

[5] CLT. Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

(...) III - os empregados em regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).

[6] LIMA, Franciso Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Marques de. **Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto**. São. Paulo: LTr, 2017. p. 45.

[7] “Contemporaneamente, a Hermenêutica Jurídica recomenda que se harmonizem, na operação interpretativa, os três últimos métodos acima especificados, formando um todo unitário: método lógico-sistemático e teleológico (após feita a aproximação da norma mediante o método linguístico, é claro). De fato, não há como se pesquisar o “pensamento contido na lei”, a *mens legis* ou *ratio legis* (utilizando-se, pois, do método lógico), sem se integrar o texto interpretado no conjunto normativo pertinente da ordem jurídica (valendo-se, assim, do método sistemático) e avançando-se, interpretativamente, na direção do encontro dos fins sociais objetivados pela legislação em exame (fazendo uso do método teleológico, portanto).” *In*: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Edição. São Paulo: LTr, 2017. pg. 236 e 248.

DIREITO A PERSONALIDADE E A PRIVACIDADE DIGITAL

**JOÃO RODRIGO RONCALHO
CAPARROZ GARCIA:** Bacharelando do
Curso de Ciências Sociais e Jurídicas da
Universidade Camilo Castelo Branco -
Campus VII - Fernandópolis-SP.

ADAUTO JOSÉ DE OLIVEIRA^[1]

RESUMO: É evidente que a internet se tornou ferramenta essencial ao nosso cotidiano, porém a mesma acarretou inúmeros reflexos, muitos deles não positivos e que geram controvérsias para o direito brasileiro, tanto que se vislumbra a necessidade de instrumentos que regulem aspectos específicos de sua utilização. A era digital e as redes sociais revolucionaram o conceito de privacidade, estando inserido em processos fundamentais para o desenvolvimento econômico e social, criando um novo ambiente para a interação. À medida que a tecnologia se torna mais sofisticada e onipresente, é inevitável que a identidade assuma um papel crucial na maioria, se não em todas as transações. Partindo dessa premissa o trabalho teve como escopo analisar os reflexos causados pela internet dentro da sociedade brasileira, visto os inúmeros casos de violação da privacidade, buscando ponderar se mediante a ausência de legislação específica, o poder judiciário possui meios de aplicar o direito adequado ou se essa ausência prejudica o direito do tutelado. Sendo assim foi discorrido sobre o conceito de personalidade digital, sobre a Criação do Marco Civil da internet e suas implicações.

Palavras-chave: internet, identidade, privacidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REVISÃO DE LITERATURA. 2.1. Marco Civil da internet no Brasil e o papel da sociedade. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A internet representa a transcendência de fronteiras geográficas, do ponto de vista técnico, a Internet é uma grande rede que liga um elevado

número de computadores em todo o planeta por meio de cabos, satélite ou redes telefônicas. Ela é representante de diversas mudanças tecnológicas, no entanto, nota-se um descompasso entre a legislação atual e tais evoluções tecnológicas.

A cybercultura, é um conjunto de atividades e características, comuns ao cidadão digital, que são marcadas pelo uso da tecnologia, sobretudo, da informática. São capazes de potencializar o indivíduo no universo, por reconhecer sua identidade e traços socioculturais que se relacionam com a tecnologia da informação (BRANT, 2014, p. 150).

A construção da teoria dos direitos da personalidade remonta ao início do cristianismo, que deu origem à concepção de dignidade da pessoa humana, e à Escola de Direito Natural, que consagrou a tese sobre a existência de direitos inatos ao homem, que independem de reconhecimento pelo Estado. Por fim, a teoria dos direitos da personalidade também foi construída graças à marcante influência do iluminismo, movimento científico e filosófico que passou a valorizar o indivíduo em detrimento do Estado (BITTAR, 2006).

O aumento significativo na presença de computadores e de acesso à internet nas famílias faz com que o potencial aumento no número de indivíduos sujeitos a transgressões dos direitos da Internet, especialmente o direito fundamental à privacidade através da violação de dados pessoais. Além dos riscos relacionados à mineração de dados por empresas privadas, especializada na coleta de dados privados para fins comerciais (NASCIMENTO, 2017).

E, no âmbito jurisprudencial, a questão de lesões à personalidade tem surgido com frequência crescente, dado o enorme desenvolvimento da Internet como rede de informações e de comércio, conjugada a uma imensa variedade de redes sociais. Tais redes sociais propiciam e, até certo ponto, facilitam – a coleta e a divulgação indevida de dados e informações de caráter pessoal, por terceiros, assim como, em muitos casos, uma exposição indevida da intimidade alheia. E essa exposição, em casos extremos, pode ter efeitos devastadores sobre a honra e a personalidade das vítimas, além de tornar eventual reparação entendida como a volta ao

status quo original da vítima, muito difícil ou mesmo praticamente impossível (SILVA, 2010).

A tecnologia aberta associada ao ritmo acelerado de desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação, amplia consideravelmente a incapacidade dos governos, das organizações empresariais realizarem vigilância, interceptação da coleta de dados, tendo como consequência direta a ocorrência de abusos de direitos humanos, em particular a direito à privacidade, protegido pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo artigo 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, tratar a proteção da privacidade como um direito humano é essencial (BOLESINA, 2015).

2. REVISÃO DE LITERATURA

A palavra “privacidade” em si mesma tem origem latina no verbo “privare”, significando o que seria íntimo e pessoal ou de um grupo definido de pessoas, muito embora seu uso tenha sido intenso na língua inglesa, a ponto de se constatar o seu emprego na literatura desde o século XVI (DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE, 2018).

O direito à privacidade deve ser compreendido como um direito inerente a pessoa humana, o que faz com que determinados elementos pessoais não sejam ornados públicos a comunidades. Tal direito decorre do fato da própria existência do direito de personalidade, decorre da cultura do ser humano, pela qual determinadas informações de cunho pessoal não podem e nem devem ser tornadas públicas (GREGORI e HUNDERTMARCH, 2013, p. 753).

O direito à privacidade é compreendido como um direito fundamental, o qual possui a estrutura de princípio, nos dizeres de Leonardi (2012, p. 98).

De acordo com Silva (2010, p. 14),

A doutrina e a jurisprudência nacionais vêm, desde há algum tempo, tratando de diversas questões relacionadas aos chamados direitos da personalidade, entendida a personalidade como um complexo que

abarcam todas as diversas manifestações da individualidade do ser humano, que, a partir da Carta Magna de 1988, ganharam proteção constitucional. Com efeito, o inciso X, do Artigo 5º, da Constituição da República, dispõe expressamente que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. E, embora os conceitos de intimidade, privacidade, honra e imagem pertençam ao mesmo campo semântico – e, como tais, apresentem traços de identidade e conexão entre seus significados –, apresentam também distinções que nem sempre são aparentes ou óbvias. Nessa perspectiva, impõe-se diferenciar os referidos conceitos, de modo a compreender-se a real amplitude da proteção conferida pelo texto constitucional.

Não há dúvida de que os problemas envolvendo a tutela legal do direito à privacidade, a fim de garantir a inviolabilidade dos dados pessoais na internet, transcende fronteiras geográficas, a revolução tecnológica, tão ampla, permite um acoplamento entre diferentes tempos e espaços no campo do direito e da política, porém cada país ou comunidade tem seus próprios termos neste processo. A discussão em torno da questão da privacidade não é nova, e a preocupação é de forma geral, tornando-se incrivelmente difícil, hoje em dia, separar dados on-line e off-line, vez que a Internet se tornou integrada demais ao mundo real (DONEDA, 2016).

Conforme Antonio Enrique Pérez Luño, é notório que um arsenal de valores, princípios e direitos das sociedades avançadas está sendo constantemente submetido a muitas transformações em consequência do impacto das novas tecnologias (NT) e das tecnologias de informação e comunicação (TIC) (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 9).

Além disso, originalmente os direitos humanos ou fundamentais formaram-se paulatinamente no seio de sociedades, ao passo que hoje

tudo acontece muito mais rápido e as informações são transmitidas quase instantaneamente. A internet introduziu novos níveis de vulnerabilidade as novas formas de recolher dos dados pessoais, os quais podem ser roubados ou obtidos por outros meios, apropriado ou inapropriadamente, podendo se perder e ser usado para muitos propósitos diferentes (NASCIMENTO, 2017).

Por conseguinte, é essencial abordar o estudo dos direitos fundamentais às transgressões, cada vez mais frequentes, esses direitos de internet, especialmente em relação à proteção da privacidade e dados pessoais. Apoia-se a necessidade de reconhecimento de direitos básicos para a proteção legal efetiva de privacidade e dados pessoais na internet, em particular a incorporação do conceito de "direitos de privacidade na internet" como um dos pilares do regulamento de proteção de dados pessoais no Brasil, buscando assim uma maior eficácia do direito fundamental para a privacidade (SARLET, 2010).

O Marco Civil da Internet é um exemplo da evolução brasileira, disponibilizando o acesso à internet essencialmente ao exercício da cidade, e ao usuário, a segurança de direitos que muitos usuários desconhecem. O art. 7º, da Lei 12.965/14 dispõe:

Inciso I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Inciso VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

Inciso VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

Inciso IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

Inciso X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei (BRASIL, 2018).

Nessa ordem, são apresentados direitos básicos que transcendem o significado de direitos, uma vez que representam desejos reais entendidos e considerados pelas pessoas como seu direito, os quatro direitos básicos que constituem os direitos de privacidade da internet: (i) o direito de percorrer a internet com privacidade; (ii) o direito de monitorar aqueles que nos monitorizam; (iii) o direito de eliminar dados pessoais; todos eles asseguram o direito a uma identidade online (SARLET et L., 2016).

O primeiro direito, liga-se à possibilidade de navegação para páginas da Web, seja em busca de informações, seja em busca de dados, seja na compra de produtos no comércio eletrônico, plataformas com a expectativa razoável de fazê-lo com privacidade, não como um absoluto padrão, mas como regra geral. Significa colocar em cheque todos os modelos de negócios que utilizaram a internet para interagir com usuários (serviços baseados na web) e que são absolutamente justificados na Web simbiótica. A maioria dos motores de busca, como o Google, foi desenvolvida para trabalhar em simbiose com os usuários, ou seja, na troca de serviços gratuitos, o usuário fornece informações pessoais e consentimento, ao iniciar o uso dos serviços, essas informações pessoais são coletadas durante a navegação, armazenada e usada para diversos fins, incluindo comercial.

Além disso, há o componente argumentativo, usado muitas vezes pelas empresas de tecnologia da informação e das comunicações, que vem fortemente no reconhecimento disso certo. De acordo com essas empresas, o fornecimento de dados e informações pessoais é útil para vários fins e, principalmente, para otimizar e melhorar a experiência do usuário na Web, tornando a internet mais interessante.

No entanto, o direito de percorrer a internet com privacidade deve se estender além da pesquisa motores, alcançando também qualquer outro serviço de navegação, como os provedores de acesso (originalmente ISPs - Provedores de Serviços de Internet). O reconhecimento formal do direito de percorrer a internet com privacidade poderia gerar conflitos inevitáveis com as práticas governamentais, especialmente com a vigilância e retenção de dados. No entanto, essa tensão inevitável é essencial, de modo a exercer os fundamentos da proteção à privacidade.

O segundo direito básico, constitui o núcleo dos "direitos de privacidade na Internet", este por sua vez é complementar ao anterior, diz respeito ao direito de saber quem monitorou, quando monitorou e para quais fins o fez. A coleta de dados e os monitoramentos são atos absolutamente negativos, no entanto, sob o prisma da Web simbiótica são ações absolutamente benéficas para a usabilidade da rede pelo usuário. Devido a este impasse conceitual e antagônico, os usuários têm o direito de saber quando, por quem e para o que e o que está sendo rastreado, armazenado e analisado. Trata-se do indivíduo saber se ele está sendo monitorado, possivelmente mesmo sem retenção de dados e informações, e para que finalidade este ato se destina. Isto é estabelecer um princípio de consentimento colaborativo, com o consentimento considerado modo imediato, interativo, dinâmico e binário, dentro dos processos de interação na internet.

O terceiro direito, para excluir os dados pessoais, merece aqui diferenciações importantes. Alguns autores levaram à luz a expressão "direito a ser deixado sozinho", empregado por Cooley e reproduzido por Warren e Brandeis (1890), para configurar o direito de ficar sozinho, dando início ao reconhecimento do direito à privacidade. Entretanto essa expressão é muitas vezes entendida como um sinônimo de um direito já

reconhecido, inclusive na legislação brasileira, ou seja, o direito de ser esquecido. Esse vai além da mera proteção da vida privada, dando a possibilidade de excluir dados pessoais de usuários e informações pessoais da internet. Esse direito garante que os dados sobre um indivíduo só podem ser mantidos para permitir a identificação de um assunto conectado aos eventos e apenas o tempo que for necessário para atingir seus propósitos (ZANINI, 2015).

Um dos grandes desafios do futuro da internet está em criar um botão "apagar", de modo que as pessoas têm a oportunidade de excluir publicações relacionadas a atos realizados no passado, e que não desejam exibir mais. A discussão sobre a possibilidade de ter o direito de ser esquecido é antigo. Ele vem do conflito de indivíduos com a imprensa e com a mídia, não autorizando publicações ou cujo conteúdo não corresponda à totalidade dos fatos e da verdade. Alguns anos atrás, a preocupação residia na retirada da circulação de revistas e jornais, bancas de jornais para que a informação alegadamente confundida não circule entre os leitores, evitando assim o surgimento de falsas mentiras. Neste contexto, a questão ligou mais conceito de "direito a ser deixado sozinho". Todavia, na "era da Internet" e para a consolidação do ciberespaço, é mostrado o debate inevitável sobre a possibilidade de apresentar um botão de exclusão para excluir os logs da Web, sendo a informação não desejada por nenhum dos envolvidos.

Neste ponto, é importante refletir sobre os limites que uma organização empresarial, como por exemplo o Google, que possui uma parte significativa das informações organizadas na internet, definir categorias de grupo para as quais deveria ser aplicável, e em que circunstâncias e condições, o direito de excluir dados pessoais ocorrerá. A mera possibilidade de determinar essas categorias já apontam para uma fragilidade nas normas legais que protegem implicitamente o direito para ser esquecido.

Vislumbrar a internet como instituto público é absolutamente complexo. Sendo assim responder a este questionamento não é algo simples, especialmente do ponto de vista da produção normativa clássica, e permeia necessariamente sobre o conceito de ciberespaço. Na verdade, a

internet, deveria tratar de espaços privados, conectados, cada um com seu proprietário, suas regras e seu próprio caminho para administrar. A bem da verdade é que a Internet se trata de um espaço público administrado por regras e padrões públicos, com expectativas de que os usuários deveriam ter certeza sobre quais direitos devem ser respeitados independentemente da maneira como pode-se percorrer pela Web (WOLKMER, 2012).

A internet é concebida como um espaço público significativo e extensivo, sobre o qual os direitos são totalmente aplicáveis, em consequência direta, assim como qualquer outro espaço público. Se as pessoas têm a necessidade de usar a internet e, hoje, já tem o reconhecimento do fundamental direito de acesso a ele, é claro que deve haver meios adequados de proteção aos direitos de uso. É relevante refletir sobre quais partes da internet devem ser consideradas públicas ou privada e, conseqüentemente, de quais espécies de direitos e em particular, que grau de privacidade se aplica (NASCIMENTO, 2017).

2.1. Marco Civil da internet no Brasil e o papel da sociedade

As discussões que levaram à criação de Marco Civil expuseram as principais posições sobre o uso de dados e tecnologia no Brasil. É um conjunto de leis que regulam e definem o uso da Internet por cidadãos, empresas e provedores de internet. Por muitos anos antes da sua criação, houve uma discussão vigorosa sobre o cybercrimes e a inadequação da legislação brasileira para lidar com seus efeitos. As leis brasileiras não especificaram regras para as telecomunicações nem punições para a manipulação incorreta de dados, por exemplo. Além disso, à medida que as velocidades da Internet aumentavam a questão da neutralidade da rede começou a ser discutida.

Nesse sentido, a Lei do Marco Civil, em seu artigo 6º, faz referência aos usos e costumes na Internet, que nada mais são do que a cibercultura, como meios influentes para a resolução de conflitos, *in verbis*:

Art. 6º - Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a

promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural. (BRASIL, 2014).

Ademais, com o desenvolvimento expressivo da internet, um novo Direito foi se formando no meio doutrinário e jurisprudencial, a fim de resguardar os direitos, bem como deveres dos usuários (QUEIROZ, 2018).

Criar leis que regulam a tecnologia expõe um grande dilema, pois a evolução da tecnologia é muito mais rápida do que a criação de legislação para regulá-la. Além disso, à medida que a fronteira do computador se expande, a legislação que é muito específica para um determinado tipo de dispositivo fica antiga ou pode interferir com a inovação. O desafio para os legisladores é criar uma legislação "à prova de futuro" que encapsule as principais ideias de privacidade/proteção/segurança sem especificar qual tecnologia exata é aplicada. No caso dos Estados Unidos, o precedente e a interpretação da Constituição à luz de novos casos geralmente são o caminho para novos regulamentos. No Brasil, isso não seria suficiente, sem regras explícitas, não haveria proteção judicial para novos casos (CASTRO, 2015).

Há outro desafio ao legislar sobre a Internet, entre eles a natureza internacional inerente das redes. A discussão sobre um conjunto de regulamentos internos seria limitada pelo fato de a maioria das empresas da Web não possuírem escritórios no Brasil, e as que fazem, normalmente possuem servidores fora do país. Como as políticas de retenção de dados variam, é muito pouco claro quem controla os dados ou é responsável por isso. À medida que os telefones celulares levavam o mercado e a Internet tornou-se onipresente, as questões da governança da Internet tornaram-se mais salientes politicamente e levaram pouco tempo para serem apreendidas como uma questão polarizadora. Existe uma crescente tensão entre os governos e as empresas em relação à quantidade de dados que podem ser mantidos e à forma como ele deve ser protegido (DONEDA, 2016).

Uma das principais ironias da criação de Marco Civil é que toda a legislação foi criada como uma reação a um projeto de lei que aumentou a vigilância do governo. Em 2007, um senador do estado de Minas Gerais e

membro do partido opositor, Partido Socialista Democrático Brasileiro (PSDB), Eduardo Azeredo, propôs um novo projeto de lei sobre cybercrime. Definiu e tipificou uma série de crimes na Internet e punições estabelecidas para eles, tanto em multas como em prisão. O projeto de lei estabeleceu que, para usar a Internet, os provedores teriam que registrar e controlar as identidades de cada pessoa usando o serviço através do seu número CPF (que é o equivalente bruto dos números da Segurança Social nos Estados Unidos). Além disso, todo provedor foi feito corresponsável por qualquer atividade ilegal perpetrada ao usar o serviço, que os expôs a grandes responsabilidades. O que os ativistas viram era uma lei potencial que monitoraria a atividade de todos on-line e eles foram rápidos em nomear o projeto de lei "Digital AI-5", lembrando o decreto do regime militar que censurou e encarcerou os dissidentes brasileiros em 1968.

Embora o projeto de lei fosse uma inovação, ele lançou uma ampla rede de liberdade na Internet, de acordo com ativistas da internet. Mas os defensores do projeto de lei tinham um ponto válido, ainda não havia legislação para lidar com crimes na Internet e, cada vez mais, haveria necessidade de um. Ambos, Sérgio Amadeu (que anteriormente analisaram a *iniciativa Open Source Software* dentro do governo de Lula) e Ronaldo Lemos (então professor na Fundação Getúlio Vargas, FGV) foram críticos do projeto "Digital AI-5" e sugeriram um papel mais ativo para a sociedade civil na definição da nova Lei da Internet (PAPP, 2018).

O Marco Civil, se traduz como um Quadro Civil para a Internet. Seria uma forma de definir crimes e punições e consagrar em lei certos princípios de abertura e neutralidade da internet. Além disso, tentou conter a onda de vigilância governamental crescente, que praticamente não havia regulação para as novas tecnologias e a Internet. A ideia era que, com um processo aberto de consulta com a sociedade civil, a legitimidade do novo conjunto de leis se revelaria resiliente e superaria os vários grupos de interesse, especialmente as telecomunicações, que tentariam deter o processo. Embora proposto por Lemos em 2007, o projeto de lei só seria discutido publicamente em 2009 (PECK, 2017).

Os princípios que guiaram Marco Civil foram muito próximos do que os ciber ativistas organizados queriam, foi fortemente inspirado por uma

visão libertária da Internet, com ênfase nos direitos civis, liberdade de expressão e privacidade como foco principal da lei. Isso significaria que o projeto Marco Civil tentava esculpir um espaço para o anonimato e a privacidade da comunicação, sem pôr em perigo o acesso à segurança e à aplicação da lei aos dados por meio de canais legais. Deveria ser feito um compromisso: os provedores seriam responsáveis pelo registro de dados do usuário por não mais de um ano e só podiam divulgá-lo com um mandado judicial. Além disso, os provedores não seriam penalizados por hospedar material ilegal, desde que respeitassem uma ordem judicial para retirada de tal material, se autorizado por um juiz (EKMAN e BARBOSA, 2018).

A parte mais controversa e importante de Marco Civil estava relacionada à neutralidade da rede. Isso seria difícil de aprovar no Congresso, uma vez que as telecomunicações apoiaram muitas campanhas de congressistas e foram altamente organizadas. Para torná-lo ainda mais difícil, a neutralidade da rede era um conceito novo e nenhum país o havia estabelecido em legislação até então. Marco Civil só seria oficialmente apresentado como um projeto de lei no Congresso em agosto de 2011, já na administração da Dilma Rousseff, após duas fases de discussões públicas sobre o rascunho inicial.

Responsável pela comissão que analisou o projeto de lei e um dos principais defensores de Marco Civil foi um jovem legislador do Rio de Janeiro chamado Alessandro Molon (PT). Molon percebeu que ele poderia se coordenar entre vários ativistas que anteriormente, de uma forma ou de outra, participaram da definição de políticas tecnológicas e já foram mobilizados para a criação desta legislação. No entanto, devido à pressão política de lobbies contra ela, o projeto ficou paralisado (Câmara dos Deputados 2014).

Com as revelações de Edward Snowden[2] em 2013, a conta Marco Civil foi trazida de volta. Ficou claro que evitar a questão da vigilância já não era possível à luz da opinião pública. Criar um Marco Civil seria visto como um passo importante para regulamentar a Internet no Brasil e criar uma "Carta de Direitos" digital que conecte a privacidade, como resposta direta ao espião estrangeiro pela NSA[3]. Os dados que Snowden expôs mostraram claramente que a NSA não só espiava as corporações brasileiras

(como, por exemplo, a Petrobras), mas também estava coletando no tráfego brasileiro de Internet a granel, já que o Brasil era um dos polos através dos quais os dados passavam nas comunicações internacionais. Essas revelações abasteceram o nacionalismo brasileiro e reviviram as preocupações do estado brasileiro com a autonomia tecnológica e de dados.

A presidente Dilma Rousseff marcou o projeto como urgente, o que o colocou automaticamente em cima da agenda do Legislativo, bloqueando outras contas até que fosse discutido e votado. Revitalizado pelo clima político, a mesma coalizão de jogadores ajudou a apoiar o projeto de lei no Congresso. O governo agora pode reivindicar de forma credível que foi uma legislação que foi completamente revisada e legitimada por consulta pública com o apoio de vários grupos que a apoiaram há muito tempo, em todos os passos (EKMAN e BARBOSA, 2018).

Esta coalizão foi formada por defensores dos direitos civis, ativistas de software aberto, acadêmicos, defensores dos direitos trabalhistas e ONGs. Incluindo o apoio externo de instituições e personalidades, como por exemplo o criador do termo "neutralidade da rede", Tim Wu e o inventor da Web, Sir Tim Berners-Lee. O grupo foi decisivo para mostrar uma ampla gama de apoio a uma lei que foi uma das primeiras a incorporar as demandas dos usuários da Internet. No entanto, a coalizão que apoiou Marco Civil não foi formada neste momento preciso. Cresceu desde, pelo menos, a criação da política de código aberto de meados dos anos 2000 (CASTRO, 2015)

O debate Marco Civil também foi útil de outra forma, quando Edward Snowden revelou os documentos da NSA que mostravam espionagem generalizada no Brasil, o governo de Dilma Rousseff descobriu que sua resposta internacional foi apoiada por uma coalizão doméstica e internacional pré-fabricada para aprovação da lei. Ao mesmo tempo, ela tinha os elementos para adotar legislação que faz anos, além de apresentar um apoio doméstico já legítimo para cargos assumidos em fóruns internacionais. Assim, uma das principais iniciativas internacionais da administração de Dilma em política externa foi uma mistura de uma crise, uma oportunidade e um calendário político, todos conectados por meio de anos de advocacia pelos direitos da Internet e da Tecnologia (PAPP, 2018).

Embora a posição da política externa brasileira em relação à Internet tenha sido consistente, o mesmo não é verdade em relação à política interna do país sobre o assunto. Os princípios de Marco Civil são contra o interesse de muitos indivíduos importantes nos jogos de poder do Brasil, inclusive, às vezes, o próprio governo federal. Além disso, os juízes responsáveis pela aplicação da lei geralmente não possuem um amplo conhecimento das novas tecnologias da informação e às vezes tomam decisões que não estão de acordo com o Marco Civil (CASTRO, 2015)

Isso não é realmente uma surpresa, pois em alguns casos, talvez até involuntariamente, as pressões internacionais reverberam na política brasileira, propiciando o equilíbrio doméstico e influenciando as negociações internacionais. Muitas das ações que a administração de Dilma Rousseff levou não faziam parte de um plano cuidadosamente elaborado, mas sim a resposta a grandes eventos estrangeiros, fora do controle dos domínios brasileiros. Alguns deles rejeitaram essa influência externa.

A contradição mais séria é a indignação que a presidente expressou sobre a NSA, apesar da falta de transparência e responsabilidade que são características das políticas de vigilância do seu governo. A maioria das ações do Brasil neste campo são fortemente militarizadas, sob o controle do Exército, sem uma supervisão adequada de políticos civis ou da sociedade civil. Os militares costumam tratar a segurança cibernética como um grande guarda-chuva onde a espionagem, o cybercrime e a vigilância doméstica vão juntos. Enquanto as Forças Armadas abraçaram com entusiasmo esse novo papel, colocá-los a cargo da segurança cibernética geral para as redes civis e militares é um desajuste que poderia ter consequências prejudiciais para a segurança do país.

Nem todas as ameaças cibernéticas são iguais. Talvez o mais flagrante seja o cybercrime economicamente motivado, onde o alvo principal são os bancos privados, empresas e indivíduos. Outros são postos por grupos hackeristas domésticos e internacionais com intenção de interromper os serviços governamentais e os sites corporativos. Os protestos populares do Brasil de junho a agosto de 2013, por exemplo, coincidiram com um aumento acentuado da atividade hacktivista (PAPP, 2018).

Estas são tendências perturbadoras, não muito diferentes das atividades da NSA. Se nos Estados Unidos a guerra contra o terrorismo foi criticada devido às violações dos direitos civis, no Brasil, as preocupações nacionalistas com a espionagem americana podem ser manipuladas como pretexto para frustrar a dissidência interna. As preocupações são mais fortes por causa de uma história recente de repressão violenta contra movimentos sociais e protestos nas grandes manifestações que desde 2013 questionaram governos nacionais e locais.

Algumas das ações da presidente também causaram preocupações com a neutralidade da internet. O presidente anunciou uma negociação com o Facebook para impulsionar o acesso à Internet a pessoas pobres no Brasil. Os termos não são claros, mas ativistas de direitos humanos acusaram esse tipo de projeto patrocinado pela empresa de práticas como visitas limitadas apenas a sites que são parceiros da rede social, em clara violação de várias cláusulas de Marco Civil. Sessenta e cinco ONGs escreveram uma carta aberta ao CEO do Facebook criticando isso por violações da neutralidade e da privacidade da Net. Rousseff parecia estar mais interessado no acordo com Mark Zuckerberg, que serviu tanto como uma forma de estabelecer alguma credibilidade com os grupos empresariais e para sinalizar que o governo ainda tinha uma agenda de expansão do acesso à Internet em todo o país.

Há também uma barra diagonal conservadora no Congresso, com seus membros apresentando contas para alterar o Marco Civil para permitir o acesso do governo a dados pessoais sem uma ordem judicial e criar ferramentas para que os políticos apaguem do material da Internet que lhes são ofensivos. A maioria dessas propostas foi apresentada pela Comissão de Inquérito sobre Delitos Cibernéticos, que afirmou em seu relatório que as medidas são necessárias para proteger a sociedade de criminosos que usam a Internet para atingir seus objetivos (CASTRO, 2015).

Por último, mas não menos importante, existem conflitos entre as autoridades brasileiras e as principais empresas de Internet, como a Apple, o Facebook e a WhatsApp, no que se refere ao acesso a dados pessoais de seus usuários, normalmente devido à sua recusa no cumprimento de ações judiciais. Dois juízes pediram três vezes a suspensão da WhatsApp[4] no

Brasil, depois que a empresa não cede informações para investigações policiais, o Facebook afirma que isso não é possível, devido à criptografia usada pelo serviço. Por várias vezes, o aplicativo estava desconectado por horas no país, até que um tribunal superior anulasse a decisão. A suspensão de sites e o Judiciário deve ter uma melhor compreensão dos direitos humanos na Internet.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que a internet está estruturando um novo tipo de sociedade, onde a moeda de troca é a informação. Considerando que o ritmo em que a internet evolui é exponencialmente superior ao ritmo em que evolui atividade legislativa.

Desde 2013, o Brasil participou das duas resoluções da ONU sobre privacidade na era digital, organizou conferências multilaterais sobre a questão e tomou medidas importantes para as estabelecer no sistema de direitos humanos das Nações Unidas. Essas conquistas foram, em parte, resultado da turbulência causada pelas divulgações da NSA. O escândalo ajudou o governo brasileiro a superar vários obstáculos domésticos para estabelecer Marco Civil. Mas isso foi um alívio temporário e as dificuldades permanecem.

As regras legais relacionadas à Internet no Brasil, a fim de garantir a plena eficácia ao direito fundamental à privacidade, principalmente ao acolher a proteção da vida privada, da intimidade, da imagem, honra e os direitos básicos, precisa ser revista e realmente adequada as necessidades dos usuários, pois apresenta-se falha em diversos aspectos.

O Direito não pode ficar alheio à silenciosa revolução que acontece através da internet, este por sua vez deve conseguir ponderar, filtrar e equacionar o avanço da internet com a necessidade de obter algum controle sob o crescente volume de informações que trafegam a todo instante pelo mundo, atentando-se para a preservação de direitos fundamentais como a privacidade, a liberdade da informação e os autorais, sem afrontar o Estado de Direito.

Deve-se encontrar a melhor forma de proteção aos direitos fundamentais, sem comprometer a liberdade e o direito individual à informação, resultando em um ajuste dos aspectos tecnológicos e jurídicos, sem, contudo, permitir que a disseminação desenfreada de dados favoreça os comportamentos ilícitos que possam causar danos ou comprometer a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, C.A. **Os Direitos da Personalidade**. 7^a. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 18 e 19.

BOLESINA, I. Direito à intimidade no ciberespaço e a transformação do binômio público-privado. In: Mostra de pesquisa de direito civil constitucionalizado. 3., 2015, Rio Grande do Sul. **Anais eletrônicos...** Rio Grande do Sul: Unisc, 2015.

BRANT, C.A.B. Marco Civil da Internet: Comentários sobre a Lei 12.965/2014. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet**. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/117197216/lei-12965-14>. Acesso em março de 2018.

CASTRO, C.S. **Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais**. Coimbra. Edições Almedina, 2015.

CHINELLATO, S.J. de A. **A responsabilidade civil no Código de 2002: aspectos fundamentais**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v., p.944.

DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. **Dicionário de português**. Disponível em . Acesso em março de 2018.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

EKMAN, P.; BARBOSA, B. **Marco Civil aprovado: dia histórico para a liberdade de expressão.** Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/marco-civil-aprovado-dia-historico-para-a-liberdade-de-expressao-8288.html>. Acesso em março de 2018.

GREGORI, I.C.; HUNDERTMARCH, B. A fragilidade da proteção do direito à privacidade perante as facilidades da internet. **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede.** UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria/RS, 2013.

LEONARDI, M. **Tutela e Privacidade na Internet.** São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017.

PAPP, A.C. **Em nome da internet – os bastidores da construção coletiva do Marco Civil.** Disponível em: https://issuu.com/papp/docs/em_nome_da_internet. Acesso em março de 2018.

PECK, P. **Direito Digital.** São Paulo. Ed. Saraiva, 2017.

PÉREZ LUÑO, A.E. **Os direitos humanos na sociedade tecnológica.** Madrid: Editorial S.A., 2012.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I.W.et al. **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

QUEIROZ, T. **Marco Civil da Internet: um estudo da sua criação sob a influência dos direitos humanos e fundamentais, a neutralidade da rede e o interesse público versus privado.** Disponível em: <https://jusbrasil.com.br/artigos/marco-civil-da-internet-um-estudo-da-sua-criacao-sob-a-influencia-dos-direitos-humanos-e-fundamentais-a-neutralidade-da-rede-e-o-interesse-publico-versus-privado>. Acesso em março de 2018.

SILVA, M.C.C. **Divulgação indevida de dados e informações via internet: Análise relativa à responsabilidade civil.** Monografia. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduação. Rio de Janeiro, 2010.

ZANINI, L.E.A. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, ISSN 2358-6974, Volume 3 – Jan / Mar 2015.

WOLKMER, A.C. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos.** In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-48.

NOTAS:

[1] Docente do Curso de Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Camilo Castelo Branco – Campus VII – Fernandópolis-SP.

[2] Edward Joseph Snowden é um analista de sistemas, ex-administrador de sistemas da CIA e ex-contratado da NSA que tornou públicos detalhes de vários programas que constituem o sistema de vigilância global da NSA americana.

[3] Agência de Segurança Nacional é a agência de segurança dos Estados Unidos, criada em 4 de novembro de 1952 com funções relacionadas com a Inteligência de sinais, incluindo interceptação e criptoanálise.

[4] Aplicativo de mensagens.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 - CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO

HANTONY CASSIO FERREIRA DA COSTA:

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Processual Civil pelo IBDP e Universidade Anhanguera - SP. Advogado licenciado. Assessor Jurídico do 3º Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região.

Resumo: A vigência da Lei nº 13.467/2017 trouxe a obrigatoriedade de fixação de honorários sucumbenciais ao processo do trabalho (art. 791-A, da CLT). A partir deste fato, surgiu a necessidade de analisar os planos de validade e eficácia da lei no tempo. O presente estudo objetiva verificar a constitucionalidade do novo dispositivo sob o prisma dos princípios da finalidade, da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia e da gratuidade do acesso à justiça, bem como perquirir acerca da produção imediata dos efeitos (eficácia) do art. 791-A, da CLT aos processos em curso e aos processos iniciados após o advento da reforma trabalhista. O tema é objeto de grande celeuma doutrinária, havendo estudos que se orientam pela constitucionalidade e eficácia imediata aos processos pendentes, outros que realizam interpretação conforme a Constituição e alguns que se direcionam pela inconstitucionalidade do novo instituto. Para fins de solver a problemática proposta, faz-se uso do método da revisão bibliográfica, utilizando-se obras sociológicas e jurídicas, mormente do campo do direito processual do trabalho. Além disso, a problemática é enriquecida com jurisprudência dos tribunais e com interpretação teleológica da reforma trabalhista, a partir de pareceres legislativos.

Palavras-chave: Honorários sucumbenciais; reforma trabalhista; constitucionalidade; eficácia da lei no tempo.

Sumário: 1. Introdução; 2. Da análise do plano de validade do art. 791-A, da CLT; 2.1. Da constitucionalidade dos honorários advocatícios no processo do trabalho a partir da natureza jurídica do instituto; 2.2. Da possível afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição; 2.3. Da possível

afronta ao princípio da isonomia; 2.4. Da possível afronta ao princípio da gratuidade do acesso à justiça; 3. O fato gerador dos honorários advocatícios decorrentes do processo e eficácia da lei no tempo; 4. Conclusão; Referências.

1. Introdução

As despesas processuais se referem a todos os valores a que os sujeitos processuais estão submetidos em razão de participarem de determinado processo judicial. Assim, na amplitude ofertada pelo conceito sobredito estão abrangidos os honorários advocatícios, as custas processuais, os honorários periciais e emolumentos. Legalmente, no processo civil, ainda são englobadas a remuneração do assistente técnico, a diária da testemunha e a indenização de viagem (art. 84, *caput*, do Código de Processo Civil brasileiro – NCPC).

Os honorários advocatícios, no processo do trabalho, são objeto de grande cizânia doutrinária e jurisprudencial, tanto em razão do fato gerador da sua incidência (causalidade ou sucumbência), quanto da sua natureza (sanção ou remuneração) e constitucionalidade, em razão de possível afronta aos princípios da isonomia, acesso à justiça, segurança jurídica, gratuidade do acesso à justiça aos hipossuficientes, valor social do trabalho dentre outros.

A Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, ao incluir o art. 791-A na Consolidação das Leis do Trabalho (Lei nº 5.452/1943), passou a prever expressamente a incidência dos honorários advocatícios no processo do trabalho, tanto nos créditos resultantes das relações de trabalho *latu sensu* (em que já eram admitidos), quanto nos resultantes de relações de emprego.

Através de pesquisa bibliográfica, o presente artigo pretende revisitar o estado de arte da produção literária acerca da temática, objetivando ofertar fundamentos jurídicos sólidos aos operadores do direito, além de contribuir na construção do pensamento jurídico sobre uma temática que será resolvida de forma concentrada pelo Supremo

Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, compreendendo-se que a Constituição é um texto plural, cuja interpretação é construída por toda a sociedade.

2. Da Análise do plano de validade do art. 791-A, da CLT

2.1. Da constitucionalidade dos honorários advocatícios no processo do trabalho a partir da natureza jurídica do instituto

O art. 22 da Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB) dispõe que aos inscritos na OAB são assegurados os honorários convencionados, os arbitrados judicialmente e os de sucumbência.

A partir deste dispositivo, pode-se dizer que existem duas espécies de honorários advocatícios: os decorrentes de um contrato de prestação de serviços e os de sucumbência. Os primeiros podem estar pactuados por contrato expresso ou, em sua ausência, ser arbitrados judicialmente. Os últimos decorrem da existência do processo judicial.

Embora o parágrafo segundo do art. 22 do diploma legal supracitado se refira ao arbitramento dos honorários em "remuneração" compatível com o trabalho prestado, não há clareza quanto a quais honorários se refere a norma: contratuais ou sucumbenciais, o que poderia iluminar a interpretação da natureza jurídica de cada espécie de honorários.

Em âmbito doutrinário, não há divergências quanto à natureza de contraprestação pelos serviços prestados dos honorários contratuais. Contudo, os honorários sucumbenciais são objeto de certa celeuma [1].

Quanto ao tema, o art. 17 do Código de Ética da OAB [2] se refere à fixação dos honorários sucumbenciais em montante proporcional ao trabalho prestado pelo advogado na causa. Ao se referir à proporcionalidade do trabalho prestado e tratar especificamente sobre honorários sucumbenciais, o dispositivo tenciona afastar a natureza de sancionatória dos honorários sucumbenciais. Assim, embora entabulado na categoria das despesas processuais, é duvidosa a natureza penal da verba honorária.

No Código Civil, os artigos 389 e 404 também se referem à necessidade de pagamento dos honorários advocatícios, desta vez por parte do inadimplente da obrigação. Neste caso, o devedor em mora responde por perdas e danos, juros, custas, atualização monetária e honorários advocatícios. Não se trata de honorários decorrentes da sucumbência, pois incidem antes e independentemente da existência de qualquer processo judicial. A causa jurídica da obrigação é o inadimplemento da obrigação e a despesa com os serviços advocatícios. O ressarcimento da despesa não se confunde com uma sanção: visa manter a higidez do patrimônio do credor no estado em que se encontrava antes da lesão.

Apesar do exposto, na fundamentação da inclusão do art. 791-A da CLT, que passou a prever a incidência dos honorários sucumbenciais no processo do trabalho, os legisladores justificaram a inovação com a necessidade de sancionar a proposição de reclamações trabalhistas temerárias, o que denota um desvio de finalidade na previsão legal.

Assim, no Parecer (SF) n. 67, de 28.6.2017 – aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado Federal [3] – foi mencionado que a previsão de custas e honorários sucumbenciais tiveram a finalidade de produzir o uso responsável da ação trabalhista e tornar onerosa a litigância. Expressamente, os autores da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) dizem que pretendem diminuir o número de reclamações trabalhistas e utilizar as despesas processuais com cunho sancionatório, contra os empregados que utilizam irresponsavelmente a ação trabalhista.

Nesta linha de pensamento parece haver flagrante inconstitucionalidade. Isso porque há um claro desvio de finalidade (art. 37, *caput*, CRFB), na medida em que os honorários sucumbenciais não possuem, conforme exposto, natureza de sanção.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a natureza alimentar dos honorários sucumbenciais. Ao dizer que uma parcela tem natureza alimentar, se exclui o pensamento de que ela é paga em razão do cometimento de uma ilicitude.

Tal entendimento do STF culminou, inclusive, na previsão da Súmula Vinculante nº 47, cujo texto está reproduzido abaixo:

“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”.

Nos precedentes que ensejaram a edição da referida súmula [4] e nas decisões surgidas posteriormente a ela [5], com vistas a estabelecer o alcance do comando jurisprudencial, houve divergências sobre a extensão do entendimento aos honorários contratuais, já que o precedente que ensejou a súmula incidiu sobre um substrato fático que tratava, exclusivamente, de requisição de pequeno valor (RPV) decorrente de honorários sucumbenciais. Desta discussão, é possível perceber que a divergência se limitou à possibilidade de destacamento e pagamento dos honorários contratuais através da RPV. Porém, não houve dúvidas de que os honorários sucumbenciais possuem natureza alimentar.

Não existe notícia de que qualquer sanção, na história do Direito, possa ter natureza alimentar. As sanções são indenizatórias. Se os honorários advocatícios retribuem o trabalho do advogado da parte adversa, se tornam instituto de natureza material e não se prestam a sancionar uma conduta ilícita da parte que faz mau uso do direito de ação.

Parece haver, assim, desvio de finalidade na previsão de oneração das partes partindo-se do pressuposto da litigância abusiva de forma generalizada.

Outrossim, não se pode partir do pressuposto de que normalmente o exercício da reclamação trabalhista é abusivo. Primeiro, porque não é isso que se verifica na praxe forense. Segundo, porque não se pode partir da situação excepcional para fundar uma regra de caráter abstrato, genérico e coercitivo a todos, inclusive aos que não utilizam mal a jurisdição. Isso faria punir os que não merecem reprimenda.

Terceiro ponto que merece nota é que o ordenamento jurídico, inclusive a CLT, já possui norma expressa e específica apta a punir o uso abusivo do direito de ação: é a litigância de má-fé, que

permite a condenação do litigante de má-fé em despesas processuais e honorários decorrentes do trabalho desnecessariamente gerado à parte que agiu de boa-fé e foi prejudicada. A previsão está contida nos artigos 793-A a 793-D, da CLT.

Em consonância com o pensamento acima, assevera GUIMARÃES [6] que:

[...]. É preciso não esquecer que a Lei n. 13.467/2017 trouxe para o texto da CLT a possibilidade, agora sem controvérsias, de condenação das partes por litigância de má-fé. Esta é a solução legal para as situações em que empregados e empregadores abusam do direito de ação ou de defesa. Esta é a ferramenta que os juízes do trabalho têm ao seu dispor e da qual devem fazer uso, nos termos da lei, para punir os litigantes em razão do seu comportamento abusivo no processo perante o Poder Judiciário, cabendo até mesmo a responsabilização solidária do advogado, como preconiza o art. 32 do EA, quando for o caso.

O fato de o trabalhador postular em juízo, mesmo em se tratando de quantia elevada, e não alcançar êxito, não está entre os preceitos que caracterizam a litigância de má-fé, razão pela qual os honorários de sucumbência trabalhista não podem servir como punição nem como ameaça capaz de evitar ao ajuizamento da ação que a parte entende adequada [...].

A norma que carrega ao processo o instituto da litigância de má-fé prevê a condenação de honorários sucumbenciais, despesas, indenizações e multas ao litigante de má-fé. Em vista disso, permitir que o mesmo fundamento (de litigância abusiva) sirva para punir duplamente o litigante é desproporcional, o que afronta o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da CRFB).

As considerações acima denotam que a alteração legislativa aqui estudada expressamente buscou finalidade diversa da anunciada. A busca do fim público deve estar presente em toda a atividade do Estado, não só na função administrativa, como também na função legislativa. Assim, a perseguição de fins diversos do bem comum agride o princípio da impessoalidade, considerando-se que este é uma vertente do princípio da impessoalidade previsto no art. 37, *caput*, da CRFB.

Logo, pela natureza dos honorários sucumbenciais – que visam ressarcir o trabalho do advogado da parte contrária, é perceptível que, ao partir do pressuposto da natureza sancionatória do instituto, os legisladores agiram com desvio de finalidade na normatização do art. 791-A, da CLT.

2.2. Da possível afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição

Alega-se que a previsão de condenação da parte hipossuficiente, no processo do trabalho, em honorários sucumbenciais violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição expresso no art. 5º, XXXV, da CRFB.

É preciso trazer ao lume que a regra prevista no art. 791-A, *caput*, da CLT passou a prever, a partir da Lei nº 13.467/2017, que seriam devidos honorários sucumbenciais no processo do trabalho, nos montantes compreendidos entre 5% e 15% sobre o valor resultante da liquidação, do proveito econômico ou sobre o valor atualizado da causa. Além disso, o parágrafo quarto do mencionado artigo determina que as obrigações pecuniárias decorrentes da condenação em honorários ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo de dois anos contados do trânsito em julgado, caso o devedor seja um beneficiário da justiça gratuita. Dentre deste prazo, o credor poderá cobrar o seu crédito de eventuais valores que o beneficiário da justiça gratuita vem a receber no mesmo ou em outro processo.

Há quem sustente que a referida norma não se constituiria como um entrave ao acesso à justiça, pelo fato de que a despesa processual só seria paga ao final e, ainda assim, apenas em caso de existência de crédito em favor do trabalhador. Nesta visão, não se

demandaria qualquer valor para fins de ajuizamento da reclamação trabalhista e, portanto, não haveria prejuízo ao acesso à justiça.

Neste sentido, o pensamento de GOES [7]:

[...]. Evidenciaremos aqui porque esta nova obrigação não compromete o acesso à justiça em sentido estrito: nada fora suprimido quanto ao jus postulandi. Ademais, os dispositivos atinentes aos honorários advocatícios não impedem a prestação jurisdicional à parte, uma vez que são arbitrados e exigidos somente ao final do processo.

A bem da verdade, acesso à justiça não implica em gratuidade irrestrita, mas em impedir que a parte seja afastada da prestação jurisdicional por custos incompatíveis com sua realidade e subsistência. Isto é, impedir que custas sejam um obstáculo insuperável para quem precisa provocar o juízo em busca de seus direitos.

Outro argumento que circula em torno do princípio da ubiquidade da justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) seria de que, modernamente, o princípio do acesso à justiça é compreendido como acesso à ordem jurídica justa e efetiva. Ante tal fato, o advogado seria indispensável para se obter a paridade de armas, a efetividade da defesa, a celeridade do procedimento e, como resultado, o acesso qualitativo à justiça. Sendo indispensável, os honorários sucumbenciais seriam consequência da necessidade de patrocínio do causídico.

Com o devido respeito, não comungo deste entendimento.

Da norma inserta no art. 133 da CRFB que declara a essencialidade do trabalho do advogado na distribuição da justiça, não se pode inferir a consequência de que a representação por advogado deve ser obrigatória em todo e qualquer processo. Tal conclusão já foi, inclusive, obtida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar constitucional a capacidade postulatória das partes em certos procedimentos, como o sumaríssimo da Lei nº 9.099/95 e no próprio processo do trabalho. Vejamos a ementa do precedente.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA

E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO "JUIZADOS ESPECIAIS", EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - **O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais.** II - A imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público. III - A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional. IV - A presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma. V - A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público. VI - A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado. VII - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. VIII - A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. IX - O múnus constitucional exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável. X - O controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da Administração forense. XI - A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na

Constituição. XII - A requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo. **XIII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 1127, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2006, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-01 PP-00040 RTJ VOL-00215-01 PP-00528)**

Ante tal conclusão, é preciso acrescentar que a Lei nº 13.467/2017 não modificou a norma inserta no art. 791, *caput*, da CLT. Desta forma, as partes continuam a ter capacidade postulatória no processo do trabalho, com as limitações impostas pela jurisprudência, que visam resguardar a paridade de armas em procedimentos técnicos, como o recurso de revista, a ação rescisória e o mandado de segurança (Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho).

Longe de ferir o princípio da paridade de armas, impor ao reclamante, que se vale da possibilidade de não ser representado por um advogado – com o claro intuito de diminuir os seus custos – o ônus de arcar com honorários de sucumbência não pode ser tido como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa.

O acesso à justiça, na lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth [8], tem duas vertentes: a qualitativa e a quantitativa. A qualitativa se refere à qualidade da prestação jurisdicional, sua capacidade de realizar a efetiva justiça do caso concreto. Já a quantitativa visa derrubar os obstáculos ao acesso à justiça. Dentre estes obstáculos, os autores acima apontam as despesas processuais (custas e honorários advocatícios) como um dos princípios fatores.

Os referidos autores concluíram que as custas judiciais (mormente, os honorários advocatícios), a morosidade processual, as possibilidades das partes e a carência de proteção aos direitos difusos estariam entre as principais.

Na discussão dos custos judiciais, o que mais interessa ao presente estudo são as considerações acerca dos honorários advocatícios (contratuais e sucumbenciais).

Com efeito, os autores do Projeto de Florença (como é conhecida a obra *Acesso à Justiça* de Cappelletti e Garth) [9] afirmam que *“a penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes”*. Ademais, os custos crescem, proporcionalmente, na medida em que se reduz o valor da causa.

Na lição de Hannah Arendt [10], o direito de ação – erigido a princípio constitucional (art. 5º, XXXV, CRFB) significa o “direito a ter direitos”. Quando o povo tem amplo acesso a obter seus direitos – sejam eles individuais, sociais, econômicos, culturais, coletivos ou outros – é que se efetiva a cidadania. Contudo, em uma sociedade em que o Estado tem o monopólio da força e da jurisdição, há direitos que só se efetivam após a judicialização, em virtude da resistência de outra pessoa. Dessa forma, a construção de obstáculos ao acesso à justiça é, em última análise, uma afronta ao próprio fundamento da cidadania (art. 1º, II, da CRFB). É o impedimento, no caso concreto, de o trabalhador ter acesso aos direitos constitucionais sociais básicos, como os previstos nos arts. 6º e 7º da CRFB.

Assim, a construção de obstáculos – na contramão da tendência de acessibilidade orientada por Cappelletti e Garth – afronta não só o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), mas também o fundamento da cidadania (art. 1º, II, CRFB).

Para espancar qualquer dúvida acerca dos prognósticos de obstrução do acesso advindos com a reforma trabalhista, nos valem de pesquisas estatísticas e de notícias já posteriores à vigência da Lei nº 13.467/2017 que informam um decréscimo de

quase 50% do número de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho. As informações foram extraídas da Revista LTr, publicada em abril de 2018 [11].

“REFORMA TRABALHISTA - LEI N. 13.467, DE 13.7.17 - PRIMEIROS MESES DE SUA VIGÊNCIA - REDUÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS TRABALHISTAS

Como já foi noticiado na Revista LTr do mês de agosto de 2017, portanto, a do mês seguinte à publicação da Lei n. 13.467, de 13.7.2017, a preocupação dos congressistas foi com o excesso de demandas na Justiça do Trabalho e que se dava pela falta de onerosidade para se ingressar com uma ação trabalhista, com a ausência da sucumbência onerosa e o grande número de pedidos de justiça gratuita. Essa litigância sem risco acabava por estimular o ajuizamento de reclamações trabalhistas temerárias, conforme foi explicitado no Parecer (SF) n. 67, de 28.6.2017, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado Federal.

Logo, pode se dizer que o objetivo principal da lei reformista foi de reduzir o número de reclamações trabalhistas em virtude da facilidade do seu ajuizamento e sem qualquer custo para o trabalhador, destacando-se, também, que não havia norma na legislação trabalhista que estabelecesse responsabilidade por dano processual à parte que desse causa a sua ocorrência.

*A referida Lei passou a vigorar a partir de 11 de novembro de 2017, e o jornal O Estado de São Paulo, na parte de Economia & Negócios (B1) do dia 1.4.18, traz como destaque que: “A nova lei trabalhista faz desaparecer ações por danos morais e insalubridade”. A jornalista Cleide Silva, responsável pela reportagem, afirma que: “**Nos três primeiros meses completos de vigência da reforma trabalhista, o número de novas ações abertas na Justiça caiu à metade em relação ao mesmo período de um ano atrás de 571 mil para 295 mil. Os processos também***

estão mais enxutos. Pedidos de indenização por dano moral e adicional de insalubridade e periculosidade desapareceram das listas de demanda”.

Na reportagem citada, faz-se também referência da diminuição dos pedidos de adicionais de insalubridade e periculosidade, estes por exigirem perícia para a sua comprovação e, no caso de sucumbência, o trabalhador poderá responder pelos honorários periciais, na forma do art. 790-B, da CLT, que preconiza que: “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita” (grifei).

O decréscimo no nível do acesso é fato mensurável estatisticamente e comprovado. É fato notório, conhecido até por setores não jurídicos.

O que se pode concluir, então, é que a norma infraconstitucional enfraquece a garantia da inafastabilidade da jurisdição, afronta os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição e produz proteção insuficiente do fundamento da cidadania, da garantia do acesso e da consecução dos direitos constitucionais sociais.

Se a necessidade de mecanismos de acesso gratuito à justiça – como a instituição da Defensoria Pública, a justiça gratuita, e a tutela dos direitos metaindividuais – se constituem como ondas de acesso à justiça [12], ou seja, como medidas necessárias a serem tomadas para concretizar o direito ao acesso à justiça, se pode facilmente concluir que as normas que se contraponham a essas ondas são violadoras do direito ao acesso. Se as custas e honorários são entraves ao sobredito princípio, a previsão de seu pagamento em um processo que tutela direitos das pessoas mais desfavorecidas economicamente ainda mais agrava a situação de exclusão e de marginalização social, afrontando, portanto, o art. 3º, da CRFB, que objetiva a redução das desigualdades sociais, a criação de uma sociedade livre, justa e solidária e o combate à pobreza e à marginalização.

Se poderia questionar se o aumento dos custos tornaria, por si só, violado o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sobre o tema, o STF já se posicionou de forma clara em sentido positivo, quando determinou aos entes públicos a criação de Defensorias Públicas, na medida em que a necessidade de deslocamento dos jurisdicionados para grandes centros – em que instaladas as defensorias públicas – tornava o acesso à justiça custoso àqueles que justamente necessitavam de um acesso desonerado.

Se a ausência de estrutura adequada das Defensorias é capaz de, por si só, afrontar o acesso à justiça, o que dizer, então, da previsão do pagamento de custas e honorários por parte dos beneficiários da Justiça Gratuita?

Tal conclusão consta no voto vista do Min. Edson Fachin, que votou pela procedência da ADI 5766 que discute, em controle concentrado, a inconstitucionalidade do art. 791-A, §4º, da CLT, dentre outros.

Vejamos o precedente citado:

DEFENSORIA PÚBLICA – DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA – ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPORTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA – IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA – MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS –

SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 763667 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013)

Além da inegável posição jurisprudencial em favor da tese da inconstitucionalidade, trazemos ainda a doutrina, para ratificar a posição que ora se defende.

“O efetivo acesso à justiça compreende a remoção de obstáculos que possam dificultar ou impedir o interessado de invocar o exercício da jurisdição para a solução de um conflito, o reconhecimento da violação de um direito e a devida reparação. Os custos (despesas em geral) com o processo, inclusive os honorários de sucumbência, sobretudo na esfera trabalhista em que o trabalhador, em geral, está desprovido de recursos até para adiantar honorários ao seu próprio advogado, são notoriamente um desses obstáculos. Nesse sentido, ‘... o direito de ação não pode ser obstaculizado por entraves como o do custo do processo’ [13].

Por outro lado, não convence o argumento de que a inexistência de custos e honorários contemporâneos ao ajuizamento da ação não foi previsto pela reforma trabalhista, sendo o pagamento feito apenas ao final do processo, o que, em tese, não inviabilizaria o acesso à justiça. Ora, ao adentrar com uma ação, a parte pondera os riscos – inclusive as pretensas despesas processuais que deverá arcar. O momento processual em que incidirão as despesas é indiferente para gerar a sensação de que poderá, ao final, ter perdido mais que recebido em determinada ação [14].

Isso conduz à discussão da consequência prática da norma do art. 791-A, §4º, da CLT: imaginemos que o reclamante tenha, em determinada reclamação, se sagrado vencedor de créditos de natureza alimentar no montante de R\$ 2.000,00. Contudo, havia articulado, em cumulação, mais dois pleitos, sendo um de adicional de insalubridade (no valor anual de R\$ 3.600,00) e outro de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00. Consideremos honorários na média de 10%. Sucumbindo nos pleitos de adicional de insalubridade e de indenização por danos morais, o empregado, apesar de pretensamente ver reconhecido o direito de receber dois mil reais, deverá pagar R\$ 2.360,00 de honorários

sucumbenciais, além de honorários periciais (art. 790-B, CLT), ainda que seja beneficiário da justiça gratuita.

A consequência prática do exemplo acima é: o empregado perderá tudo o que ganharia naquela demanda e ainda sairá dela devendo o restante de R\$ 360,00 de honorários sucumbenciais, além dos honorários periciais.

Agora para tornar trágica a situação, consideremos que o mesmo empregado tenha ganho o valor de R\$ 1.500,00 em créditos alimentares em outro processo, contra outro empregador. Pelo texto da Lei nº 13.467/2017, o empregado poderá ver este seu crédito consumido pela cobrança do restante dos honorários sucumbenciais e periciais, isto porque estes são fixados no patamar máximo de R\$ 1.000,00, na forma da Resolução nº 66 de 10 de junho de 2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho [15], em caso de beneficiário da justiça gratuita sucumbente no processo.

No final, o que se gera é uma situação em que os créditos alimentares do empregado, oriundos de dois processos, foram totalmente consumidos por despesas processuais, tornando estas superprivilegiadas, desfazendo o manto da impenhorabilidade dos salários. Tal ordem de coisas afronta o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CRFB) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), na medida em que o trabalhador – que sobrevive dos frutos do seu trabalho – estará desprovido dos recursos imprescindíveis à sua própria sobrevivência.

Ainda que se argumente que os honorários sucumbenciais possuem natureza alimentar, como diz o STF, não se permite, na ordem constitucional ou infraconstitucional, que se penhore um salário para beneficiar outro (art. 7º, X, da CRFB; OJ 153 da SBDI-I do C. TST; art. 462 da CLT; art. 7º, VI, da CRFB; art. 833, IV e §2º, do NCPC) – fazendo-se interpretação restritiva deste último dispositivo.

Em vista destas considerações teóricas e práticas, a norma do art. 791-A, §4º, da CLT é inconstitucional, *prima facie*. Até mesmo a técnica da interpretação conforme a Constituição não seria capaz de salvar a validade da norma, sem subverter o sentido dado pelo próprio legislador.

2.3. Da possível afronta ao princípio da isonomia

A previsão de um regramento mais oneroso para o litigante do processo do trabalho em relação ao litigante do processo civil comum produz, aparentemente, uma situação de afronta ao princípio da isonomia, de maneira absolutamente injustificável. A proteção ao hipossuficiente, quista pelo constituinte nos arts. 1º, IV; 3º; e art. 170, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), se transforma não só em desproteção, mais em perseguição ao hipossuficiente. Isso porque se onera o beneficiário da justiça gratuita simplesmente por ser um empregado. Não fosse empregado – e a causa fosse cível – não teria que utilizar os créditos recebidos em outro processo para adimplir a suposta sucumbência suportada em determinada demanda.

O art. 791-A, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ignora que não é a existência de crédito em outro processo que modifica a situação de hipossuficiência. A recuperação da capacidade financeira é que produz essa condição e que deve ser comprovada pela parte adversa. É isso que decorre do art. 98, §3º, do Novo Código de Processo Civil – aplicável ao processo do trabalho, por força dos arts. 15 do NCPC e do art. 769 da CLT.

O recebimento de um crédito em outro processo pode decorrer de uma verba de caráter indenizatório ou ressarcitório, o que fará com que apenas seja restaurado o *status quo* anterior à lesão. Isso não representará qualquer acréscimo patrimonial. Além disso, a percepção de verbas alimentares também deveria ser intangível ao pagamento do referido crédito, como o é no processo civil (art. 833, IV, NCPC).

Vê-se do exposto, pois, que a Lei nº 13.467/2017 criou uma situação de afronta ao princípio da isonomia em seu aspecto formal (art. 5º, *caput*, CRFB).

Além disso, há afronta ao princípio da isonomia em seu aspecto substancial, na medida em que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam – na clássica lição de Rui Barbosa. Considerando que o empregado, hipossuficiente, se encontra em posição de vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica frente ao seu ex-empregador, tanto materialmente quanto processualmente, a

permissão do acesso isento de despesas processuais é manifestação do princípio da isonomia substancial em nível infraconstitucional. Do mesmo modo que a revogação da isenção afronta o sobredito princípio, ante o princípio da progressividade dos direitos (art. 7º, caput, da CRFB; art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Além de revogar a benesse, o que fez o legislador foi tornar a situação do empregado litigante pior que a do litigante comum (do processo civil comum).

A nova norma celetista ainda inviabiliza ações que normalmente alcançam um valor de causa elevadíssimo, como nos casos de acidente de trabalho, em que se pleiteiam indenização por danos morais, lucros cessantes, indenização por danos materiais, pensão vitalícia, etc. Tais causas normalmente passam da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) facilmente, em virtude de lesões permanentes e vitalícias. Tais empregados se verão inibidos a pleitearem diante de um alto risco de consumação de créditos obtidos em outros processos.

Sob a ótica da isonomia, o art. 791-A, §4º, da CLT também conflita com a Constituição Federal de 1988.

2.4. Da possível afronta ao princípio da gratuidade do acesso à justiça

O art. 5º, LXXIV, da CRFB determina ao Estado que preste assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Ao se referir ao Estado, a norma se dirige não apenas ao Estado-Juiz, ou ao Estado-Administrador, mas igualmente ao Estado-Legislator, na medida em que proíbe a previsão de situações de desamparo na assistência jurídica gratuita aos necessitados.

O que faz o art. 791-A, da CLT, é asseverar que os necessitados poderão demandar na justiça do trabalho, mas que o resultado dessa demanda nunca será gratuito.

Não se pode interpretar a norma constitucional a partir da legislação infraconstitucional. Aquela é que é fundamento de validade desta, e não o contrário. Pensar o oposto seria inverter a pirâmide normativa kelseniana [16].

Pela máxima efetividade da norma constitucional e para não enfraquecer sua força normativa, é preciso que se leia a Constituição no sentido de que a gratuidade é tanto na entrada do processo quanto na saída. O necessitado não pode litigar sob o medo e a pressão de que verá seus créditos, inclusive outros já transitados em julgados, serem consumidos por um risco desmedido de ser sucumbente na demanda.

Portanto, sob a ótica do art. 5º, LXXIV, da CRFB a norma do art. 791-A, da CLT parece não encontrar fundamento de validade que a abrigue no texto constitucional brasileiro.

3. O fato gerador dos honorários advocatícios decorrentes do processo e eficácia da lei no tempo

O estudo da eficácia da lei no tempo não prescinde do entendimento do fato gerador dos honorários advocatícios decorrentes do processo.

Na dogmática do Direito, há a indicação de duas teorias sobre o fato gerador dos honorários advocatícios: a teoria da causalidade e a teoria da sucumbência.

Segundo a teoria da causalidade, responde por honorários advocatícios aquele que deu causa ao processo, que provocou a necessidade do processo ao não cumprir a sua obrigação ou dever jurídico.

Já para a teoria da sucumbência, responde por honorários advocatícios aquele que ficou vencido no processo.

Embora a diferença pareça sutil – considerando que em muitos casos o vencido também deu causa ao processo – a diferenciação dos institutos é de suma relevância à definição da eficácia no tempo do art. 791-A, da CLT, isso porque o princípio da sucumbência determina que o direito aos honorários advocatícios surge no momento em que prolatada a sentença.

Ao se seguir a teoria da sucumbência, pode-se inferir que – embora um determinado processo judicial trabalhista tenha se iniciado antes da

vigência da Lei nº 13.467/2017, é possível a condenação em honorários sucumbenciais caso a sentença seja prolatada quando já vigente a nova lei.

Causa certa estranheza que a parte ao ajuizar sua demanda não saiba antecipadamente quais os riscos a que estaria sujeita no decorrer do processo, principalmente quando se fala em riscos financeiros. Uma alteração legislativa deveras onerosa poderia levar um dos litigantes à ruína, por exemplo.

No caso dos honorários advocatícios dispostos no art. 791-A, da CLT, a norma reza que os honorários decorrentes do processo podem ser cobrados de qualquer crédito do vencido, inclusive dos que este tenha obtido em outro processo judicial, sem resguardar qualquer direito adquirido, coisa julgada ou ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CRFB).

Não só a previsão legal, mas a adesão à teoria da sucumbência, no processo do trabalho, pode afrontar, em tese, o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CRFB), tendo em vista que este traz ínsita a proteção da confiança e a previsibilidade dos riscos a que o cidadão está sujeito.

Por outro lado, a aplicação da teoria da causalidade possibilita a aplicação da legislação vigente no momento do ajuizamento da demanda, em tema de incidência dos honorários advocatícios, haja vista que a análise do sujeito que deu causa ao processo tem como momento processual o início do processo. Assim, o advento da lei nova não faria incidir honorários advocatícios às ações ajuizadas anteriormente, já que a parte que deu causa ao processo não estava sujeito ao pagamento de honorários quando do ajuizamento da ação. A nova lei se aplicaria apenas processos ajuizados após a vigência da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

Um dos segmentos que aderem ao princípio da sucumbência assevera que os honorários sucumbenciais teriam natureza híbrida, material e processual, e, por conta disso, dever-se-ia aplicar o art. 791-A, da CLT apenas aos processos ajuizados após a vigência da Lei nº 13.467/2017.

Bem descreve e discute esse pensamento GUIMARÃES [17]:

[...]. As regras sobre honorários de sucumbência não tratam de matéria processual nem procedimental. Não se vê nelas nada que diga instrumento da realização de direito material reclamado, nem com a forma de procedimento judicial. Apenas que será reconhecida, deferida e arbitrada no bojo do processo e prevista no Código de Processo (No Capítulo Processual, no caso da CLT). Isso não basta para lhe dar natureza processual.

Todavia, ainda que se admita a natureza híbrida dos honorários, processual e material, ainda assim não seria possível a sua aplicação ao passado. A parcela material do direito impede a sua aplicação retroativa, posto que é impossível cindir o instituto. Ora, se a natureza é híbrida, porque é híbrida, é direito material e se assim é, impossível a aplicação para apanhar fatos passados.

A parte autora estabelece a sua posição jurídica processual quando do ajuizamento da ação. Se no momento da prática deste ato processual a parte não vislumbrava no ordenamento vigente a possibilidade jurídica da condenação nos honorários de sucumbência, porque inexistente fundamento legal à época, não pode ser surpreendida com tal condenação fundada em lei posterior, sob pena de se caracterizar aí a aplicação retroativa da lei.

Como se vê, seja aos que entendem que a natureza dos honorários advocatícios decorrentes do processo seria híbrida, seja aos que se pautam no princípio da irretroatividade – e, portanto, na segurança jurídica – é certo que não se pode aplicar honorários aos processos que se iniciaram antes da vigência da Lei nº 13.467/2017. Neste mesmo sentido, está o pensamento de BELMONTE [18].

A corrente de pensamento que defende a aplicação imediata dos honorários advocatícios se funda na teoria da sucumbência e no entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que enfrentou tema semelhante na passagem do Código de Processo Civil de 1973 ao Código de Processo Civil de 2015. Todavia, deve-se esclarecer que o CPC/1973 já previa honorários de sucumbência. A mudança ocorreu na forma de cálculo e quanto à fixação dos honorários sucumbenciais recursais. O caso não é idêntico ao que ocorre no processo do trabalho. Neste, havia uma situação de ausência da despesa processual ora estudada. A mudança do quadro fático justifica a solução diversa que se propõe.

A decisão abaixo bem expressa a proeminência do princípio da sucumbência no âmbito do STJ:

[...]. 5. Nos termos do art. 20 do CPC/1973, "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios", devendo a verba honorária, em princípio, ser considerada com base na sucumbência apenas, uma vez que o princípio da causalidade somente se justifica em circunstâncias peculiares, nas quais não se mostra possível falar em vencedor e vencido, como nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, ou outras situações excepcionais. 6. No caso, a ausência de impugnação no âmbito da execução não tem vinculação com a condenação dos honorários advocatícios na ação anulatória, que, no caso, tem por fundamento o fato objetivo da derrota da parte. 7. Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1198524/PR, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) – grifei.

Do julgado acima, se verifica que a referida Corte utiliza o princípio da sucumbência como fato gerador dos honorários advocatícios.

Entretanto, há uma confusão entre o fato gerador da referida verba e o momento da sua fixação.

A fixação se faz na decisão judicial, mas isso não quer dizer que a causa dos honorários advocatícios seja o provimento jurisdicional. A teoria da sucumbência não resolve os casos perda do objeto, de extinção sem resolução de mérito (em que não se pode apontar um “vencido”), de improcedência liminar do pedido, de ausência de resistência ao pedido, de conciliação judicial, e nem soluciona a eficácia da lei no tempo, de forma a não afrontar a segurança jurídica.

Acostumou-se o legislador a criar regras excetivas para não abandonar essa má compreensão do princípio da sucumbência. Tanto o legislador quanto os julgadores vêm afirmando que os princípios da sucumbência e da causalidade convivem harmonicamente [19]. Outros julgados acabam por confundir os princípios citados [20].

Na legislação, o art. 85, *caput*, da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil – NCPC) reza que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor” (princípio da sucumbência). Já o décimo parágrafo do mesmo dispositivo legal, aduz que “*nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo*” (princípio da causalidade).

Ainda que os parágrafos do art. 791-A da CLT usa termos como “vencido” e “sucumbência”, não há uma posição inequívoca quanto à teoria adotada, de modo que é possível a incidência do princípio da causalidade. Assim, a parte que deu causa ao processo deve arcar com os honorários advocatícios previstos no art. 791-A, da CLT. E, observe-se que nem sempre a parte que deu causa é vencida no processo.

Identificando o mesmo erro de compreensão dogmática aqui expresso, está o pensamento de Renan Marcelino Andrade [21], abaixo transcrito:

[...]. O principal argumento utilizado para admitir a conde- nação em honorários advocatícios em feitos pendentes se baseia na noção de que adviriam da

sucumbência, que é definida apenas em sentença. Ocorre que os honorários advocatícios em questão não decorrem da sucumbência, mas sim da existência do processo. São custos do processo, arcados apenas usualmente pelo sucumbente. Responde pelos custos apenas porque, tendo perdido, entende-se presumidamente que deu causa ao processo. Mas é a causalidade que enseja a obrigação de pagar os honorários.

A imperfeita expressão "honorários de sucumbência" acabou induzindo muitos profissionais do Direito a erro quanto à obrigação aos honorários advocatícios jurisdicionais, entendendo que os mesmos decorreriam da derrota. Foi o que acabou decidindo inclusive o STJ, no REsp 1.465.535/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21.06.2016, DJe 22.08.2016: a despeito de consignar que "em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova", concluiu que "a sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015" [...].

A sentença não é constitutiva do direito aos honorários advocatícios, mas condenatória. A previsão dos artigos 389 e 404 do Código Civil demonstram que esse direito surge a partir do momento em que o credor é lesado e tem a necessidade de ajuizar uma demanda para satisfazer seu direito.

No processo do trabalho, portanto, deve imperar o princípio da causalidade, único apto a resguardar o princípio da segurança jurídica e resolver os conflitos da lei no tempo, mormente quanto aos efeitos pendentes dos processos judiciais já em tramitação.

A partir deste critério, se válida, a Lei nº 13.467/2017 se aplicaria apenas aos processos ajuizados após sua vigência. Aos processos findos ou em tramitação, antes da vigência da Reforma Trabalhista, não se aplicariam honorários sucumbenciais, exceto nos casos já consolidados pela Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

4. Conclusões

A vigência da Lei nº 13.467/2017 trouxe a necessidade de estudo dos seus dispositivos – dentre eles, o art. 791-A, da CLT – no que concerne aos planos de validade e eficácia.

Há relevante e crescente divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da validade e eficácia da lei no tempo quanto à aplicação dos honorários advocatícios decorrentes do processo (sucumbência) no processo do trabalho, seja aos processos já ajuizados, seja quanto aos processos iniciados após a Reforma Trabalhista, tendo sido instaurada inclusive a jurisdição constitucional concentrada no Supremo Tribunal Federal, através da ADI 5766 (pendente de resolução).

A natureza não sancionatória dos honorários sucumbenciais ilumina a compreensão do seu plano de validade, no que concerne à finalidade pretendida pelo legislador. Ao buscar a penalização da litigância abusiva, prevendo honorários sucumbenciais a todos os jurisdicionados, no processo do trabalho, o legislador produziu norma inválida, por inconstitucionalidade decorrente do desvio de finalidade da norma.

A previsão de maior oneração do processo do trabalho, inclusive aos beneficiários da justiça gratuita, caminha na contramão das ondas de acesso à justiça, inibindo a plena efetivação do princípio da inafastabilidade da jurisdição em sua vertente quantitativa e destoa de todo os estudos jurídicos e sociológicos da espécie, tornando-se inválida sob o ponto de vista do art. 5º, XXXV, da CRFB.

Além disso, a inovação legislativa oriunda do art. 791-A, da CLT, ao prever regime jurídico mais gravoso ao beneficiário da justiça gratuita – que deve pagar os honorários sucumbenciais inclusive com créditos obtidos em outro processo, a qualquer tempo pretérito – em relação à sistemática

existente no Código de Processo Civil, trouxe ao ordenamento jurídico discriminação processual injustificável, afronta o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB) em suas acepções formal e substancial.

A possibilidade de oneração do beneficiário da justiça gratuita com despesas processuais incidentes até mesmo sobre créditos de natureza alimentar acaba por afrontar o princípio da gratuidade do acesso à justiça aos necessitados (art. 5º, LXXIV, da CRFB), enfraquecendo a eficácia normativa do preceito constitucional por norma a ele subordinada.

No que concerne ao plano de eficácia do art. 791-A, da CLT, o correto entendimento e incidência do princípio da causalidade no processo do trabalho conduz à conclusão de que o novo dispositivo só poderá ser aplicado, caso válido, aos processos iniciados após a vigência da Lei nº 13.467/2017, sob pena de afrontar os princípios da segurança jurídica (na vertente da não surpresa) e da irretroatividade da lei nova.

Ante a lacuna do art. 791-A, da CLT quanto à adoção da teoria da causalidade ou da sucumbência, é preciso que intérprete faça incidir, no processo do trabalho, o princípio da causalidade para fins harmonizar o texto infralegal à Constituição, ao menos no que toca ao plano de validade.

Referências

ANDRADE, Renan Marcelino. *Eficácia no tempo das normas de direito processual do trabalho*. In: Reforma Trabalhista: reflexos e críticas/Nelson Mannrich, coordenador. – São Paulo: LTr, 2018. p. 200-214.

Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em 24 jun.2018.

ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Impacto da Reforma Trabalhista nos contratos vigentes e ações judiciais pendentes – Direito intertemporal*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março, 2018. p.262-269.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: file:///C:/Users/admin/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/CODIGO%20DE%20ÉTICA%20CED.pdf. Acesso em 24jun.2018.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Resolução nº 66 de 10 de junho de 2010*. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/7231/2010_res0066_csjt_rep01.pdf?sequence=15&isAllowed=y. Acesso em 25jun.2018).

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª ed. ver. atual. ampl. – São Paulo: LTr, 2018, p. 868

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Eficácia no tempo das normas de Direito do Trabalho*. In: Reforma Trabalhista: reflexos e críticas/Nelson Mannrich, coordenador. – São Paulo: LTr, 2018. p.194-199.

GOES, Alfredo. *A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita sobre os honorários advocatícios e a garantia do acesso à justiça*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p. 312-319.

GUIMARÃES, Marcelo Wanderley. *Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p. 329-338.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. – 19ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme *apud* GUIMARÃES, Marcelo Wanderley. *A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita sobre os honorários advocatícios e a garantia do acesso à justiça*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p.333-334.

REFORMA TRABALHISTA - LEI N. 13.467, DE 13.7.17 - PRIMEIROS MESES DE SUA VIGÊNCIA - REDUÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS TRABALHISTAS. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 04, abril, 2018. p.5-6.

Senado Federal. *Parecer (SF) nº 67, de 2017*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5375790&disposition=inline>. Acesso em 24jun.2018

[1] Vide o pensamento de Maurício Godinho Delgado, para que: “os honorários de sucumbência do advogado empregado (art. 21, Lei n. 8.906/94) são outra modalidade de parcela paga ao empregado por terceiros, e não pelo empregador. Tais honorários, contudo, guardam significativa diferenciação jurídica perante a figura das gorjetas (e das gueltas). Uma das diferenças mais substanciais que apresentam com relação às gorjetas e gueltas é o fato de serem pagos em decorrência de um trabalho prestado contra os interesses do devedor dos honorários de sucumbência, e não em seu benefício. Neste quadro, se a origem da verba (externa ao empregador) já compromete sua natureza salarial (à luz do modelo celetista), seu caráter não contraprestativo com respeito ao devedor da parcela também lançaria dúvidas no tocante a seu posicionamento classificatório no grupo das verbas trabalhistas de natureza estritamente remuneratória (caso se considere que a CLT criou, de fato, um tipo legal específico, identificado sob o epíteto de remuneração)” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª ed. ver. atual. ampl. – São Paulo: LTr, 2018, p. 868).

[2] Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: file:///C:/Users/admin/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/CODIGO%20DE%20ÉTICA%20CED.pdf. Acesso em 24jun.2018.

[3] (...). “Em relação às normas processuais contidas no PLC nº 38, de 2017, deve-se ressaltar que um dos problemas relacionados ao excesso de demandas na Justiça do Trabalho é a falta de onerosidade para se ingressar com uma ação, com a ausência da sucumbência onerosa e o grande número de pedidos de justiça gratuita. Essa litigância sem risco acaba por estimular o ajuizamento de reclamações trabalhistas temerárias”. (...) (Senado Federal. *Parecer (SF) nº 67, de 2017*. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5375790&disposition=inline>. Acesso em 24jun.2018).

[4] ALEGADO FRACIONAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE ESTADO-MEMBRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, A QUAL NÃO SE CONFUNDE COM O DÉBITO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE CARÁTER ACESSÓRIO. TITULARES DIVERSOS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO AUTÔNOMO. REQUERIMENTO DESVINCULADO DA EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO PRINCIPAL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE EXECUÇÃO PARA FRAUDAR O PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 100, § 8º (ORIGINARIAMENTE § 4º), DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. [RE 564.132, rel. min. Eros Grau, red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, j. 30-10-2014, DJE27 de 10-2-2015, Tema 18.] (Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em 24jun.2018).

A finalidade do preceito acrescentado pela EC 37/2002 (art. 100, § 4º) ao texto da CF/1988 é a de evitar que o exequente se valha simultaneamente, mediante o fracionamento, repartição ou quebra do valor da dívida, de dois sistemas de satisfação de crédito: o do precatório para uma parte dela e o do pagamento imediato (sem expedição de precatório) para outra. 23. Daí que a regra constitucional apenas se aplica a situações nas quais o crédito seja atribuído a um mesmo titular. E isso de sorte que, a verba honorária não se confundindo com o principal, o preceito não se aplica quando o titular do crédito decorrente de honorários pleiteie o seu recebimento. Ele não sendo titular de dois créditos não incide, no caso, o disposto no art. 100, § 4º, da Constituição do Brasil. 24. A verba honorária consubstancia direito autônomo, podendo mesmo ser executada em separado. Não se confundindo com o crédito principal que cabe à parte, o advogado tem o direito de executar seu crédito nos termos do disposto nos arts. 86 e 87 do ADCT. 25. A única exigência a ser, no caso, observada é a de que o fracionamento da execução ocorra antes da expedição do ofício requisitório, sob pena de quebra da ordem cronológica dos precatórios. [RE 564.132, voto do rel. min. Eros Grau, red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P, j. 30-

10-2014, *DJE* 27 de 10-2-2015, [Tema 18.](#)] (Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em 24jun.2018).

[5] Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual Civil. Honorários advocatícios contratuais. Fracionamento para pagamento por RPV ou precatório. Impossibilidade. Súmula Vinculante nº 47. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a Súmula Vinculante nº 47 não alcança os honorários contratuais resultantes do contrato firmado entre advogado e cliente, não abrangendo aquele que não fez parte do acordo. 2. O Supremo Tribunal Federal já assentou a inviabilidade de expedição de RPV ou de precatório para pagamento de honorários contratuais dissociados do principal a ser requisitado, à luz do art. 100, § 8º, da Constituição Federal. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, 11, do CPC, pois não houve prévia fixação de honorários advocatícios na causa. [[RE 1.094.439 AgR](#), rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 2-3-2018, *DJE* 52 de 19-03-2018.] (Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em 24jun.2018).

A proposta de edição da Súmula Vinculante nº 47 (PSV 85), de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil, fundamentou-se nos arts. 22, § 4º, e 23, da Lei nº 8.906/1994, que tratam, respectivamente, dos honorários contratuais e dos incluídos na condenação por sucumbência ou arbitramento. Nos debates que antecederam a aprovação da súmula, não foi acolhida sugestão para que seu texto contivesse limitação expressa aos honorários incluídos na condenação (art. 23 da Lei nº 8.906/1994). Parte do texto aprovado para a súmula parece, ainda, remeter ao § 4º do art. 22 da Lei nº 8.906/1994 ('Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza'). Adotando essas razões, inicialmente concluí que os honorários contratuais eram alcançados pela Súmula Vinculante nº 47. 8. Posteriormente, ambas as turmas desta Corte

afirmaram, em precedentes unânimes, a inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 47 aos honorários advocatícios contratuais. A jurisprudência desta Corte tem apontado inexistir relação de estrita aderência entre decisões sobre o fracionamento de execução contra a Fazenda Pública, para o pagamento de honorários contratuais, e a Súmula Vinculante nº 47:(...). [Rcl 26.840 AgR, rel. min. Roberto Barroso, dec. monocrática, j. 23-11-2017, DJE 268 de 27-11-2017.] (Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>. Acesso em 24jun.2018).

[6] GUIMARÃES, Marcelo Wanderley. Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p. 329-338. Em sentido contrário, defendendo a posição do uso das despesas processuais como instrumento de conteúdo da litigância abusiva, vide o que diz Alfredo Góes: "(...). Entretanto, como ressalta a jurisprudência, por diversas vezes nos deparamos com a lide temerária, formulada em pedidos absurdos e fantasiosos com intuito de enriquecimento ilícito. Neste sentido, "prepondera universalmente a onerosidade do processo para as partes, porque a gratuidade generalizada seria um incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição" (24). Assim, o recolhimento das custas processuais seria requisito processual objetivo de validade". (GOES, Alfredo. *A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita sobre os honorários advocatícios e a garantia do acesso à justiça*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p. 312-319).

[7] GOES, Alfredo. *A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita sobre os honorários advocatícios e a garantia do acesso à justiça*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p. 312-319.

[8] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

[9] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.17-19.

[10] ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989, p.330

[11] REFORMA TRABALHISTA - LEI N. 13.467, DE 13.7.17 - PRIMEIROS MESES DE SUA VIGÊNCIA - REDUÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS TRABALHISTAS. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 04, abril, 2018. p.5-6.

[12] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.31-49.

[13] MARINONI, Luiz Guilherme *apud* GUIMARÃES, Marcelo Wanderley. *A responsabilidade processual do beneficiário da justiça gratuita sobre os honorários advocatícios e a garantia do acesso à justiça*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p.333-334.

[14] Neste mesmo sentido defendido no texto, encontra-se o pensamento de GUIMARÃES, Marcelo Wanderley. *Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p. 329-338.

[15] CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Resolução nº 66 de 10 de junho de 2010*. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/7231/2010_res0066_csjt_rep01.pdf?sequence=15&isAllowed=y. Acesso em 25jun.2018).

[16] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. – 19ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, p.419.

[17] GUIMARÃES, Marcelo Wanderley. *Honorários de sucumbência trabalhista: em busca de uma interpretação conforme a Constituição*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março de 2018, p. 329-338.

[18] Alexandre Agra Belmonte afirma que " (...) se a ação foi aforada antes da lei que estabelece condenação em honorários, esta não poderá ocorrer, inclusive pela ausência de debate em relação à questão. Em sede processual, além da LINDB, os princípios do contraditório, do devido processo legal e da segurança jurídica devem ser observados, de forma que

a parte não se veja surpreendida” (BELMONTE, Alexandre Agra. *Impacto da Reforma Trabalhista nos contratos vigentes e ações judiciais pendentes – Direito intertemporal*. Revista LTr, São Paulo, Ano 82, nº 03, março, 2018. p.268). No campo do Direito do Trabalho, mas sustentando a tese da eficácia imediata sobre os efeitos pendentes dos contratos em curso, vide o pensamento de Gustavo Filipe Garcia, com a ressalva da irredutibilidade salarial, para que “no caso da relação jurídica de emprego, como a sua execução prolonga-se no tempo, a nova lei deve incidir de forma imediata, ou seja, quanto às situações em curso, aplicando-se aos fatos, condutas e mesmo relativamente aos efeitos a serem produzidos posteriormente à modificação normativa, mas sem prejudicar as situações já consumadas. A posição defendida também é confirmada pelo art. 2.035, caput, do Código Civil de 2002, ao prever que a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor desse Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência desse Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Apesar do exposto, a eficácia imediata da Lei n. 13.467/2017 deve respeitar a norma constitucional que proíbe a redução salarial. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Eficácia no tempo das normas de Direito do Trabalho*. In: Reforma Trabalhista: reflexos e críticas/Nelson Mannrich, coordenador. – São Paulo: LTr, 2018. p.194-199.

[19] Entendendo pela convivência dos princípios da causalidade e da sucumbência: *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS POSTERIORES AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO E PENHORA DO BEM. TERCEIRO DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO AFASTADA. VERBA HONORÁRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Embora a constrição tenha ocorrido antes do registro da alienação, o exequente tomou ciência da transmissão do bem quando do ajuizamento dos embargos de terceiro e ofereceu contestação, impondo resistência aos fundamentos da embargante, a fim de manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido, de modo que lhe é imputável o ônus da sucumbência. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, prevaleceria o princípio da causalidade se o exequente, diante da propositura dos*

embargos de terceiro, não tivesse contestado o feito, quando seria, então, sustentável a tese da condenação da embargante na verba honorária. 3. Ao revés, aplica-se o princípio da sucumbência, mostrando-se viável a condenação do embargado nos ônus sucumbenciais, quando configurada pretensão resistida nos embargos de terceiro, ou seja, quando for contestada a ação pelo credor embargado que insiste na manutenção da penhora. Nesse sentido: AgInt no AREsp 782.290/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe de 13/09/2017; AgRg no REsp 827.791/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 17/8/2007; REsp 441.790/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ de 1º/8/2006. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1278007/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 09/02/2018).

[20] Ilustrando a confusão entre os princípios: *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. DISTRIBUIÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973. 2. "É admissível a oposição de Embargos de Terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que desprovido do registro" (Súmula 84/STJ). 3. A sucumbência, para fins de arbitramento dos honorários advocatícios, tem por norte a aplicação do princípio da causalidade. Nesse sentido, a Súmula 303/STJ dispôs especificamente: "Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios". (...) (REsp 1452840/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 05/10/2016). Em outro precedente, a confusão segue sendo reproduzida: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ. REEXAME DE FATOS. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. "Pela aplicação dos princípios da sucumbência e da causalidade em ações cautelares administrativas, para haver condenação a*

honorários advocatícios pela sucumbência no feito, deve estar caracterizada nos autos a resistência à exibição dos documentos pleiteados" (REsp 1077000/PR, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, T6 - SEXTA TURMA, DJe 08/09/2009). (...) (AgInt no AREsp 1174549/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 08/03/2018). Diferentemente do que alega o STJ, o princípio da sucumbência não parte do pressuposto da resistência.

[21] ANDRADE, Renan Marcelino. *Eficácia no tempo das normas de direito processual do trabalho*. In: Reforma Trabalhista: reflexos e críticas/Nelson Mannrich, coordenador. – São Paulo: LTr, 2018. p.200-214.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

ANDREZZA ALBUQUERQUE PONTES DE AQUINO CASSIMIRO: Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) Especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho pela ESMATRA 6. Servidora Pública Federal - TRT da 6ª Região

RESUMO: O presente trabalho tem como meta realizar um estudo abstrato e não exaustivo acerca dos Direitos Sociais Prestacionais e a sua eficácia na dimensão judicial no Brasil, notadamente diante do conceito de “reserva do possível” em cenários de crise econômica e social.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais; Constitucionalismo brasileiro; direitos sociais prestacionais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direitos fundamentais e o Constitucionalismo brasileiro; 3. Os Direitos Fundamentais como Direitos a prestações; 4. A eficácia dos direitos sociais prestacionais; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Muito se discute sobre a eficácia e efetividade dos direitos sociais em nosso País. Questiona-se, inclusive, sobre a suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para o alcance dessa eficiência. Paradoxalmente, o Brasil ao mesmo tempo que se situa entre as grandes economias mundiais possui uma imensa população abaixo da linha de pobreza. Uma parcela ainda maior não possui um acesso de qualidade a serviços públicos, garantidos em uma Constituição extremamente avançada no que se refere aos direitos sociais, como saúde, educação, alimentação e habitação. Caracteriza-se, então, uma “Constituição Simbólica”, onde o texto legal é apenas uma referência muito distante.

Muitas vezes, particularmente no Brasil, ocorre a chamada “frustração constitucional”, ou seja, devido a promessas exageradas e

consequentemente sem a possibilidade de realização plena, a confiança da sociedade no ordenamento jurídico fica comprometida seriamente.

2. Direitos fundamentais e o Constitucionalismo brasileiro

A positivação dos direitos fundamentais permitiu um franco avanço da concepção liberal-burguesa de Estado de Direito, ou seja, a proteção de direitos individuais pela ordem normativo-jurídica estatal. De um modo geral, é possível constatar que a conquista empreendida pelas coletividades em busca desses direitos foi dada, ao longo da História, em momentos de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano, quando houve uma ampla conscientização social acerca desses direitos.

Os direitos fundamentais sociais, que tendem a ser cada vez mais coletivos, segundo a concepção de homem-social, devem existir, conforme as circunstâncias, através do Estado para que eles se concretizem.

É preciso destacar que o constituinte brasileiro de 1988 inspirou-se na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976 ao utilizar a expressão "Direitos e Garantias Fundamentais" (epígrafe do Título II). Deve-se observar que se atribui a Alemanha um certo pioneirismo no tratamento doutrinário e jurisprudencial dos direitos fundamentais devido a reconstrução pós-nazismo. Daí existe uma predileção também por parte da doutrina, cujos principais argumentos são a evolução dos direitos fundamentais no Estado de Direito e a insuficiência de outras expressões em relação à abrangência de todos os direitos fundamentais. Apesar de existir uma confusão ente "direitos fundamentais" e "direitos humanos", deve-se compreender que aqueles se referem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados no documento constitucional de determinado Estado, enquanto que estes possuem uma relação mais vinculada às garantias estabelecidas pelo direito internacional, logo possuem a pretensão de universalidade e independem, portanto, da constituição local.

"Os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal ao passo que os direitos fundamentais concernem às pessoas como membros de um ente público concreto"¹¹. No entanto, há uma relação muito próxima entre os dois conceitos de direitos aqui abordados, visto que a maioria dos

documentos constitucionais elaborados no pós-guerras mundiais basearam-se na Declaração Universal de 1948 para fundamentar os direitos e garantias fundamentais, o que ampliaria ainda mais a configuração de um direitos constitucional internacional. Muito embora diversos direitos contemplados nos documentos internacionais ainda não conseguiram normatização e positivação suficientes nos mecanismos constitucionais. E além disso, esses direitos humanos dependem, sobretudo, do tratamento jurídico que a Constituição lhes atribui.

3. Os direitos fundamentais como direitos a prestações

A doutrina elaborada por Jellinek, e recepcionada por Robert Alexy e Gomes Canotilho, é importantíssima para a divisão funcional dos direitos fundamentais em dois grandes grupos formados pelos direitos de defesa e pelos direitos a prestações. Para Canotilho, os direitos a prestações podem ser divididos em direitos ao acesso e utilização de prestações individuais e direitos à participação na organização e procedimento, sendo que o primeiro grupo ainda se subdividiria em direitos derivados e direitos originários a prestações. Enquanto isso, Robert Alexy entende que os direitos a prestações englobam os direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos organização e ao procedimento) e os em sentido estrito, que guarda uma relação próxima com os direitos sociais de natureza positiva. É preciso destacar que nem sempre existe uma clara divisão entre os direitos de defesa (igualdade e liberdade) e os prestacionais, podendo acontecer uma colisão e miscelânea dessas duas esferas funcionais, o que torna ainda mais problemática a divisão dos direitos fundamentais.

A principal meta dos direitos prestacionais é a liberdade por intermédio do Estado, que estaria obrigado a colocar a disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material. Assim, os direitos a prestações em sentido estrito - direitos a prestações materiais sociais - estão vinculados principalmente às funções do Estado Social. Além da classificação dos direitos prestacionais em sentido amplo e estrito, é também possível diferenciá-los em direitos prestacionais originários e derivados. Estes, segundo Ingo Sarlet, seriam *“tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes*

*públicos, quanto o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensam a comunidade*¹²¹; sendo, portanto, "direitos dos cidadãos a participação igual nas prestações estaduais na medida das capacidades existentes"¹³¹. Enquanto isso, os direitos prestacionais originários se materializam basicamente nas normas constitucionais, sem a necessidade de que o Estado oferte tais bens e serviços aos cidadãos; no entanto, existe o dever do Estado de ofertá-los e o direito de todo e qualquer cidadão de exigir seu cumprimento.

Os direitos sociais são direitos a prestações materiais, existem para tentar diminuir as desigualdades na sociedade, fornecidas pelo Estado. O problema da pequena eficácia dos Direitos fundamentais sociais deve-se às falhas na prestação real dos serviços sociais básicos e não na falta de legislação, essa é bastante abundante na atual Carta brasileira. Entres as falhas é possível citar a formulação, a implementação e a manutenção incipientes e a inadequada divisão do orçamento. Assim, o controle dos gastos públicos, alvo da Lei de Responsabilidade Fiscal, é muito formal, visto que pouco se preocupa com a qualidade dos gastos. E, além disso, são poucos os meios eficientes para o combate à má aplicação do erário.

Como o presente trabalho versa sobre direitos sociais prestacionais, buscou-se argumentos mais específicos sobre os direitos fundamentais em sentido estrito. Originários da Constituição francesa de 1793, esses direitos têm como princípio a idéia de que a igualdade material não é um dado fático, que pode se reproduzir por si mesma no seio da sociedade; e o Estado teria, por conseguinte, a obrigação de compensar as desigualdades sociais ao promover ativamente o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, sendo estas indissociáveis.

De um modo geral, a derrocada do Estado Liberal de Direito e a consequente configuração de um Estado Social fez com que os direitos sociais se tornassem, até certo ponto, fatores de consecução da justiça social. Os direitos sociais prestacionais eram, portanto, a principal meta desse Estado Social ou Estado do Bem-Estar, sendo imprescindível zelar pela distribuição e redistribuição dos bens existentes, serviços e instituições. Segundo a teoria formulada por Fabio Konder Comparato, o objeto dos

direitos econômicos, sociais, e culturais é sempre uma política pública, ou seja, existe, no Constitucionalismo brasileiro como projeção que delimita a esfera de atividades dos direitos sociais fundamentais à apenas políticas públicas.

4. A eficácia dos direitos sociais prestacionais

Eficácia jurídica seria o potencial de uma norma constitucional produzir efeitos jurídicos. Enquanto isso, efetividade seria a materialização, a aproximação do dever-ser e o ser da realidade social. Analisar a eficácia das normas legais seria, portanto, verificar todos resultados ou objetivos conseguidos com a aplicação das mesmas.

Os direitos sociais prestacionais têm como objeto a conduta positiva do Estado, ou seja, uma crescente participação ativa deste ente em todas as esferas que regulam o fazer e o agir social. Mediante a participação popular buscam-se mecanismos eficientes que assegurem a configuração de uma igualdade material. Também conhecidos pela doutrina como direitos sociais em sentido estrito, eles necessitam de uma definição a partir de uma situação concreta e específica proveniente de cada direito fundamental, em virtude da multiplicidade dos direitos sociais prestacionais existentes.

Para a implementação e efetividade desses direitos, demanda-se pelo “fator custo” ou despesas estatais relacionadas, mesmo que indiretamente, com a conjuntura econômica nacional e as possibilidades de expansão dos recursos alocados pelo Estado. Além disso, necessita-se da capacidade jurídica de disposição do próprio Estado em ofertar os recursos existentes e a capacidade do destinatário em dispor da prestação reclamada, o que se denominou “reserva do possível”, ou seja, a obrigação de prestar algo que esteja no limite do razoável. Assim, essa “reserva do possível” representa um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais e, às vezes, como garantia dos mesmos.

Na visão da “reserva do possível”, no sentido do que o indivíduo pode esperar da sociedade, a limitação dos recursos arrecadados pelo Estado é vista como um limite à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Entretanto direitos como à saúde não podem ser relegados a segundo plano devido a limitações orçamentárias. Para Robert Alexy, o

exercício dos direitos sociais fundamentais aumentam em tempos de crise econômica, levando a uma crise constitucional, sendo imprescindível a permanência dos direitos fundamentais mínimos.

Outro ponto fundamental para a análise desses direitos é a questão da concretização legislativa. Como existe uma dependência em relação à situação socioeconômica vigente, o legislador tende a positivizar tais direitos de forma vaga e aberta. Isso evita que as conjunturas inviabilizem a realização desses direitos positivados, o que em outro nível garante uma Constituição estável diante da dinâmica social. No entanto, uma crítica feita a esses artigos que versam sobre os Direitos Fundamentais Sociais é que os mesmos apresentam uma redação confusa e metodologicamente inadequada.

Após essa positivação, tais direitos podem ter plena eficácia e se tornarem exigíveis de um modo geral. Ainda no tocante à técnica legislativa, esses direitos se encaixam perfeitamente na dinâmica de uma Constituição dirigente, fruto do moderno Estado Social de Direito. Elas são normas de caráter programático, pois apresentam uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, visto que são normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem postas em prática pelo Estado.

De acordo com a concepção de Jorge Miranda, os direitos sociais prestacionais proclamados na Constituição tem eficácia derogatória, pois acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo, bem como, admitem a recepção de normas jurídicas anteriores, se inexistir incompatibilidade material. Dessa forma, como assentou Ingo Sarlet, com muita propriedade, os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, já que influenciam todo o ordenamento jurídico. Sendo assim, é essencial o estabelecimento por meio do texto constitucional, o trabalho do poder Executivo para materializar a vontade legislativa e a fiscalização do Judiciário na aplicação e conformação desses direitos anteriormente positivados.

Para Canotilho, a concretização dos direitos sociais depende muito mais da participação política da sociedade do que na atuação dos Tribunais. Entretanto, essa concepção não se aplica diretamente ao Brasil. Quanto menor a consciência política e a organização da sociedade atual na reivindicação dos seus direitos, maior será a interferência dos juizes para que se cumpra as normas.

Esse fenômeno de positivação deve relacionar-se com o rol de direitos subjetivos, em que mesmo não existindo previsão legal, existe um direito individual em face do Estado. Não se pode olvidar, no entanto, que grande parte desses direitos subjetivos foram transcritos, de alguma forma, na Carta Magna, restando, basicamente, o dever das instâncias executivas de procurar mecanismos adequados de efetivação dessas garantias.

No entanto, no âmbito desse Estado Social de Direito, deve existir um cuidado constante para que a garantia de um direito subjetivo a alguém não deixe de contemplar o princípio constitucional da isonomia, visto que este serve à otimização de igualdade e da liberdade, e evitar, assim, procedimentos discriminatórios e essencialmente excludentes. Verifica-se, portanto, a função de um direito subjetivo de igual acesso a prestações também limitado pela reserva do possível, ou seja, pelos recursos que o Estado dispõe para ofertar aos cidadãos. Sendo assim, apesar de positivados pelo legislador, a capacidade necessária para garantir a efetivação dessas prestações depende, sobretudo, das decisões das esferas executivas, através das políticas públicas. Portanto, por depender dessas esferas, eles apresentam uma eficácia limitada (não é auto-aplicável) e alguns especialistas sustentam, de forma veemente, que os direitos sociais prestacionais chocam-se, no plano concreto, com normas constitucionais, freqüentemente. Mesmo assim, constitui uma das principais tarefas e obrigações do Estado Social de Direito a garantia das condições mínimas para uma existência digna, objeto primordial da prestação assistencial. A dignidade propriamente dita não é obrigação do Estado, mas é dever do Estado a configuração de mecanismos mínimos para que o indivíduo possa ter a capacidade de construir a sua própria dignidade e usufruir os benefícios assegurados pela ordem estatal.

Esta última questão também é alvo de várias controvérsias por parte dos doutrinadores. Os direitos assegurados no artigo 6º da Constituição (como saúde, moradia, segurança, educação, etc.) devem ser cumpridos de forma mínima pelo Estado ou o mesmo deve otimizar todos esses mecanismos enquanto atua como Estado do Bem-Estar? Este dilema envolve, principalmente, o nível dos serviços a serem prestados à população. No entanto, no tocante à proteção do direito subjetivo individual a prestações materiais é obrigação de todo e qualquer Estado que inclua esses valores essenciais à humanidade e a justiça. De um modo geral essa resposta só pode ser dada no âmbito das políticas públicas estabelecidas por cada governo e possuem uma intrínseca relação com a conjuntura socioeconômica e as expectativas e/ou pressões sociais para a prestação de tais recursos em ampla escala.

No Brasil, essa garantia mínima de existência digna, ou seja, que se tenha pelo menos saúde - segundo Ingo Wolfgang uma vida saudável deve ser espelhada nos critérios da Organização Mundial de Saúde -, educação, habitação, vestimenta e alimentação básicas foi pouco analisada pela doutrina e jurisprudência. Logicamente esse "mínimo" é variável circunstancialmente, nas nações periférica a proteção estatal aos bens mais essenciais dos mais necessitados é muito maior do que no chamado primeiro mundo. Essa concepção quantitativa não minimiza, de forma alguma, os direitos sociais. Pelo contrário, ela é a expressão de uma reivindicação da cidadania.

Muitos doutrinadores não veem o Estado com a obrigação de fornecer diretamente a todos tais direito, mas isso implicaria, em última análise, na renúncia de concebê-los como direitos. No entanto a grande maioria opta pela adoção dos princípios constitucionais e normas sobre direitos sociais como obrigação e admitem a intervenção do Judiciário, o que para a minoria seria um atentado contra a estrutura da divisão equânime dos 3 poderes.

O Poder Judiciário não pode obrigar o Legislativo a elaborar leis e não possui os meios efetivos para condenar o Estado a cumprir uma tarefa ou a efetuar uma prestação omitida. O legislador e o governo podem ser alvo de ADIN por omissão relativa a direitos sociais. Entretanto, no Brasil,

esta tem sido pouco utilizada e o mandado de injunção tem tido pouca serventia. Apesar de servirem para mostrar a insatisfação da sociedade essas decisões podem levar a uma instabilidade política.

Montesquieu, ao elaborar sua teoria da divisão dos poderes, queria a garantia dos Direitos Fundamentais contra o arbítrio estatal, entretanto, sua força simbólica, hoje, é muito forte e vem engessando as reivindicações da sociedade e por isso deve ser submetida a uma nova interpretação. A independência não significa total autonomia e sim controle constitucional mútuo. Na realidade essa teoria está sendo usada como fim político e não como meio para alcançar o bem-estar no Estado Social. Necessita-se, então, de uma reformulação dos dogmas clássicos por parte dos juristas altamente conservadores.

Como Ingo Sarlet afirmou em sua obra, todos os direitos fundamentais pressupõem um custo. Este pode ter origem nos tributos indiretos pagos pela sociedade por meio dos impostos ou pode ser proveniente da simples redistribuição proporcional dos benefícios e encargos, financiamento por parte de terceiros.

Muitos desses direitos são vitais para garantir condições materiais básicas para uma vida com dignidade. Dessa forma, é cada vez mais comum encontrar decisões jurisprudenciais emanadas do Supremo Tribunal Federal que versam sobre os direitos sociais prestacionais básicos. Mesmo em caso de inadimplência por parte do contribuinte, é feito, com frequência, um juízo de ponderação para que esses direitos não sejam programas ou intenções e assumam a postura de direitos perfeitamente exigíveis em Juízo.

Ao juiz não cabe mais apenas a função de julgar no sentido de dizer o que é certo, mas também de verificar se o legislador ordinário contribui para a materialização de resultados. O Judiciário passa a reavaliar e legitimar as decisões políticas, uma das exigências do Estado Social. É o chamado "ativismo judicial" tão comum na doutrina norte-americana.

Com isso entra-se na questão da divisão dos poderes, onde juízes, que não são representantes do povo, acabam invadindo a seara do Executivo na aplicação de políticas públicas e no fato do acesso à justiça,

pois apenas aqueles com melhores condições financeiras poderão obter o benefício. Em detrimento das teorias sistêmicas surge o Judiciário resgatando direitos não realizados pelo Executivo ou Legislativo, seja por falha ou omissão. Ocorre, então, uma politização do jurídico e uma judicialização da política.

5. Conclusão

A jurisprudência e a doutrina brasileira encontram-se em transição de uma fase lógico-formal, tradicional, ligada fortemente ao positivismo de Kelsen, para uma fase em que uma interpretação material-valorativa é feita buscando a realização da justiça social. Segundo Ada Pellegrini, "*os Direitos fundamentais, formulados pela Constituição através de normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida, só podem ser afirmados, positivados e efetivados pelos Tribunais.*"^[4]

Sendo assim, como já foi dito, as normas constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais, bem como as garantias sociais prestacionais, costumam ser vagas e genéricas, pois isso permite que a Constituição continue a vigor, mesmo quando as circunstâncias fáticas se modificam, ou seja, cria-se um mecanismo próprio de proteção a esses direitos.

Como foi posto por Eduardo Appio, um provimento favorável à saúde do autor pode vir a acarretar danos orçamentários à União. Na concepção da doutrina contemporânea, vigora o princípio do resgate, segundo o qual não importa a quantidade de dinheiro necessária para um tratamento médico, o essencial é a efetivação do direito fundamental à saúde. Portanto, não cabe ao Judiciário a avaliação acerca do orçamento destinado à saúde, visto que o Estado deveria ter condições de assegurar esse direito a todos os cidadãos, sem conjecturar a possibilidade de evitar tratamento por falta de recursos financeiros.

6. Referências bibliográficas

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

Texto de Eduardo Appio "[A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO PAÍS: POPULISMO JUDICIÁRIO NO BRASIL](http://www.eduardoappio.com.br/canais/artigos.htm)" extraído do site: <http://www.eduardoappio.com.br/canais/artigos.htm>

KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ªed. Malheiros, São Paulo, 2003.

NOTAS:

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 38.

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 220.

[3] Id.

[4] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pág. 174.

REPERCUSSÕES DA LEI 13.467/17 NO DESCUMPRIMENTO DO INTERVALO INTERJORNADAS

EMANUEL HOLANDA ALMEIDA: Graduado em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assistente de Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

Resumo: Pretende-se neste artigo analisar os reflexos da Lei n. 13.467/17 no intervalo entre jornadas previsto no art. 66 da CLT, mormente nas consequências de sua inobservância dentro do contrato de trabalho. Nessa empreitada, serão consideradas as alterações promovidas na legislação, contrastadas com a avaliação da necessidade de alteração do entendimento jurisprudencial prevalecente acerca do tema, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 355 da Subseção de Dissídios Individuais n. 1 do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Lei n. 13.467/17. Reforma Trabalhista. Intervalo interjornadas. OJ n. 355 da SbDI-1 do TST.

Sumário: 1. Introdução; 2. O intervalo interjornadas; 3. As consequências jurídicas da inobservância do intervalo interjornadas; 4. Os impactos causados pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17); 5. Discussão relativa ao direito intertemporal; 6. Conclusão; Referências.

1. Introdução

A Lei n. 13.467/17, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, inaugurou um novo momento no Direito do Trabalho brasileiro. Vários institutos chave da legislação trabalhista foram radicalmente modificados, outros criados e alguns extintos.

Especificamente em relação à regulação da duração do trabalho do empregado, as alterações foram profundas. De uma forma geral, vislumbrou-se o objetivo do legislador em diminuir o rigor dessas

importantes regras, flexibilizando a estrutura geral e revogando algumas disposições pontuais, como, por exemplo, a jornada itinerária (antiga redação do §2º do art. 58 da CLT).

Muito se tem alardeado acerca da remodelação do intervalo intrajornada (art. 71 da CLT), que, dentre outras coisas, agora pode ter seu limite mínimo reduzido através de negociação coletiva – e até mesmo individual, em alguns casos – e, caso suprimido, o empregador não é mais obrigado a remunerar o período correspondente.

Todavia, por não ter sido alterado o art. 66 da CLT, parte da doutrina ainda não atentou para as sérias repercussões que essas transformações irão gerar na inobservância do intervalo interjornadas. A partir dessa constatação, pretende-se no presente trabalho analisar esses reflexos e demonstrar a premente necessidade de alteração dos entendimentos acerca da matéria, sobretudo a Orientação Jurisprudencial n. 355 da Subseção de Dissídios Individuais n. 1 do Tribunal Superior do Trabalho. Para tanto, o instituto será revisitado, a fim de que se possa analisar com maior segurança a nova realidade legal e sugerir uma interpretação adequada às técnicas de hermenêutica e integração do ordenamento jurídico.

2. O intervalo interjornadas

Antes de se adentrar na análise do intervalo interjornadas, faz-se necessário esclarecer o que são os intervalos na temática do estudo da duração do trabalho. Nesse particular, a professora Vólia Bomfim Cassar^[1] transmite com maestria esse conceito:

Os intervalos ou períodos de descanso são lapsos temporais, remunerados ou não, dentro ou fora da jornada, que têm a finalidade de permitir a reposição das energias gastas durante o trabalho, proporcionar maior convívio familiar, social e, em alguns casos, para outros fins determinados em lei, tais como alimentação, amamentação etc.

Fazem parte da duração do trabalho, pois, quando se limita a quantidade de horas a ser trabalhada por dia, automaticamente estipula-se a quantidade de descanso. Tanto a jornada, quanto o intervalo envolvem matérias relativas às saúdes física, mental e social do trabalhador, pois são regras da medicina e da segurança do trabalho.

Percebe-se, assim, a fundamental importância dos intervalos do trabalho na vida do trabalhador, relacionando-se diretamente à tutela de sua saúde e de sua vida social. Em relação à saúde, o resultado de jornadas de trabalho excessivas é o enfraquecimento do sistema imunológico, a baixa produtividade e o aumento no número de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais[2], o que demonstra a imprescindibilidade dos intervalos. Socialmente, como bem enfatizado na transcrição acima, viabiliza as necessárias relações familiares e sociais, o lazer e até mesmo para o aperfeiçoamento educacional/profissional. Como dito por Aristóteles, o homem é um animal social, necessitando do convívio com seus pares para alcançar a plenitude pessoal.

É justamente por isso que atualmente se defende o direito à desconexão do trabalho[3], que é, basicamente, o direito de se desligar totalmente das questões profissionais durante o descanso, evitando-se que este período seja desvirtuado e possibilitando a maximização de sua finalidade.

Dada sua relevância, o assunto foi expressamente tratado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que, em seu art. XXIV, estabelece que todo homem tem direito ao repouso e ao lazer.

Avançando-se à análise específica do intervalo interjornadas, também de chamado de intervalo entre jornadas, por ele se entendem os “lapsos temporais regulares, distanciadores de uma duração diária de labor e outra imediatamente precedente e imediatamente posterior”[4]. Em outras palavras, trata-se do intervalo não remunerado entre duas jornadas

de trabalho diárias, sendo, portanto, hipótese de suspensão do contrato de trabalho.

É, juntamente com o descanso semanal remunerado (art. 7, XV, da CRFB/88), o intervalo mais propício às tutelas da saúde e da vida social acima mencionadas, tendo em vista que, diferentemente do que ocorre em intervalos menores, o empregado possui um interregno de tempo significativo para o atingimento dessas finalidades.

A rigor, deve possuir a duração mínima de onze horas (art. 66 da CLT e art. 15 da Lei Complementar n. 150/15), mas, em algumas situações especiais, pode ser de doze horas (art. 235, *caput* e § 2º, da CLT – empregados operadores cinematográficos, com horário noturno de trabalho) e até mesmo de dezessete horas (art. 229 da CLT – empregados sujeitos a horários variáveis nos serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonia).

Finalmente, deve-se recordar que o intervalo interjornadas não se comunica com o descanso semanal remunerado, ou seja, após o término do último dia de trabalho na semana, o empregado terá direito às onze horas do intervalo interjornadas, além das vinte e quatro horas do repouso hebdomadário, o que deve resultar, no mínimo, em trinta e cinco horas ininterruptas de descanso.

3. As consequências jurídicas da inobservância do intervalo interjornadas

Em que pese a inegável importância do intervalo entre jornadas, o ordenamento jurídico brasileiro foi bastante tolerante com o seu descumprimento. A única regra diretamente aplicável a essa situação é o art. 75 da CLT, que trata como infração administrativa a inobservância das regras celetistas relativas à duração do trabalho, passível apenas da aplicação de multa pela Fiscalização do Trabalho.

Há, inclusive, quem defenda que essa é a única alternativa, diante da inexistência de previsão legal para outra[5].

Contudo, a experiência prática demonstra que esse panorama é insustentável, uma vez que, por limitações estruturais, a fiscalização do Ministério do Trabalho não consegue dar conta adequadamente de sua função de prevenção às lesões de direitos trabalhistas.

Diante do vazio legislativo e da emergente necessidade de se tutelar esse efetivamente direito, passou-se a enxergar a possibilidade de integração do ordenamento jurídico nesse particular, conforme autorizam o art. 8º da CLT e o art. 4º da LINDB. A solução encontrada foi a utilização da analogia, que é a “aplicação de certa norma jurídica para situação de fato sem tratamento específico, mas semelhante à relação regulada pela disposição normativa”^[6].

Constatou-se que dentro do próprio texto consolidado existia uma norma que, de maneira satisfatória, regulava a responsabilidade contratual do empregador pelo descumprimento de outra espécie de intervalo, o intrajornada. Trata-se do §4º do art. 71 da CLT, que, em sua última redação antes da vigência da Lei n. 13.467/17 estabelecia o seguinte:

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Tinha-se, pois, que o empregador que desrespeitasse o intervalo intrajornada deveria remunerar o trabalhador no valor correspondente ao período total a que tinha direito, acrescido de adicional de 50%. Conforme se infere da Súmula n. 437 do TST, esse valor recebia o mesmo tratamento da contraprestação pelo serviço extraordinário, admitindo-se, inclusive, sua natureza salarial.

Assim, analogicamente, passou-se a aplicar o aludido dispositivo às hipóteses de descumprimento do intervalo interjornadas, com uma pequena adequação: em vez de ter direito ao período total correspondente ao intervalo, o empregado só receberia as horas efetivamente suprimidas,

mas a estas também se incluiria o adicional de 50% e observar-se-ia a natureza salarial, com o potencial de gerar reflexos em outras parcelas.

Esse entendimento foi encampado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que, após várias decisões no mesmo sentido a respeito da supressão do intervalo interjornadas dos empregados que trabalham em regime de revezamento, editou a Súmula n. 110:

JORNADA DE TRABALHO. INTERVALO (mantida) -
Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

Por sua redação, esse enunciado jurisprudencial foi alvo de algumas críticas, tendo alguns entendido que a corte superior em matéria trabalhista criou uma situação não prevista em lei de horas extras fictícias^[7]. Além disso, considerando-se que se refere aos regimes de revezamento, ensejava dúvidas a respeito do alcance desse entendimento aos demais empregados.

A fim de espancar qualquer dúvida acerca do entendimento prevalecente no Tribunal acerca do descumprimento do intervalo interjornadas, a Subseção de Dissídios Individuais n. 1 editou, alguns anos depois, a esclarecedora Orientação Jurisprudencial n. 355:

INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA.
HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO
SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO
ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT
(DJ 14.03.2008)

O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a

integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Através de uma redação limpa e técnica, explicou-se de forma satisfatória a construção jurídica realizada através da técnica integrativa da analogia, bem como a justificativa para o pagamento das horas suprimidas de forma semelhante ao labor extraordinário. Ademais, não restringiu o alcance da aplicação, generalizando-o para todos os empregados.

4. Os impactos causados pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17)

Através de uma análise superficial, pode-se pensar que a Lei n. 13.467/17 não trouxe alterações relacionadas ao intervalo interjornadas. Isso ocorre porque o art. 66 da CLT permaneceu intacto, assim como outros dispositivos atinentes ao tema – arts. 75, 229 e 235 da CLT.

No entanto, através de um olhar mais aguçado, percebe-se que uma modificação específica irá mudar o tratamento jurídico dado ao descumprimento do intervalo em tela. O §4º do art. 71 da CLT foi completamente desfigurado:

§ 4º. A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

De plano, nota-se que, doravante, a supressão do descanso que acontece dentro da jornada implicará no pagamento apenas do tempo efetivamente suprimido, que, apesar de ainda acrescido do adicional de 50%, terá caráter indenizatório.

Aí é que está o problema: como o pagamento das horas suprimidas do intervalo interjornadas decorre da aplicação analógica desse dispositivo,

também foi afetado, por via reflexa, pela atividade reformadora do legislador. Deve-se analisar, todavia, a extensão desse impacto.

Em relação à limitação do pagamento às horas efetivamente suprimidas, não haverá nenhuma mudança quando se tratar de inobservância do intervalo entre jornadas, pois, como visto no capítulo anterior, essa adequação já era realizada pela jurisprudência – a fim de evitar o desproporcional pagamento de onze horas, com adicional de 50%, pelo desrespeito a algumas poucas.

A verdadeira mudança fica por conta do caráter indenizatório atribuído a esse pagamento, que, inevitavelmente, deverá ser observado, diante da inexistência de fundamento jurídico para justificar a manutenção de sua natureza salarial. Esta, registre-se, não decorria da habitualidade ou da ideia de contraprestação pelo labor, mas de uma opção política do legislador para inibir o descumprimento.

Por conseguinte, deixa de existir o chamado efeito expansionista circular da verba, que é sua “aptidão de produzir repercussões sobre outras parcelas de cunho trabalhista e, até mesmo, de outra natureza, como, ilustrativamente, previdenciária”[8]. Em outras palavras, o pagamento decorrente da supressão do intervalo interjornadas, ainda que habitual, não irá mais gerar reflexos em outras verbas, como décimos terceiros salários, férias com 1/3 e FGTS.

Sem muitos esforços, vislumbra-se que se tornou mais barato para o empregador o descumprimento do intervalo interjornadas, o que, lamentavelmente, pode servir de estímulo para a supressão desse importante período de descanso. Convém ressaltar que a Reforma Trabalhista está recheada de novidades legislativas que, direta ou indiretamente, afetaram questões relativas à saúde e segurança do trabalhador, um dos principais motivos para a grande resistência enfrentada entre os profissionais do Direito do Trabalho.

Também se deve destacar que a Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST não ficou alheia a essa mudança, e propôs à presidência do Tribunal a alteração da Orientação Jurisprudencial n. 355 da Subseção de Dissídios Individuais n. 1 nos seguintes termos[9]:

INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBRE JORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO §4º DO ART. 71 DA CLT (DJ 14.03.2008) (alterada e incluído o item II em decorrência da Lei nº 13.467/17)

I – O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no §4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST. devendo e pagar a integralidade das horas que foram subtraídas no intervalo como extras, acrescidas, inclusive, do respectivo adicional,

É devido, assim, o pagamento da integralidade das horas suprimidas, com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho ou de percentual mais elevado definido em negociação coletiva.

II – A parcela decorrente do descumprimento do intervalo mínimo previsto no art. 66 da CLT, ocorrido a partir de 11 de novembro de 2017, início da vigência da Lei nº 13.467/2017, é de natureza indenizatória, nos termos do §4º do art. 71 da CLT, com redação da Lei nº 13.467/2017.

Essa proposta foi assinada pelos Ministros João Oreste Dalazen, Maurício Godinho Delgado e Valmir Oliveira da Costa, mas a votação em Plenário foi suspensa a pedido deste último, sob o argumento de que, antes, o Tribunal deve se manifestar acerca da constitucionalidade da nova redação do art. 702 da CLT (também oriunda da Lei n. 13. 467/17), que criou grandes restrições à criação e alteração de Súmulas pelas Cortes Trabalhistas.

Independentemente disso, a existência dessa proposta sinaliza a futura e inevitável modificação do posicionamento do Tribunal Superior do

Trabalho, o que deve ser acompanhado de perto por todos os profissionais que atuam na Justiça do Trabalho.

5. Discussão relativa ao direito intertemporal

Outra grande polêmica da Reforma Trabalhista diz respeito ao direito intertemporal. Ainda não se chegou a consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação dessa lei no tempo, o que tem gerado inúmeras discussões. Nesse capítulo, será feita uma abordagem sintética, destinada a esclarecer a situação específica do intervalo interjornada, sem a pretensão de abordar o tema em todas as suas nuances.

Em relação às regras de direito material, duas correntes destacam-se: a primeira defende a aplicação imediata e irrestrita da Lei n. 13.467/2017, a partir de sua vigência, aos contratos de trabalho em curso, uma vez que se trata de alteração do estatuto legal do contrato (art. 6º da LINDB c/c art. 912 da CLT), e com o fim de promover a igualdade dos trabalhadores quanto às condições laborais; a segunda, adotada pelo TST, é no sentido de que a lei nova também se aplica imediatamente aos contratos de trabalho vigentes, mas deve observar o direito adquirido do empregado quanto a situações mais vantajosas^[10].

Vislumbra-se uma situação inusitada quanto aos efeitos contratuais do descumprimento do intervalo interjornadas: o pagamento e a natureza salarial da parcela decorriam de construção jurisprudencial, a partir da integração do ordenamento jurídico através da analogia. Pode-se, então, falar em direito adquirido a entendimento jurisprudencial?

A Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST entendeu que não, sendo a nova realidade aplicável imediatamente, a partir da vigência da Reforma Trabalhista, a todos os contratos de trabalho, inclusive aqueles que se iniciaram antes dela:

Fixadas tais premissas, afigura-se-nos autorizado concluir que no tocante à natureza salarial do intervalo interjornada, **não se reconhece a existência de direito adquirido** de que seja titular o empregado. Nota-se que não se cuida de diretriz que deflui da lei,

tratando-se, na verdade, de construção jurisprudencial, a qual não se qualifica como fonte de obrigação.

Na oportunidade, o Ministro Maurício Godinho Delgado divergiu dessa tese, sustentando a existência de direito adquirido e a aplicabilidade apenas aos contratos firmados após a vigência da Lei n. 13.467/17. Ocorre que os argumentos que prevaleceram são bastante sólidos, não se vislumbrando a viabilidade da tese de direito adquirido à jurisprudência – a não ser em casos específico de modulação de efeitos de precedentes obrigatórios.

Portanto, entende-se que essas repercussões da Reforma Trabalhista no intervalo interjornadas são aplicáveis, desde sua vigência, a todos os contratos de trabalho.

6. Conclusão

Diante do exposto, tem-se que, apesar de num primeiro momento essa situação não tenha sido percebida, a Lei n. 13.467/17 alterou indiretamente a base de sustentação do principal entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade contratual do empregador pela supressão de horas destinadas ao intervalo interjornadas.

Isso ocorreu porque o aludido posicionamento fundamenta-se na aplicação analógica de dispositivo que trata do intervalo intrajornada, o §4º do art. 71 da CLT – que foi substancialmente modificado. De relevante para o intervalo intrajornada, foi alterada a natureza jurídica do pagamento resultante da supressão daquele intervalo, que agora passa a ter caráter indenizatório. Não se pode mais conferir ao pagamento das horas suprimidas entre duas jornadas o mesmo tratamento dado às horas extraordinárias.

O principal efeito disso é perda do efeito expansionista circular da verba, ou seja, sua capacidade de compor a base de cálculo de outras parcelas e nelas gerar reflexos. Indubitavelmente, constata-se uma situação desfavorável ao empregado, que agora, caso tenha seu descanso diário

reduzido ou totalmente suprimido, receberá apenas o valor nominal do salário-hora, acrescido do adicional de 50%, mas sem qualquer outra repercussão – previdenciária ou trabalhista.

Essa nova realidade, inclusive, pode gerar o indesejável estímulo à monetização do intervalo interjornada, pois, em contrapartida, a indenização é menos onerosa ao empregador. Em caso de abusos, contudo, pode ser analisada a responsabilidade civil deste, que poderá ser condenado ao pagamento de danos morais propriamente ditos e dos chamados danos existenciais.

Assevere-se, para finalizar, que, conforme visto, os efeitos da mudança alcançarão, inclusive, os contratos de trabalho anteriores à vigência da Reforma Trabalhista.

Referências

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho. 14ª ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA E DE PRECEDENTES NORMATIVOS DO TST. *Ofício CMJPN n. 16/2017. Projetos de revisão da jurisprudência consolidada do TST.* Disponível em: . Acesso em: 26 mai. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho – 16. ed. rev. e ampl.*– São Paulo: LTr, 2017.

FONSECA, Maíra S. Marques da. *Redução da jornada de trabalho: fundamentos interdisciplinares* – São Paulo: LTr, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho. 11ª ed., rev., atual. e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho.* Disponível em: <
https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 26 mai. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Orientações Jurisprudenciais da SBDI – 1 e 2 do TST*. São Paulo: Atlas, 2009.

MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodvim, 2015.

NOTA:

[1] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 14ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 105.

[2] FONSECA, Maíra S. Marques da. *Redução da jornada de trabalho: fundamentos interdisciplinares* – São Paulo: LTr, 2012, p. 121.

[3] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: < https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 26 mai. 2018.

[4] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 16. ed. rev. e ampl.– São Paulo: LTr, 2017, p. 1.083.

[5] MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Orientações Jurisprudenciais da SBDI – 1 e 2 do TST*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 222.

[6] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[7] MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodvim, 2015, p. 269.

[8] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* – 16. ed. rev. e ampl.– São Paulo: LTr, 2017, p. 811.

[9] Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST. *Ofício CMJPN n. 16/2017. Projetos de revisão da jurisprudência consolidada do TST*. Disponível em: . Acesso em: 26 mai. 2018, p. 40.

[10] Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST. Ofício CMJPN n. 16/2017. Projetos de revisão da jurisprudência consolidada do TST. Disponível em: . Acesso em: 26 mai. 2018, p. 40.

RESPONSABILIDADE MÉDICO PROFISSIONAL FRENTE A RECUSA DO TRATAMENTO PELO PACIENTE

LORIE KIMBERLIN CAPARROZ:
Bacharelanda do Curso de Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Camilo Castelo Branco Campus VII - Fernandópolis-SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(Orientador)

RESUMO: O direito à vida abrange muitos direitos, mediados por leis, normas e princípios que unem a dignidade da pessoa humana e tudo o que é considerado essencial para viver bem, esse direito afeta o indivíduo como um todo. Liberdade, no entanto, é o direito de escolher o que fazer sem a interferência de opiniões, dogmas e posições dos outros, é o direito de ir e vir pensar e escolher o que é melhor para o paciente, respeitando seus valores, incluindo neste contexto, a convicção religiosa. Os direitos consagrados na Constituição Federal de 1988 cobrem a dignidade da pessoa humana, a saúde, a liberdade, entre outros, que estão sujeitos a garantir plenamente a vida do paciente. No entanto, há casos em que ocorrem conflitos de direitos fundamentais e, nesses casos, é dever do Estado proteger, quando necessário, os direitos conferidos ao cidadão. Partindo dessa premissa o artigo foi desenvolvido com o objetivo principal de analisar a legalidade ou não da recusa de tratamento. Para fazer isso, discorreu-se sobre a colisão entre direitos fundamentais analisados, traçando paralelo com o direito à vida e à liberdade do paciente. Sendo analisado a visão do aplicador do direito de como este conflito deve ser resolvido e se há responsabilidade médica por ato ordinário ou omissivo.

Palavras-chave: liberdade religiosa, recusa de tratamento, responsabilidade médica.

ABSTRACT: The right to life encompasses many rights, mediated by laws, norms and principles that unite the dignity of the human person and everything that is considered essential to live well, this right affects the individual as a whole. Freedom, however, is the right to choose what to do

without the interference of opinions, dogmas and positions of others, it is the right to come and go to think and choose what is best for the patient, respecting their values, including in this context , religious conviction. The rights enshrined in the Federal Constitution of 1988 cover the dignity of the human person, health, freedom, among others, that are subject to fully guarantee the life of the patient. However, there are cases in which conflicts of fundamental rights occur and, in such cases, it is the duty of the State to protect, when necessary, the rights granted to the citizen. Based on this premise the article was developed with the main objective of analyzing the legality or not of refusal of treatment. To do this, we discussed the collision between fundamental rights analyzed, drawing parallels with the right to life and freedom of the patient. Being analyzed the view of the applicator of the right of how this conflict should be solved and if there is medical responsibility by ordinary or omissive act.

Keywords: religious freedom, refusal of treatment, medical responsibility.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REVISÃO DE LITERATURA. 2.1. Responsabilidade civil do médico. 2.2. Analisando os princípios. 2.2.1 Princípio da informação. 2.2.2. Princípio da autonomia do paciente. 2.2.3 Princípio da beneficência. 2.3. Responsabilidade Civil. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a Constituição Brasileira de 1988, a saúde é um direito social fundamental de cada pessoa (artigo 6) e um dever do Estado (artigo 196). No Brasil, o poder constituinte foi fundido com saúde e com a segurança social, proporcionando acesso gratuito e universal, através do sistema público de saúde (SUS) sendo para todos, sem distinção de qualquer natureza.

É correto afirmar, assim, que no Brasil, os indivíduos têm o direito subjetivo de exigir livre acesso à estrutura de saúde pública, e é uma obrigação do Estado provê-la, no entanto em nosso país também se conta com a oferta de saúde privada, veiculada particularmente ou por convênios.

O sistema de saúde brasileira é amplo e complexo, porém o que se tem em mente é o bem-estar e o direito da vida assegurada pelas equipes de saúde. Entretanto por incrível que possa parecer existem pessoas que não aceitam tratamento médico, seja por uma escolha pessoal ou com base em princípios religiosos, gerando assim diversas controvérsias.

A recusa do tratamento é um encontro comum na prática clínica. O processo de decidir recusar o tratamento é muitas vezes complexo, necessita-se avaliar inúmeros requisitos para tentar entender esse processo de tomada de decisão e as razões subjacentes para a recusa do tratamento. Muitas dessas razões são frequentemente racionais no contexto em que a decisão é tomada. Os pacientes podem estar tomando a melhor decisão por si mesmos, mesmo que essas decisões não sejam necessariamente as melhores para a maioria das pessoas.

Deve-se sempre discutir as opções de tratamento e avaliar a capacidade de tomar decisões para alcançar objetivos comuns. O médico em sua posição profissional deve equilibrar as melhores estratégias de tratamento e o melhor interesse dos pacientes.

O problema é de importância capital, porque aborda direitos fundamentais do ser humano. Se apresenta então um conflito entre direitos fundamentais: o direito à vida e acesso a tratamentos médicos para a autonomia de pessoas que através da valorização de interesses permite acesso ao direito à dignidade humana.

Os sistemas legais do mundo são tão diferentes e complexos que é quase impossível explorar as leis de cada país individualmente. Contudo, esses sistemas compartilham problemas legais comuns em certas áreas, como medicina, por exemplo e nesse caso a escolha entre tratar-se ou negar-se a isso.

Não só o Brasil, mas o mundo inteiro está sofrendo com os efeitos de tempos conturbados, onde o direito e a medicina lutam para definir novas regras legais que regem os cuidados de saúde. É exatamente por isso que a bioética e a lei médica tornaram-se tão proeminentes nos últimos anos.

Partindo dessa ideia o artigo discute as razões subjacentes à recusa do tratamento e como pode-se alcançar um objetivo comum com os pacientes, dentro dos parâmetros legais.

2. REVISÃO DE LITERATURA

Para entender a responsabilidade médica no Brasil, é fundamental entender que a saúde nada mais é do que um direito inserido na ordem social, tendo suma importância para o ordenamento jurídico, portanto é primordial entender que os legisladores visaram assegurá-la, como pode ser visto no art. 196 da Constituição Federal (CF) de 1988, *in verbis*:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para o cumprimento do previsto em nossa Carta Magna, exige-se do Estado uma postura totalmente participativa, assegurando assim o direito à saúde (TEIXEIRA, E., 2008, p. 24).

No entanto cabe ressaltar que assim como em outros países no Brasil também se verifica indivíduos que se recusam a receber tratamento médico, principalmente quando se trata de tratamento eletivo, sem a necessidade de emergência, vez que este encontra-se vinculado ao consentimento do paciente frente à conduta do médico.

De acordo com Becker et al., (2016, p. 143),

Porém, o que gera muito debate acerca do assunto é nos casos em que o tratamento é negado pelo paciente ou seu(s) acompanhante(s). Neste grupo encontram-se os adeptos à religião Testemunhas de Jeová, os quais são religiosamente impedidos de receber transfusão sanguínea e são cada vez mais numerosos e presentes na prática médica, mas

também os pacientes que, deliberadamente, sem razão convincente para o médico, recusam-se a aceitar a conduta proposta unicamente por exercer seu princípio da autonomia e beneficência, mesmo que psicológica, por acreditarem ter mais riscos para si do que benefícios, incluindo integridade moral, psíquica, física e religiosa.

É indubitável que tais situações geram discordâncias, exigindo muito mais dos profissionais da saúde, inclusive mais empatia e conhecimento ético, para que o médico com sabedoria saiba entender as necessidades de seus pacientes. Salienta-se que para melhor desempenho do seu trabalho compete ao médico estar sempre atualizado com novas tecnologias, bem como, compreensão das alternativas terapêuticas, isso favorece ao paciente mais opções na escolha do seu tratamento, diminuindo as possibilidades de recusa de tratamento (NASCIMENTO, 2017).

O que se sabe sem dúvida alguma é que os médicos têm o dever legal de fornecer um certo padrão de habilidade e cuidado aos pacientes existentes. O dever legal de cuidar é criado quando um médico concorda em tratar um paciente que solicitou seus serviços. Ao determinar o que esse dever exige, os médicos devem considerar se o cuidado que estão prestando é aquele que um "bom médico" forneceria sob tais circunstâncias. Especialistas precisaram exercer um alto grau de habilidade em sua área de especialização (ALVAREZ e FERRER, 2015).

Acadêmicos jurídicos sugerem que o dever de cuidar compreende vários deveres catalogados: assistir, diagnosticar, encaminhar, tratar e instruir o paciente. Se um médico violar o dever de cuidado e um paciente sofrer uma lesão como resultado, o médico pode ser considerado culpado de negligência e forçado a pagar ao paciente lesado ou danos monetários a familiares.

2.1. Responsabilidade civil do médico

Define França (2010, p. 207): "Responsabilidade é o justo e necessário, não só no sentido moral, mas também dentro de um sistema de

obrigações e deveres, diante do que é lícito e devido”. França (2010, p. 205) define ainda a responsabilidade, mais especificamente a médica, como: “a obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por eles cometidas no exercício de sua profissão.

Juridicamente pode-se afirmar que o instituto da responsabilidade civil se manifesta através do dever que tem o responsável de indenizar o lesado de acordo com os danos que sofreu, frisando que a indenização pode ser a reparação material de tudo o que a pessoa perdeu, ou do que deixou de ganhar ou ainda no desfazimento de algum ato. O conceito da responsabilidade civil é bem simples, seu fundamento primordial é o dever geral de não lesar a outrem (PETROF, 2018).

Na eminência dessa transgressão, a ordem social fica abalada, partindo assim para a seara da responsabilidade jurídica. Há autores que afirmem que essa situação fica ainda mais complexa quando acontece no âmbito hospitalar, principalmente se o paciente em questão esta a se recusar a acatar o tratamento vital oferecido, esteja ele sendo regido por questões religiosas, culturais, econômicas, entre outras, contrariando assim o juramento de Hipócrates efetuado pelos médicos e a todas as normas gerais, éticas ou administrativas (FABRIZ, 2013).

É preciso frisar, destacar e assegurar que todo procedimento médico deve ser previamente comunicado ao paciente ou ao seu responsável antes de ser executado, dando ao paciente o direito de escolha, bem como, também não pode através de sua autoridade limitar a escolha do paciente, para essas premissas, encontra-se previsão legal, nos artigos 46 e 48 do Código de Ética Médica (CEM), *in verbis*:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

Todas essas normas é para garantir que o paciente escolha de acordo com sua vontade, sem interferências, decidindo livremente, sobre suas pessoas e seu bem-estar, sua escolha é pertinente a sua vontade.

Entretanto há que se levar em conta as técnicas da ponderação e proporção, ou seja, o direito acima citado não pode ser absoluto, pois os mesmo em algumas situações específicas, pois causaria uma ofensa direta os direitos primordiais da vida e da saúde e, conseqüentemente, à dignidade humana, principalmente diante da existência de iminente perigo de morte. A Constituição de 1988 estabeleceu que a dignidade humana é um fundamento da Estado brasileiro (PETROF, 2018).

Outra ressalva importantíssima o profissional médico tem por obrigação realizar procedimentos visando a saúde e o bem-estar do indivíduo, ele atua seguindo o exercício regular do seu direito, é seu dever salvar vidas sob pena de infligir responsabilidade civil e penal. Todavia caso o paciente recuse o tratamento, o médico não pode ser responsabilizado por qualquer dano ocorrido, encontra-se aqui uma das excludentes de responsabilidade civil, pois a culpa fica unicamente vinculada, sendo exclusiva da vítima (CAVALIERI FILHO, 2017).

O que se verifica é que a responsabilidade civil, encaixa-se perfeitamente na responsabilidade dos profissionais da saúde, utilizam como base os mesmos princípios e adicionadas a este tem-se também a obrigação de respeitar os preceitos de seus respectivos códigos de ética e atividade (FRANÇA, 2010).

2.2. Analisando os princípios

Até aqui verificou-se que as relações entre profissional médico e paciente existe a predileção de normas éticas e jurídicas previamente estabelecidas e que devem ser priorizadas e pontualmente cumpridas, porém sabe-se que essas devem ser norteadas por alguns princípios, entre eles: da beneficência e não maleficência, o do dever de informação ao paciente, o do sigilo profissional, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido (DINIZ, 2012, p. 555).

2.2.1 Princípio da informação

É dever absoluto do médico transmitir ao paciente e aos seus familiares todas as informações referentes a sua situação médica e quais são as suas opções de tratamento, direito este assegurado pelo art. 34 do Código de Ética Médica, onde diz ser vedado ao médico: “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Nesse direito vislumbra-se a importância da comunicação e o direito de o paciente escolher sobre a necessidade de determinadas condutas ou intervenções e sobre seus riscos e consequências do mesmo. Portanto, o dever de informar é imperativo como requisito prévio para o consentimento do paciente, chamado consentimento prévio (FRANÇA, 2010, p. 209).

2.2.2. Princípio da autonomia do paciente

Intimamente correlacionado com o princípio acima citado, para a melhor decisão do paciente tem que ser assegurado informações clara, simples e fácil, de maneira que o paciente possa entendê-la, englobando também o entendimento acerca do diagnóstico, prognóstico, terapia, duração, consequências, passos pós-tratamento, cuidados especiais necessários, previsão de alta, consequências de uma não aceitação do tratamento, os possíveis riscos, vantagens e desvantagens envolvidas no tratamento (DINIZ, 2012, p. 579).

De forma mais sucinta, CORRÊA (2010, p. 99) diz que: “O princípio da autonomia determina o respeito pela decisão livre do paciente, resguardando, assim, sua dignidade e seu direito de autodeterminação”.

É possível perceber a incidência deste princípio no Código de Ética Médica, em seu capítulo I – Princípios Fundamentais, no inciso XXI, onde diz: “No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos

por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas”.

Tal princípio decorre de uma mudança histórica da medicina, que perdeu sua ligação com o sagrado e passou a ser encarada como ciência. Este fato gerou uma compreensão do paciente como centro autônomo da decisão, tendo o direito de, inclusive recusar a tratamentos, desde que não se encontre em risco de vida. Portanto, deve haver agora uma relação de igualdade entre paciente e médico, deixando de lado a ideia de “paternalismo clínico” (TEIXEIRA, A., 2010, p. 245-247). Após a realização deste documento, muitos outros surgiram neste mesmo sentido, com o intuito de garantir a autonomia do paciente, sendo um deles o Código de Ética Médica. Em seu capítulo IV – Direitos Humanos, garante:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

No mesmo diploma legal, no capítulo V – Relação com Pacientes e Familiares, em seu art. 31: “É vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

2.2.3 Princípio da beneficência

Há que se observar também o princípio da beneficência, sendo que, do latim *bonum facere* (fazer o bem), tal princípio indica a obrigatoriedade do médico de promover primeiramente o bem do paciente, sendo que há confiança envolvida neste processo (SANTOS, 1998, p. 42-43 apud FABRIZ, 2003).

Há disposição legal expressa no Código de Ética Médica nesse sentido no capítulo:

I – Princípios Fundamentais, onde diz, nos seguintes incisos:

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

Nos trechos legais supracitados fica possível perceber a preocupação do legislador em destacar a importância do princípio da beneficência,

sendo que, em todas as situações, o médico deve zelar pelos seus pacientes. Alega França (2010, p. 176) que: “O Código de Ética Médica elegeu o princípio da beneficência como hierarquia coerente acima do princípio da autonomia”.

CORRÊA (2010, p. 99) define o princípio da beneficência como sendo: “O dever de fazer o bem e evitar o mal para o paciente, de acordo com os parâmetros dos conhecimentos da medicina e de seu julgamento profissional”. A autora ainda define tal princípio como sendo a ponderação entre benefícios e riscos inerentes a um procedimento médico, buscando sempre maximizar os benefícios e reduzir os riscos ao paciente.

O médico deve fazer tudo que lhe é possível a fim de salvar o paciente, conforme o que segue:

Cabe ao médico “o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico”, além do “emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovados pela comunidade científica e legalmente permitidas”, uma vez que o foco é “a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica” (TEPEDINO, 2006, p. 90 apud TEIXEIRA, A., 2010).

A relação de responsabilidade estabelecida entre o médico e o paciente é na maioria dos casos delineada na modalidade contratual e se não for não cumprida o devedor responde além das perdas e danos, por juros e atualização monetária segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e ainda pelos honorários do advogado é a leitura do artigo 389 e seguintes do Código Civil.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Importante observar que a culpa do profissional da saúde equivale à culpa dos profissionais liberais (por integrarem essa categoria), elencada no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Já sabemos que o profissional de saúde não pode ser responsabilizado por dano ocorrido em seu paciente se, no curso de sua atuação profissional, ocorrer em uma das excludentes da responsabilidade civil, que consequente e obviamente, também se aplicam à responsabilidade médica, a saber: caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima (paciente), fato de terceiros e fato das coisas.

Mesmo sendo contratual não se presume devendo ser comprovada essa afirmação da lei é unânime também na doutrina e na jurisprudência.

2.3. Responsabilidade Civil

A imposição de responsabilidade deve ser examinada sob dois pontos de vista principais: (1) a responsabilidade dos profissionais de saúde, decorrente da prestação de serviços de forma direta e pessoal; e (2) a responsabilidade dos prestadores de cuidados de saúde institucionais.

Do ponto de vista de responsabilidade do médico, a obrigação é fornecer cuidados atentos e empregar seus conhecimentos da melhor maneira possível para melhorar o estado de saúde de um paciente, sem estar vinculado a qualquer promessa de cura ou obtenção de um determinado resultado (exceto para médicos que especializar-se em cirurgia estética). Esta obrigação geral relacionada à prestação de serviços médicos, portanto, é uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultados. Portanto, para que um médico seja responsabilizado por danos a um paciente, a falha deve ser comprovada (negligência, imprudência ou imperícia) ou seja, o padrão geral de responsabilidade baseada em culpa se aplica. No entanto, a doutrina jurídica aconselha para uma interpretação cautelosa destes conceitos, uma vez que também é importante avaliar as condições em que o médico está fornecendo cuidados médicos. Por exemplo, no sistema público de saúde, muitas vezes o profissional é confrontado com falta de equipamentos, estrutura e pessoal de apoio adequados, entre outras condições adversas, que possam prejudicar a prestação do serviço, para que os serviços realizados pelo médico sejam avaliados em luz dessas circunstâncias.

Hospitais, laboratórios, clínicas e outros prestadores de serviços de saúde (inclusive aqueles operados pelo estado direta ou indiretamente) estão sujeitos a normas de responsabilidade objetiva (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), que desconsidera a existência de falha. No entanto, quando se trata de responsabilidade devido às ações dos membros do pessoal de um hospital, sua culpa deve ser comprovada, o que significa que o hospital será responsabilizado, responsabilidade estrita, com base no artigo 932 do Código Civil, se seus funcionários ou agentes agiram com culpa. Neste cenário, uma vez que o paciente pode ser qualificado como consumidor de acordo com o CDC, os profissionais de saúde (por exemplo, médicos e o hospital) serão solidariamente responsáveis pelos danos. No entanto, o prestador de cuidados de saúde correspondente recorre contra os responsáveis pelos danos, e pode ter sucesso se for capaz de provar que o dano foi causado por tal profissional agindo com culpa (PRETEL, 2018).

De uma perspectiva processual, há dois destaques importantes. Em primeiro lugar, o ônus da prova em relação à culpa do médico pode ser mudado pelo tribunal assim, o consumidor (paciente), considerado tecnicamente vulnerável, não precisa apresentar essa evidência. Se isso acontecer, o médico terá que demonstrar sua conduta regular e legal, e que ele ou ela tenha agido com todo o cuidado devido, não constituindo uma prática negligente ou imprudente. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade baseada em culpa do médico não impede a reversão do ônus da prova.

Em segundo lugar, se um paciente entrar com uma ação judicial exclusivamente contra o hospital por causa de uma suposta falta cometida por um membro do pessoal, ele não poderá chamar esse membro para o processo, mesmo que este seja o culpado pelo caso ou ocorrência do dano. Esse entendimento surge de uma disposição do CDC que proíbe possíveis co-réus de serem chamados para o processo, de modo que o paciente possa ser mais facilmente compensado, evitando uma discussão de culpa, como a responsabilidade do hospital é rigorosa.

É desnecessário dizer que é muito inadequado dispensar os pacientes que recusam o tratamento sem uma avaliação mais aprofundada dos problemas subjacentes. O extremo do paternalismo médico (os médicos que tratam assumem o papel de tomador exclusivo de decisão) ou a autonomia absoluta do paciente (em que os pacientes recebem poder absoluto na tomada de decisões) são ambos inapropriados. Um equilíbrio deve existir entre esses dois modelos para permitir a negociação e a tomada de decisões compartilhadas, particularmente quando o benefício do tratamento é menos claro. Mesmo nos países em desenvolvimento, onde os pacientes podem esperar um tipo de assistência médica mais paternalista, tem-se o dever de convencê-los a aceitar o plano de tratamento depois de considerar os melhores interesses dos pacientes.

No caso de recusa do tratamento, deve-se sempre tentar avaliar a capacidade do paciente em tomar tal decisão e descobrir as razões da recusa do tratamento. Não importa tanto a decisão deles, mas sim como a decisão é tomada. Só por isso pode-se ter certeza de uma melhor compreensão de por que eles se comportam de tal maneira e não assumem

que eles não confiam nos médicos ou no tratamento. Também precisa-se garantir que as informações corretas lhes sejam dadas sobre o que pode-se ser oferecido, numa linguagem que seja simples o suficiente para eles entenderem.

Deve-se contra checar o que eles entenderam, pois eles frequentemente interpretam mal o que é dito durante situações difíceis de tomada de decisão. A menos que se passe por esses processos, não se pode afirmar que o paciente exerce autonomia na tomada de decisões, porque o pré-requisito para isso é que eles devem estar bem informados sobre os benefícios e danos das opções de tratamento. Em suma, deve-se, sempre, agir no melhor interesse do paciente e manter as portas abertas para nossos pacientes, caso precisem desenvolver maiores cuidados.

Às vezes, é rápido julgar os pacientes como irracionais quando eles agem contra o plano de tratamento. Não se deve fazer essa suposição a menos que se tenha avaliado como eles chegaram a essa decisão e sua capacidade de tomar decisões acertadas. Fazer a suposição de que eles são competentes ou incompetentes na tomada de decisões não lhes trará justiça.

Se assumir que eles são competentes, está se arriscando aqueles que podem ser incompetentes e diminuir o papel social em fornecer proteção para eles. Tem-se a obrigação de proteger os pacientes de possíveis danos causados por não concordar com o tratamento. Por outro lado, se defini-los como incompetentes, está se agindo contra o melhor interesse dos pacientes que podem ser competentes na tomada de decisões. Uma maneira de descobrir se eles são competentes o suficiente na tomada de decisões é comunicando-se com eles e avaliando o processo de tomada de decisão. Precisa-se descobrir se eles compreendem plenamente os benefícios e malefícios do tratamento e como esses fatos se aplicam à sua situação. Eles são capazes de raciocinar logicamente levando em consideração suas vidas sociais e crenças culturais? Eles são capazes de expressar uma escolha e considerar os prós e contras de outras alternativas? Se os pacientes forem capazes de demonstrar um processo de tomada de decisão bom, lógico e racional, há boas razões para levar as opiniões dos pacientes a sério e reconsiderar as estratégias de tratamento

para equilibrar as necessidades dos pacientes com os objetivos de tratamento. Por outro lado, se o processo de tomada de decisão for ilógico, tem-se a responsabilidade de avaliar o risco envolvido se os desejos dos pacientes forem seguidos (PRETEL, 2018).

Pode-se querer ceder se o risco para a saúde for mínimo. No entanto, se o dano potencial é substancial, então precisa-se encontrar algum outro meio de persuadir os pacientes a seguir as sugestões de tratamento. Estes podem envolver dar aos pacientes algum tempo para assimilar as informações, aconselhamento ou até mesmo obter ajuda de alguém que os pacientes mais confiam. Essas tarefas não são fáceis, a menos que se tenha o interesse genuíno de agir em benefício do paciente.

No Brasil, a autonomia do paciente é dividida basicamente no estudo do paciente capaz de decidir moral e legalmente do paciente incapaz ou relativamente incapaz. O primeiro caso é governado como uma situação paradigmática no exercício da autonomia do indivíduo frente às pressões social, defendendo que o sujeito deve estar pleno no exercício de suas decisões. No segundo caso, a mesma regra, mas apenas aplicável quando não há risco de morte iminente, associada ao estado do paciente dependente ou incapaz. Nestas duas situações, diante do risco de morte, o médico seria autorizado a realizar todos aqueles procedimentos para salvar a vida do paciente, respeito pelo princípio da Beneficência. O argumento apresentado é que a vida é um direito legal superior, tomando a realização do ato médico como *prima facie* que é acima da autonomia do paciente. De uma leitura do princípio da autonomia, percebe a necessidade de um maior estudo vinculado especialmente ao consentimento ou rejeição de tratamentos com ênfase particular em menores danos ou outros pacientes considerados incapazes ou relativamente capazes. A autonomia surge como um direito derivado do princípio da dignidade adotado pela Constituição Brasileira do ano de 1988, que protege a liberdade humana tanto do ponto de vista físico e psicológico.

O paciente que não aceita o tratamento proposto baseia-se no direito de livre arbítrio e nos princípios da dignidade e liberdade de consciência religiosa, pois de acordo com os artigos 15 do CC e 5º da CF,

tem este o direito de recusar determinado tratamento médico que lhe sane enfermidade ou até lhe salve a vida.

Logo, não haveria como falar em dignidade quando os valores morais e religiosos de uma pessoa são desrespeitados e assim não há dignidade se uma pessoa não tiver a liberdade de cultivar os valores que julgar importantes, como a dignidade e a liberdade religiosa.

Hélio Antônio Magno (2015, p.90), entende que em todo e qualquer caso o médico deverá respeitar a autonomia do paciente, tendo este o direito de recusar ou aceitar qualquer tratamento médico. Por outro prisma, Carlos Alberto Bittar (2016, p.78), salienta que se o ato médico não necessita de urgência, nenhum profissional poderá coagir o paciente a receber qualquer tipo de intervenção, sob pena de responsabilidade civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pacientes que vão contra o aconselhamento médico não devem ser vistos como pacientes não cooperativos. Os profissionais de saúde devem se esforçar para entender os problemas subjacentes que levam à recusa do tratamento. As causas incluem problemas com a tomada de decisão (incapacidade de tomar decisões racionais) e razões genuínas para aceitar o conselho médico. Muitos conflitos podem ser evitados se esses fatores subjacentes forem explorados. Uma tentativa concertada de procurar um terreno comum é mais provável de resultar em um compromisso aceitável entre o médico e o paciente.

A recusa do paciente de submeter-se a qualquer tipo de procedimento médico, independentemente da iminência de risco de vida, encontra guarida nos princípios da liberdade religiosa, da autonomia da vontade e autodeterminação, na dignidade humana e até mesmo no princípio da legalidade. Esta recusa deve ser respeitada de forma absoluta, se ausente a iminência de perigo de vida para o paciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, J.C.; FERRER, J.J. **Para fundamentar a bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

BITTAR, C.A. **Os direitos de personalidade**. 7ª. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

CORRÊA, A.E. **Consentimento livre e esclarecido: O corpo objeto das relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DINIZ, M.H. **O estado atual do biodireito**. 12ª edição, ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2012.

FABRIZ, D.C. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2013.

FRANÇA, G.V. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S/A, 2010.

FRANÇA, G.V. **Direito Médico**. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAGNO, H.A. **A responsabilidade civil do médico diante da autonomia do paciente**. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva, 2015.

NASCIMENTO, M.L. **O direito de recusa a tratamento médico**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

PRETEL, M. **Da responsabilidade civil do médico: a culpa e o dever de informação**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/artigos/da-responsabilidade-civil-do-medico>. Acesso em março de 2018.

PETROF, D. **A responsabilidade civil do médico na recusa do tratamento pelo paciente.** Disponível em: <https://www.dm.com.br/opiniaio/2015/06/a-responsabilidade-civil-do-medico-na-recusa-do-tratamento-pelo-paciente.html>. Acesso em março de 2018.

TEIXEIRA, A.C.B. **Saúde, corpo e autonomia privada.** Rio de Janeiro: Renovar: 2010.

TEPEDINO, G. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea.** In: _____. Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PRERROGATIVA DE FORO POR EXERCÍCIO DA FUNÇÃO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO INSTITUTO E A SUA APLICABILIDADE TERATOLÓGICA ATUALMENTE NO BRASIL

EUDER DOS SANTOS NASCIMENTO:

Pós graduado em Políticas e Gestão de Segurança Pública; Pós-graduando em ciências criminais.

RESUMO : O trabalho apresentado a seguir trata-se de uma análise da finalidade do instituto jurídico da prerrogativa de foro por exercício da função, perpassando necessariamente pelo estudo da sua origem e evolução no ordenamento jurídico brasileiro, buscando entender a sua aplicabilidade hodiernamente teratológica ou desvirtuada do objetivo originário do legislador, servindo como uma verdadeira proteção processual penal a criminosos que ocupam importantes cargos na administração pública brasileira, com significativo impacto no fenômeno da corrupção.

Palavras-chave: Prerrogativa de foro por exercício da função; origem; finalidade; processo penal; aplicabilidade teratológica; corrupção.

1. INTRODUÇÃO

O tema abordado tem relevância sublime no atual contexto político, social, econômico e jurídico vivido pela sociedade brasileira. Não raro, a população tem acompanhado nos principais noticiários, telejornais, mídia escrita, falada, bem como nas redes sociais, inúmeras denúncias de corrupção envolvendo ocupantes de cargos importantes da administração pública, seja no poder executivo, legislativo ou judiciário.

No entanto, apesar da efetiva e elogiosa atuação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal nos últimos anos a sensação de impunidade para os chamados “crimes de colarinho branco” ocorridos no Brasil não foi superada. As estatísticas mostram um diminuto número de processos definitivamente sentenciados com trânsito em julgado, principalmente aqueles de competência originária dos tribunais superiores, em face do famigerado foro privilegiado, que por força de dispositivos constitucionais abordados mais à frente deslocam a competência dos juízes de 1ª instância

para órgãos judiciais colegiados em razão da importância da função exercida pela autoridade pública denunciada.

Será mesmo que a prerrogativa de foro por exercício da função atende a finalidade originária de proteção aos órgãos do Estado, suas funções e instituições, ou, se está diante de instituto jurídico ultrapassado pela atual conjuntura corruptiva enraizada na política nacional, servindo tão somente como uma cápsula processual penal que impede a aplicação da lei penal às autoridades por ele tuteladas?

Nesse sentido, o presente trabalho tem por escopo geral entender as conseqüências do foro privilegiado no repudiável fenômeno da corrupção brasileira, e, por objetivos específicos, analisar desde a sua origem no direito pátrio até a sua perpetuação nos dias atuais, a aplicabilidade do instituto no cenário internacional e compreender em termos práticos e estatísticos o que ocorre para que a imensa maioria das autoridades sob o manto do malogrado foro não tenham suas sentenças transitadas em julgado em tempo hábil, inviabilizando a execução da pena com a conseqüente manifestação do sentimento de injustiça no povo brasileiro.

Para atingir tais fins, os métodos de investigação histórico-bibliográfica das constituições brasileiras e legislações infraconstitucionais relacionadas ao foro privilegiado, juntamente com a hermenêutica sistemática dessas legislações em face do momento político e social em que foram editadas ou revogadas, somar-se-ão a análise de dados estatísticos fidedignos para que se obtenha resultados realísticos ao término do presente artigo.

Dessa forma, a sobremaneira com que a corrupção afeta a sociedade brasileira, impactando no desenvolvimento econômico do país, na distribuição mais igualitária da renda, nos investimentos palpáveis na educação, saúde e segurança pública, justificam a relevância do tema abordado como mecanismo de combate à impunidade através da eficácia da persecução criminal nos crimes praticados por autoridades públicas.

2. DESENVOLVIMENTO

Interessante buscar na etimologia o sentido dado ao foro privilegiado como ponto de partida para reflexões do ponto de vista crítico-constructivo, acerca do que realmente representa desde os seus primórdios existenciais. Conforme entendimento de Souza (2014, p.20), “privilégio” provém da junção em latim do adjetivo privus, que significa esfera da vida privada, com legis, originário de lex, que significa lei, importando numa lei privada que torna alguém privilegiado ou alijado da aplicação regular da lei, comum aos demais cidadãos.

Todavia, em face desse significado segregador, que estabelece como parâmetro uma condição meramente pessoal, é que a doutrina brasileira estabelece duras críticas à nomenclatura “foro privilegiado”, se utilizando de terminologia mais adequada ao que se pretende abstrair teleologicamente do instituto, qual seja - a prerrogativa de foro por exercício da função, trazendo para o instituto um objeto funcional, o exercício de uma função pública que em razão da sua importância para o Estado Democrático de Direito deve ser protegida processualmente de julgamentos eivados de vícios ou interferências políticas no juízo de 1ª instância, conforme assevera Lenza (2014).

No período imperial, sob a égide da Constituição de 1824, o instituto do foro privilegiado aparecia pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com relativa repulsa, vide o seu art. 179, XVII: “À exceção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem comissões especiaes nas causas cíveis, ou crimes”. No entanto, contemplava exceções, em seu art. 47, que dispunha ser atribuição exclusiva do Senado imperial “conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura”, bem como “conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado”, assim como o artigo 99 estabelecia ainda um privilégio absoluto para o Imperador, cuja pessoa era “inviolável e sagrada”, não estando sujeito a responsabilidade alguma.

A Constituição republicana de 1891 ratificou a relativa vedação até então existente, em seu artigo 72, § 23: “À exceção das causas, que, por sua natureza, pertencem a juízos especiais, não haverá foro privilegiado”. Entretanto, também comportava exceção no seu art. 53, que dizia “o Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado”.

Já na Constituição de 1934 em seu artigo 113, n.º 25, além da relativa vedação ao foro privilegiado incluiu-se também a proibição expressa aos tribunais de exceção: “Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em função de natureza das causas”. Não obstante, além de comportar exceções, nota-se a partir daí um alargamento significativo da previsão de autoridades públicas tuteladas, conforme se observa em seu art. 58 que “o Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial”. A Corte Suprema, que substituiu o Supremo Tribunal Federal durante a breve vigência da Carta de 1934, competia “processar e julgar originariamente o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado”, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e, finalmente, “os Juízes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade” (art. 76, I, a, b e c).

A Constituição ditatorial de 1937, dispôs que o Presidente da República seria submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, nos casos de crime de responsabilidade, (art. 86). Os Ministros de Estado, “nos crimes comuns e de responsabilidade”, seriam “processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal”, exceto nos crimes conexos com os do Presidente da República (art. 88, § 2º). Já os Ministros do

Supremo Tribunal Federal seriam processados e julgados pelo Conselho Federal, nos crimes de responsabilidade (art. 100). Ao próprio STF, competia processar e julgar originariamente seus próprios Ministros, bem como os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade”, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a competência do Conselho Federal (art. 101, I, a e b).

Na Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 26, expressamente dizia que “não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção”. Mas, o que se via era um rol cada vez mais extenso de autoridades públicas beneficiadas, pois deu ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os daquele, bem como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade (art. 62, I e II). Nos crimes comuns, o Presidente da República seria submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (art. 88). Quanto ao Supremo Tribunal Federal, competia-lhe processar e julgar originariamente o Presidente da República nos crimes comuns, bem como os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns; os Ministros de Estado, os juízes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, a os crimes conexos com os do Presidente da República (art. 101, I, a, b e c). No âmbito estadual, competia privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os Juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratasse de crimes eleitorais (art. 124, IX).

O art. 153, § 15, da Constituição de 1967, inalterado pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, manteve a proibição, nos seguintes termos:

“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”. E mais uma vez, se observava inúmeras exceções, competindo privativamente ao Senado Federal julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, em havendo conexão, bem como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade (art. 44, I e II). Nos casos de crimes comuns, ao Supremo Tribunal Federal, competia processar e julgar originariamente: nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, os Juizes Federais, os Juizes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente (art. 114, I, a e b). No âmbito estadual, competia privativamente aos Tribunais de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais (art. 136, § 3º).

Assim, observado o ciclo histórico que precede a CF/88, nada se compara a quantidade de autoridades protegidas pela prerrogativa de foro por exercício da função durante a vigência da atual da Carta Magna, pois passaram a ter foro especial por prerrogativa de função o Presidente e o Vice-Presidente da República; os membros do Congresso Nacional; os Ministros do Supremo Tribunal Federal; o Procurador-Geral da República; os Ministros de Estado; os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; as autoridades ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em caso de habeas corpus; os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito

Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios; as autoridades federais da administração direta ou indireta, em caso de mandado de injunção; os juízes federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho; os membros do Ministério Público da União; os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público estadual; os Prefeitos; os oficiais gerais das três Armas (Lei 8.719, de 1993, art. 6º, I); e os juízes eleitorais, nos crimes eleitorais (Código eleitoral, art. 29, I, d).

Destarte, um número significativo de autoridades públicas tiveram constitucionalmente positivado o direito de serem processados e julgados pelo cometimento de crimes comuns e de responsabilidade no exercício do cargo perante cortes especiais e de Justiça do poder Judiciário, distintas do juízo de 1ª instância destinados aos demais cidadãos.

Há que se ressaltar as significativas transformações sofridas pela CF/88 ao longo dos anos, mitigando algumas benesses utilizadas desarrazoadamente em favor de diversos parlamentares. Cite-se a EC 35/2001, na qual se estabeleceu que não há mais necessidade de prévio pedido de licença à Casa Legislativa para se processar parlamentar federal no STF, podendo, no máximo, a Casa Legislativa, por iniciativa de partido político, nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, sustar o andamento da ação penal de crime ocorrido após a diplomação, conforme assevera Lenza (2014).

Não existe mais imunidade processual em relação a crimes cometidos antes da diplomação, não havendo mais necessidade do STF comunicar à respectiva Casa Legislativa acerca da instauração de ação penal de crime praticado em tempo pretérito a diplomação do parlamentar, Lenza (2014).

Outro grande passo no sentido de mitigar os excessos de benesses no rito processual penal foi o cancelamento da súmula n.º 394 do STF, em 25/08/1999, que estendia a prerrogativa do foro após findado o mandato do parlamentar, permanecendo o processo sob a competência do STF,

ainda que o parlamentar federal estivesse concluído o seu mandato político em razão do decurso do tempo. Não obstante, foi publicada a Lei infraconstitucional 10.628/02, que deu nova redação aos §1º e 2º§ do art. 84 do CPP, restabelecendo o enunciado da malograda súmula n.º 394/STF, desta vez, criando ainda, uma nova possibilidade de prerrogativa de foro, que abrangia as ações de improbidade administrativa, hipótese não prevista no texto constitucional, que jamais poderia ter seu rol ampliado por uma norma de menor estatura jurídico-hierárquica, culminando na declaração da inconstitucionalidade da norma pelo STF em 15.09.2005, após o julgamento das ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADI 2.797) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI 2.860), conforme afirma Nucci (2016).

Tais fatos que acompanham negativamente a história da política brasileira renderam duras críticas do Ministro Luís Barroso, que repudia a maléfica existência da prerrogativa de foro por exercício da sua função, elencando fatores de ordem filosófica, estruturais do Poder Judiciário e razões também de justiça, as quais não permitem que o instituto atinja a sua finalidade conceitual originária de proteção às instituições, cargos e funções, servindo na prática de proteção a criminosos que vestem o manto da prerrogativa de foro, *in verbis*:

Razões filosóficas: trata-se de uma reminiscência aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável; **Razões estruturais:** Cortes constitucionais, como o STF, não foram concebidas para funcionarem como juízos criminais de 1º grau, nem têm estrutura para isso. O julgamento da AP 470 ocupou o tribunal por um ano e meio, em 69 sessões; **Razões de justiça:** o foro por prerrogativa é causa frequente de impunidade, porque é demorado e permite a manipulação da jurisdição do Tribunal. (BARROSO, 2016).

O Ministro elenca ainda dados estatísticos extremamente relevantes para a compreensão dos prejuízos advindos do foro privilegiado quando se trata de celeridade processual e prestação da tutela jurisdicional definitiva pelo Estado, *in verbis*:

(i) tramitam no STF, atualmente, 369 inquéritos e 102 ações penais contra parlamentares; (ii) o prazo médio para recebimento de uma denúncia pelo STF é de 617 dias (um juiz de 1º grau recebe, como regra, em menos de uma semana, porque o procedimento é muito mais simples); e (iii) desde que o STF começou a julgar efetivamente ações penais (a partir da EC 35/2001, que deixou de condicionar ações contra parlamentares à autorização da casa legislativa), já ocorreram 59 casos de prescrição, entre inquéritos e ações penais."

(BARROSO, 2016).

São estarrecedores os dados estatísticos demonstrados, ratificando a ausência de estrutura operacional apuratória do Supremo Tribunal Federal, que não foi criado com a finalidade de instruir processos criminais, demandando excessiva dificuldade de produção e condução da prova no processo penal, uma vez que os ministros não estão afinizados a esse tipo de atividade, própria do juiz singular na 1ª instância, somadas ao acúmulo de outras demandas do respectivo Tribunal, bem como pela dificuldade logística de realizar intimações no município ou local do fato delituoso, que se encontra na quase totalidade das vezes afastado da capital brasiliense, sede de funcionamento do STF, culminando não raro na prescrição do fato criminoso.

Observa-se que no mundo não existe um sistema processual penal que estabeleça a prerrogativa de foro por exercício da função de forma tão ampla e indiscriminada, cobrindo sob o seu manto tantas autoridades públicas como no Brasil.

No continente europeu, a Constituição de 1974 de Portugal não prevê ação penal originária nos Tribunais, apenas prevê que os Deputados só podem ser processados com autorização da Assembléia (art. 160º, inc. 3). Na Espanha, a Constituição de 1978, ao tratar do Poder Judicial (arts. 117º a 127º), não prevê a existência de foro privilegiado. Na Constituição Suíça de 2006, inexistente menção explícita a foro privilegiado. A Holanda, na sua Constituição de 1983, também não prevê a existência de foro privilegiado. A Constituição da Itália, de 1947, prevê caber à Corte Constitucional o poder de julgar o Presidente da República pelos crimes praticados (art. 135), (FREITAS, 2007).

Na América do Sul, a Constituição Argentina de 1994 adota-o, porém de forma restrita, limitando-se a dar à Câmara dos Deputados o direito de acusar perante o Senado, o Presidente, o Vice-Presidente, o chefe de gabinete de Ministros, os Ministros e os membros da Corte Suprema, por (arts. 53 e 59). (MAEDA, 2013).

Ainda segundo Maeda (2013), os Estados Unidos não adotam o sistema do foro privilegiado. Isto significa que naquele país a autoridade que se envolva em atos criminosos será processada e julgada no Juízo de primeira instância. (MAEDA, 2013).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se observou, na história constitucional do Brasil, desde o regime Monárquico até os dias atuais, apesar de muitas Constituições fazerem vedação expressa ao instituto do foro privilegiado, as exceções comportadas foram aumentadas significativamente a partir da Constituição de 1934, quando nota-se um alargamento cada vez maior do rol de autoridades tuteladas, culminando num ápice sem precedentes na vigência da CF/88.

Foi também analisado a finalidade conceitual originária do instituto, que visou proteger cargos de relevante importância na administração pública, objetivando lhes proporcionar segurança jurídica e um julgamento justo, sem interferências políticas em juízos de 1ª instância. Todavia, ficou demonstrada a sua aplicabilidade teratológica ou viciada

hodiernamente, frustrando quase sempre a persecução penal às autoridades tuteladas, inchando os tribunais superiores de processos e não raro sendo as ações penais fulminadas pela prescrição penal.

Comprovou-se estatisticamente a morosidade do STF para receber uma denúncia, cerca de 617 dias, enquanto que no juízo de 1º grau leva menos que 7 dias, sendo apontado como causas a falta de estrutura dos tribunais para instruir processos, a dificuldade logística para realizar diligências nos municípios mais longínquos do país e a falta de expertise dos ministros para formar e conduzir a prova processual, já que estão afeitos ordinariamente ao julgamento de recursos.

Foi analisado também o contexto político-jurídico no cenário internacional, chegando-se a conclusão que não há no mundo país com tantas autoridades públicas protegidas pela prerrogativa de foro por exercício da função, havendo uma explícita discrepância em relação às outras nações, tão quanto à ausência de critérios mais técnicos e rigorosos para o ofertamento do instituto.

Nesse sentido, o país precisa repensar conceitual, filosófica e historicamente a que se propunha teleologicamente o instituto quando da sua criação, estabelecer medidas objetivas de restrição da prerrogativa de foro por exercício da função, protegendo os cargos públicos mais essenciais, pois tais medidas certamente irão “desinchar” os tribunais responsáveis pelo processo e julgamento dessas ações penais. Não obstante, deve ser dada solução mais imediatista aos processos em curso, seja através de alteração da lei, promovendo o deslocamento da competência de boa parte desses processos para o 1º grau ou de reformas estruturais nos tribunais, com varas especializadas que promovam celeridade no trânsito em julgado dessas ações, punindo os agentes públicos criminosos, promovendo a justiça e conseqüentemente combatendo a impunidade que tanto impulsiona a corrupção no país.

REFERÊNCIAS:

BRASIL .Constituição de 1824. Disponível em: Acesso em: dez 2017;

_____. Constituição de 1891.Disponível em: Acesso em: dez 2017.

_____. Constituição de 1934. Disponível em: Acesso em: dez 2017.

_____. Constituição de 1937. Disponível em: Acesso em: dez 2017.

_____. Constituição de 1946. Disponível em: Acesso em: dez 2017.

_____.Constituição de 1967. Disponível em: Acesso em: dez 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes. In: Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: . Acesso em: dez 2017.

FILHO, Newton Tavares. Foro Privilegiado: Pontos Positivos e Negativos. In: Portal da Câmara, 2016. Disponível em : . Acesso em: dez 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. Foro Privilegiado: A ineficiência do Sistema. In: Ibrajus, 2013. Disponível em: . Acesso em: dez 2017.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado.18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

MAEDA, Isabela Botelho. Foro por Prerrogativa de Função no Âmbito Internacional. In: Ibrajus, 2013. Disponível em: . Acesso em: dez 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

SOUZA, Lúcio Ney de . O Foro Privilegiado. Mossoró: Queima Bucha, 2014.

O COMÉRCIO ELETRÔNICO E O AMPARO DO CONSUMIDOR NO DIREITO BRASILEIRO

LAÍS DURAN GOMES:
Bacharelada do curso de Direito
pela Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(Orientador)

RESUMO: O comércio eletrônico, derivado do termo em inglês *e-commerce*, consiste em uma atividade de compra ou venda de produtos e serviços feitos pelo intermédio da internet. Portanto, o mesmo baseia-se em tecnologias como comércio móvel, transferência eletrônica de fundos e sistemas automatizados de coleta de dados. Trata-se de uma ferramenta muito utilizada em tempos atuais, fazendo parte do cotidiano dos brasileiros. Entretanto, em tal comércio há existência de lacunas inerentes ao direito do consumidor, dificultando, assim, as relações entre comprador e vendedor. A partir desse entendimento, o presente trabalho visa discorrer sobre o conceito do *e-commerce*, sobre o contrato eletrônico, os direitos do consumidor, a proteção deste dentro do comércio eletrônico, a responsabilidade do provedor de acesso à internet, bem como, sobre a oferta e publicidade dos produtos online, da garantia legal, do direito de arrependimento, do descumprimento de prazos, entre outras proibições. Partindo do princípio de que toda e qualquer prática de consumo deve ser realizada de acordo com as regras e leis vigentes, ou seja, obedecendo ao Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de diminuir a desigualdade entre consumidor e fornecedor.

Palavras-Chave: Direito do consumidor, *E-commerce*, Relações de consumo.

ABSTRACT : The electronic commerce, derived from the English term *E-commerce*, is an activity of buying or selling products and services made by means of automated systems of data collection. The same is a part of the daily life of Brazilians. Still around the same, there are gaps inherent to in consumer law in consumer relations. In order to get more information on the concept of *e-commerce*, on electronic contract, consumer rights, protection of *e-commerce*, the responsibility of the internet provider, as

well disseminate products online, legal guarantee, right of repentance, non-compliance with deadlines and other prohibitions. Based on the Principle that any practice of consumption must be carried out in accordance with current rules and laws, ie obeying the consumer's defense code, in order to reduce the difference between the consumer and the supplier.

KEYWORDS: Consumer law, *E-commerce*, Consumer relations.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REVISÃO DE LITERATURA. 3. CONTRATO ELETRÔNICO. 4. E-COMMERCE (COMÉRCIO ELETRÔNICO). 5. DIREITOS DO CONSUMIDOR. 6. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO. 7. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET. 8. DA OFERTA, PUBLICIDADE E OS SEUS DIREITOS. 9. DA GARANTIA LEGAL. 10. DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO. 11. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO. 12. OUTRAS PROIBIÇÕES. 13. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Em termos históricos, é sabido que o comércio é a troca de bens e serviços remunerados entre pessoas, cujo efeito desta troca é a geração de riquezas, com uma forma mais evoluída deste conceito, tem-se atualmente o *e-commerce*, ou em português, comércio eletrônico.

O comércio eletrônico ou *e-commerce* refere-se a uma ampla gama de atividades de negócios *on-line* para produtos e serviços. Trata-se também, de qualquer forma de transação comercial na qual as partes interagem eletronicamente, e não por trocas físicas ou contato físico direto.

O comércio eletrônico é geralmente associado à compra e venda pela Internet ou à realização de qualquer transação, envolvendo a transferência de propriedade ou direitos de uso de bens ou serviços, por intermédio de uma rede mediada por computador. Embora popular essa definição não é suficientemente abrangente para capturar desenvolvimentos recentes nesse novo e revolucionário fenômeno comercial. Uma definição mais completa do *E-commerce* é o uso de comunicações eletrônicas e tecnologia de processamento de informações digitais em transações de negócios para

criar, transformar e redefinir relacionamentos para criação de valor entre organizações e indivíduos.

Os benefícios do *e-commerce* incluem disponibilidade ininterrupta, velocidade de acesso, ampla disponibilidade de bens e serviços para o consumidor, fácil acesso e alcance internacional. Suas desvantagens percebidas incluem atendimento ao cliente, às vezes limitado, no qual os consumidores não são capazes de ver ou tocar em um produto antes da compra, e por vezes, o tempo de espera necessário para o envio do produto é violado, outra desvantagem é referente ao descumprimento de normas relativas a este tipo de comércio.

De acordo com Rodrigues et al., (2018), o comércio eletrônico sofreu alterações no decorrer do tempo, visto que passou por uma fase obscura, no qual os direitos dos consumidores eram renegados ou então simplesmente desconsiderados. Atualmente, a legislação brasileira não possui um código ou uma lei específica que tipifique de forma direta as relações consumistas advindas do *e-commerce*, sendo utilizado o próprio Código de Defesa do Consumidor para atender tal necessidade, bem como o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013.

2. REVISÃO DE LITERATURA

A "Internet" que havia surgido com um escopo, em seus primórdios, no decorrer dos anos mudou-se para uma outra finalidade. E através da contribuição de diversos pesquisadores, ela foi ficando mais fácil e atraente de usar e interligando-se diversos países. Neste contexto, ela deixou de ser um comunicador somente entre certos grupos, para popularizar-se entre a população. E nisto, as empresas viram um novo mercado, o comércio eletrônico. E com o comércio eletrônico surgiu uma nova forma de contratação, a contratação eletrônica (SANTE, 2018).

Diante disso, começaram a surgir os primeiros problemas, em vários países não havia uma legislação regendo sobre o comércio eletrônico. No Brasil ainda não há. Então, desta forma, se faz necessária a criação de uma legislação que cubra lacunas inerentes ao comércio virtual. O mundo da tecnologia e da informática avança de forma célere e o que hoje é moderno, atual, amanhã pode ser desatualizado, ou pior, cair em desuso.

Por isso, a legislação não poderá ser rígida ao ponto de engessar o uso de determinadas tecnologias (LOENERT e XAVIER, 2018).

Um outro ponto, e este aplicável no Brasil, versa sobre a maneira como deve realizar a aplicação das leis atuais para os problemas jurídicos enfrentados pelo judiciário, tendo em vista, a não existência de regulamentação nos contratos eletrônicos e no pelo comércio eletrônico (SANTE, 2015).

3. CONTRATO ELETRÔNICO

Com o intuito de entender o conceito de contrato eletrônico e a proteção do consumidor em relação a estes, é fundamental inicialmente entender quais são as definições de contrato em sentido amplo e contrato de adesão de consumo. Sendo assim, em um sentido amplo, pode-se afirmar que se trata de um acordo de vontades destinado a produzir efeitos, ou seja, criar, modificar ou extinguir um direito (MIRANDA, 2018). Já o contrato de adesão, consiste em um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, no qual apenas uma das partes, decide, previamente, quais as cláusulas serão efetivamente inseridas no contrato, de modo que, a outra parte, apenas adere ou não, o que foi estipulado, ficando esta impedida de modificar substancialmente as condições do contrato (GAGIOLLI, 2014).

Segundo Orlando Gomes (2008, 0.13),

Contrato é negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam os contratos eletrônicos são incluídos na categoria de contratos atípicos e de forma livre não obstante o seu conteúdo pode estar disciplinado em lei como, por exemplo, a compra e venda ou a locação.

Tal conceito também é vislumbrado nos contratos eletrônicos, cabe então ressaltar a diferenciação entre o contrato comum do contrato eletrônico, uma vez que o eletrônico é celebrado à distância, fora do estabelecimento comercial, sendo essa característica extrema

importância para a nossa legislação civil. Em tempos atuais, os contratos eletrônicos aumentam de forma exacerbada, são inúmeros contratos eletrônicos por dia, isso porque a venda ocorre de forma direta para o consumidor. Diante de tal expansão, é de suma importância normas que regulamentem tal contrato, no entanto, no Brasil não existe norma específica, mas sim, uma vinculação destes ao direito do consumidor, gerando por tanto obrigações e deveres de todas as espécies (PAIM, 2018).

De acordo com Santolim (2014, p.22)

Admitindo-se que o emprego da alocação “eletrônico” não fique limitado aos “computadores” (stricto sensu), mas indica qualquer das tecnologias da informação (como ocorre na televisão interativa, por exemplo), há pelo menos três situações distintas, às quais se pode aplicar a definição de “comércio eletrônico”, da mais ampla à mais restrita: a) englobando todas as relações jurídicas realizadas com os meios eletrônicos; b) limitada às relações de conteúdo negocial (“tráfego econômico de bens e serviços”), ainda que não como decorrência de atividade organizada para este fim (relações jurídicas interindividuais, ou “civis”); c) reduzida às relações comerciais/empresariais e de consumo, cada qual com campos de incidência próprios, e não excludentes, o que significa ser possível que uma relação jurídica seja, simultaneamente, comercial/empresarial e de consumo.

Os contratos eletrônicos podem ser classificados em intersistêmicos, interpessoais e interativos. Os Contratos Eletrônicos Intersistêmicos são utilizados entre empresas, para as reações comerciais de atacado, estes são realizados em redes fechadas, sendo feitas por meio de aplicativos que possuem uma programação prévia, destacando nesta espécie de contrato a utilização do *Electronic Data Interchange* (EDI), este por sua vez permite a comunicação entre os diferentes equipamentos de computação das

empresas, através de protocolos, pelos quais são processadas e enviadas as informações. Neste caso, há uma vontade informática derivada da despersonalização dos consentimentos contratuais, uma vez que, as decisões são tomadas pelas máquinas e não pelos contratantes (SETTE, 2013).

Nos Contratos Eletrônicos Interpessoais a comunicação se dá por via computacional, que é utilizada em todas as partes, desde o oferecimento, aceitação e instrumentalização do acordo, os meios utilizados para este contrato, são por e-mail, videoconferência ou salas de conversação. Devido às facilidades da internet os mesmos podem ser feitos de forma simultânea, quando celebrados em tempo real, ficando favorecida a interação imediata das vontades das partes. Os não simultâneos se dão na hipótese de manifestação de vontade de uma das partes e a aceitação pelo outro, decorrer de espaço mais ou menos longo de tempo. A esta última categoria pertence os contratos por correio eletrônico equiparados aos contratos entre ausentes, já que mesmo estando as partes se utilizando de seus computadores, concomitantemente, faz-se necessária nova operação para se ter acesso à mensagem recebida (MIRANDA, 2018).

Por fim, têm-se os Contratos Eletrônicos Interativos, neste o contato entre as partes é celebrado mediante interação da pessoa com um aplicativo previamente programado, estes são os contratos firmados usando sites ou lojas virtuais. Os anúncios são expostos pela internet, transformando-se em ofertas por parte do fornecedor, ao aceitar esta oferta o consumidor aceita todas as cláusulas vinculadas a elas, portanto, há uma unilateralidade nesses casos, sendo assim, verifica-se contrato de adesão, devendo aplicar-se as normas consumeristas no que diz respeito à contratação à distância (ELIAS, 2014).

O meio de instrumentalização eletrônico celebra contratos em rede aberta e contratos em rede fechada, de acordo com o ambiente digital. Na rede aberta a comunicação se faz pela internet, e na rede fechada pela intranet, às quais só tem acesso aqueles que dispõem de habitação prévia específica. No que tange à maneira de operacionalização do contrato, pode ser off-line ou online. Quando acontece no modo off-line a aceitação não acontece no ambiente virtual, sendo feito por escrito ou outro meio de

informação que não utilize o computador, ou pode ser aperfeiçoado no ambiente virtual, mas não simultaneamente em tempo real (ALBERTIN, 2015).

Assim como os contratos típicos, os contratos eletrônicos também pressupõem requisitos considerados essenciais para sua existência, sendo eles: a) sujeito capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e c) forma da exteriorização da vontade livre. Além desses requisitos, os contratos também devem ser regidos pelos princípios legais, entre eles o Princípio da autonomia da vontade, que nada mais é do que a liberdade das partes para celebrar o contrato, baseia-se na vontade de contratar ou não contratar, escolher a outra parte contratante e também em fixar o conteúdo (autonomia privada) (LAWAND, 2013).

Entre os princípios tem-se ainda, o Princípio da força obrigatória dos contratos, também denominado como Obrigatoriedade da Convenção e *pact sunt servanda*. Tal princípio assegura que nenhuma cláusula pode ser alterada de forma unilateral por qualquer uma das partes. Outro princípio de relevante importância encontrado nos contratos eletrônicos é o princípio da relatividade dos contratos ou dos efeitos do negócio jurídico contratual, não vinculando prejuízos ou benefícios a terceiros. Além do Princípio da boa-fé, este por sua vez é vinculado à interpretação dos contratos. Maria Helena Diniz (2008, p. 22), define este princípio “na forma como que as partes devem agir no decorrer do contrato, isto é, com lealdade, honestidade, honradez e probidade”.

Há que se falar também no Princípio do Consensualismo. Diniz (2008, p. 22), destaca este princípio inerente aos contratos, pois eles, via de regra, não precisam de qualquer forma especial visto que somente alguns que precisam ser solenes para serem válidos.

Tem-se também, o Princípio da Equivalência Funcional dos Contratos realizados em meios eletrônicos, que devem igualar-se aos contratos realizados por meios tradicionais. Não se deve negar a validade a um contrato pelo simples fato de ter sido realizado em ambiente virtual. Essa equiparação visa adotar os documentos eletrônicos da mesma validade das mensagens escritas, verbais ou tácitas. Dispõe o art. 3º do

Projeto de Lei 1589/99 da OAB/SP que “o simples fato de ser realizada por meio eletrônico não sujeitará a oferta de bens, serviços e informações a qualquer tipo de autorização prévia”. O que se pretende, em suma, com a adoção do Princípio da Equivalência Funcional é a garantia de que, aos contratos realizados em meio eletrônico, serão reconhecidos os mesmos efeitos jurídicos e conferidos aos contratos realizados por escrito ou verbalmente (MIRANDA, 2018).

O Princípio da Neutralidade e da Perenidade das normas reguladoras do ambiente digital trata-se de um princípio autoexplicativo, pois nele fica claro que as normas devem ser neutras para que não se constituam impedimentos ao desenvolvimento de novas tecnologias, e perenes no sentido de se manterem atualizadas, sem necessidade de serem modificadas a todo instante. O Princípio da Conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos trata dos elementos essenciais do negócio jurídico, que são o consentimento e objeto, bem como suas manifestações e defeitos, além da sua própria tipologia contratual preexistente, não sofrem alteração significativa quando o vínculo jurídico é estabelecido na esfera do comércio eletrônico (MIRANDA, 2018).

Como negócio jurídico que é, o contrato deve satisfazer certas condições que digam respeito ao seu objeto, à sua forma e às suas partes. Sendo estas as condições de validade dos contratos em geral, também são as condições de validade de um contrato por meio eletrônico.

4. *E-COMMERCE* (COMÉRCIO ELETRÔNICO)

Os primórdios do *e-commerce* remontam à década de 1960, quando as empresas começaram a usar o *Electronic Data Interchange* (EDI) para compartilhar documentos comerciais com outras empresas. Em 1979, o *American National Standards Institute* desenvolveu o ASC X12 como um padrão universal para as empresas compartilharem documentos por meio de redes eletrônicas. Depois que o número de usuários individuais que compartilhavam documentos eletrônicos uns com os outros cresceu nos anos 80 e 90, a ascensão do eBay e da Amazon revolucionou a indústria de comércio eletrônico. Os consumidores agora podem comprar

quantidades infinitas de itens *on-line*, tanto de lojas físicas, bem como pelos recursos de *e-commerce* e um do outro (SETTE, 2013).

A ascensão do comércio eletrônico força as equipes de tecnologia da informática (TI) a irem além do projeto e manutenção de infraestrutura e a considerar vários aspectos voltados para o cliente, como privacidade e segurança dos dados do consumidor. Ao desenvolver sistemas e aplicativos de TI para acomodar atividades de *e-commerce*, devem ser considerados os mandatos de conformidade normativa relacionados à governança de dados, as regras de privacidade de informações pessoalmente identificáveis e os protocolos de proteção de informações.

A internet possui a função de diminuir a distância nas relações, sejam elas pessoal, profissional ou consumerista.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 32), o comércio eletrônico pode se conceituar como:

A venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizadas em estabelecimento virtual. A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores (comércio internáutico) ou fora dela.

Por fora dela entende-se como as redes fechadas de computadores que são conhecidas como Extranets, e elas também podem conectar a "Internet" (LEAL, 2016, p. 12).

5. DIREITOS DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor é um grupo de leis e organizações criadas para garantir os direitos dos consumidores, bem como, comércio justo, concorrência e informações precisas. As leis de defesa do consumidor são uma forma de regulamentação governamental, que visam proteger os direitos dos consumidores em meio ao consumo excessivo de produtos e serviços.

Este consumo tende a se expandir no dia a dia, devido às facilidades oferecidas pela internet. Portanto, tanto para modos de compra convencionais, como pela realizada pela internet, deve-se haver regulamentação que assegure direito aos consumidores, no caso do Brasil, tais direitos são previstos no Código de Defesa do Consumidor (CDC), na nossa Carta Magna e atualmente pelo Decreto de Lei n. 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor especificamente para o comércio eletrônico.

Na Constituição Federal, encontra-se a proteção ao vislumbrar o art. 5º, inciso XXXII, onde aduz que, "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", fator esse que garante sua condição de cláusula pétrea, conforme se depreende da leitura do art. 60, § 4º, IV, do mesmo Diploma legislativo (BRASIL, CF, 1988).

O Código de Defesa do Consumidor tem por escopo diminuir a diferença de poder existente entre o fornecedor e o consumidor, deixando o consumidor menos vulnerável, colocando-o em igualdade de condições para com o fornecedor. Disciplina também as relações de consumo, definindo a figura do consumidor e do fornecedor, regulando, assim, os possíveis conflitos entre eles. Como já frisado o Decreto 7.962/2013, dá maior respaldo ao comércio eletrônico, regulando juntamente como o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

6. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O Código de Defesa do Consumidor deve ser entendido como uma lei de ordem pública, que estabelece direitos e obrigações entre consumidores e fornecedores. Tem o referido Código, como objetivo principal, garantir um equilíbrio nas relações de consumo, assegurando, sempre que possível, a proteção do consumidor através da proibição ou da limitação das práticas abusivas do mercado, inclusive no comércio eletrônico, que vem ganhando expressão, pois é inegável que há um aumento exacerbante no que diz respeito às transações comerciais via internet, e por não haver legislação específica, aplicam-se as normas preditivas do Código de Defesa do Consumidor.

Alves ensina:

O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo. Insta, portanto, que estabeleçamos em que hipóteses a relação jurídica pode ser assim definida. Submeter-se-ão ao âmbito de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor brasileiro todas as relações de consumo envolvendo consumidor e fornecedor de bens ou serviços. A inexistência de uma norma mais específica não exclui as relações jurídicas concluídas mediante rede, do âmbito de aplicação das normas consumeristas e, na eventualidade da falta de alcance destas normas, da função integradora do Código Civil, ou se for o caso, da legislação constitucional. No CDC, os parâmetros de Boa-fé e transparência a serem seguidos obrigatoriamente no sistema brasileiro têm inspiração na lei francesa subdividindo o Código em normas especiais para a tutela de contratos de adesão e normas gerais aplicáveis às cláusulas abusivas, estejam elas inseridas em um contrato de adesão ou em qualquer outro tipo de contratos, paritários ou não. O paradigma da desigualdade nas relações de consumo traduz-se, portanto, em normas de ordem pública. (ALVES, 2017, P. 81)

Essa regulamentação trata de pontos fundamentais para que consumidores e lojistas do comércio eletrônico tenham mais segurança em suas relações.

7. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET

Acerca da responsabilidade civil do provedor de acesso à internet, temos em análise o Recurso Especial 1.383.354:

“CIVIL E COMERCIAL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. SITE VOLTADO PARA A INTERMEDIÇÃO DE VENDA E COMPRA DE PRODUTOS. VIOLAÇÃO DE MARCA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO EXAURIMENTO DA

MARCA. APLICABILIDADE. NATUREZA DO SERVIÇO. PROVIDORIA DE CONTEÚDO. PRÉVIA FISCALIZAÇÃO DA ORIGEM DOS PRODUTOS ANUNCIADOS. DESNECESSIDADE. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REMOÇÃO IMEDIATA DO ANÚNCIO. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. 1. O art. 132, III, da Lei nº 9.279/96 consagra o princípio do exaurimento da marca, com base no qual fica o titular da marca impossibilitado de impedir a circulação (revenda) do produto, inclusive por meios virtuais, após este haver sido regularmente introduzido no mercado nacional. 2. O serviço de intermediação virtual de venda e compra de produtos caracteriza uma espécie do gênero providoria de conteúdo, pois não há edição, organização ou qualquer outra forma de gerenciamento das informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários. 3. Não se pode impor aos sites de intermediação de venda e compra a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos anunciados, na medida em que não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado. 4. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 5. Ao ser comunicado da existência de oferta de produtos com violação de propriedade industrial, deve o intermediador virtual de venda e compra agir de forma enérgica, removendo o anúncio do site

imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço virtual por meio do qual se possibilita o anúncio para venda dos mais variados produtos, deve o intermediador ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um dos usuários, a fim de que eventuais ilícitos não caiam no anonimato. Sob a ótica da diligência média que se espera desse intermediador virtual, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. 7. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1383354 SP 2013/0074298-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/08/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2013)"

Tal recurso reconhece a ausência de responsabilidade dos provedores de busca de produtos à venda online, visto que provedor de buscas de produtos à venda on-line que não realiza qualquer intermediação entre consumidor e vendedor. Portanto, este não pode ser responsabilizado por qualquer vício da mercadoria ou inadimplemento contratual.

Segundo Luiz Fernando Kazmierczak:

Assim, no que atina ao serviço de conexão prestado pelo provedor, pode ocorrer que, o provedor de acesso ao celebrar o contrato de prestação de serviços com o usuário já preveja a hipótese de ocorrer algum dano a este e, previamente, defina quais são as suas responsabilidades frente a este fato. Há, dessa forma, uma expressa previsão contratual onde o provedor assume, total ou parcialmente, a responsabilidade por algum dano causado ao usuário.

Nestes termos, ocorrendo dano a um usuário, o provedor assume a responsabilidade pela reparação nos termos do contrato avençado.

Quando o dano advém do inadimplemento de alguma cláusula contratual a responsabilidade já estará definida neste, cabendo apenas ao “credor-usuário” demonstrar a sua ocorrência. Dessa forma, o onus probandi caberá ao provedor, o qual deverá provar alguma excludente admitida em lei, como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior (Kazmierczak, Luiz Fernando, 2007).

8. DA OFERTA, PUBLICIDADE E OS SEUS DIREITOS

Dentre os institutos previstos no Código de Defesa do Consumidor, tem-se a propaganda, nesse instituto é assegurado que o consumidor tenha total consciência do produto que está sendo fornecido, pois a propaganda deve conter todas as informações advindas deste. A previsão legal está no art. 35 do CDC, já os artigos 36 e 37, dispõem sobre a publicidade que deve ser fácil e imediatamente reconhecida, devendo ser fiel ao produto, para que a mesma não se torne enganosa, *in verbis*:

Art. 35. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, CDC, 1990).

Art. 36 do CDC diz que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Além do mais, é proibida toda e qualquer publicidade enganosa ou abusiva. (BRASIL, CDC, 1990).

Art. 37, §1º define ser enganosa:

Qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preços e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (BRASIL, CDC, 1990).

Salienta-se ainda, que nas informações oferecidas ao consumidor deve conter as características, preço e eventuais riscos que podem apresentar à saúde e segurança do consumidor.

Segundo Rizzato Nunes (2013, p. 459): "O Código foi exaustivo e bastante amplo na conceituação do que vem a ser publicidade enganosa. Quis garantir que efetivamente o consumidor não seria enganado por uma mentira nem por uma meia-verdade".

9. DA GARANTIA LEGAL

Em busca de garantir ao consumidor a qualidade, eficiência e durabilidade de um produto, o Código de Defesa do Consumidor traz em média três modalidades de garantia, sendo elas: a legal, a contratual e a estendida.

A garantia legal está expressa no CDC e independe de previsão contratual, é garantida pela lei. Dessa forma, o consumidor terá 30 (trinta) dias para reclamar sobre o fornecimento de serviço ou produtos não duráveis, ou 90 (noventa) dias para reclamar sobre o fornecimento de serviço ou produtos duráveis. Este é o prazo que o Código garante ao consumidor para reclamar ao fornecedor pelos vícios apresentados no produto ou serviço prestado.

É considerável apontar o vício oculto, trazido pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 26, §3º, "Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito".

De acordo com o art. 18 do CDC, o fornecedor e o fabricante tem o prazo de 30 (trinta) dias, a partir da reclamação, para sanar o problema do

produto ou serviço. Passado esse prazo, o consumidor pode exigir um produto parecido, a restituição imediata do valor pago, o abatimento proporcional do preço ou a reexecução do serviço. Contudo, o período de um mês não deve ser considerado em caso de se tratar de produto essencial com defeito, nesse caso a troca deve ser imediata, por exemplo, no caso de uma geladeira.

Todas as possibilidades acima citadas podem ser utilizadas pelo consumidor caso o vício seja irreparável. Neste caso, o consumidor pode reclamar diretamente ao fornecedor ou aos órgãos de defesa e proteção ao consumidor. Importante ressaltar que o Projeto de Lei 1599/99 traz a possibilidade de o consumidor fazer a reclamação ao fornecedor por meio de e-mail.

O CDC também estabelece que o consumidor pode reclamar sobre o defeito ao fabricante ou à loja onde comprou a mercadoria, conforme preferir, visto que, ambos têm responsabilidade solidária em sanar o problema.

10. DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

A maioria dos consumidores crê que haja previsão do direito de arrependimento para qualquer relação de consumo, no entanto, cabem algumas ressalvas, por não se harmonizar completamente à realidade, para compreender é preciso recorrer ao art. 49 do CDC.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. (BRASIL, CDC, 1990).

No referido artigo, deve-se atentar a dois institutos específicos, que uma vez não respeitados, não viabilizam tal direito. O primeiro instituto a ser identificado é a exigência de que os contratos de consumo tenham sido realizados fora do estabelecimento comercial, como por exemplo, as compras feitas pela internet, telefone, etc., este instituto protege as compras realizadas fora do âmbito do estabelecimento comercial, pelo fato de que este não tem possibilidades de observar o produto ou serviço, e em razão disso, corre risco de ser surpreendido com a entrega de produto diverso do que foi pedido. O segundo requisito imposto pela lei é o prazo para o consumidor arrepender-se, qual seja, sete dias a partir da conclusão do contrato de consumo ou do recebimento do produto ou serviço, conhecido como prazo de reflexão (RODRIGUES et al., 2018).

Cabe salientar, que o ônus vinculado ao direito de arrependimento, deve ser custeado pelo fornecedor, o qual assumiu os riscos de sua atividade econômica, sendo assim, os gastos realizados pelo consumidor devem ser devolvidos, devidamente ajustados pelos índices oficiais, ou seja, tem-se aqui o direito de reembolso previsto no art. 51, II, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

II - Subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código. (BRASIL, CDC, 1990).

Como visto, o direito de arrependimento é perfeitamente aplicável ao comércio eletrônico, desde que, respeitados os requisitos acima citados.

“DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA DE PASSAGEM AÉREA PELA INTERNET. APLICAÇÃO DO ART. 49 DO CDC. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PRAZO DE REFLEXÃO. MULTA INDEVIDA. RECURSO PROVIDO. 1. A FACULDADE DE DESISTIR DAS COMPRAS REALIZADAS FORA DO ESTABELECIMENTO DO FORNECEDOR, PREVISTA NO ART. 49 DO CDC, APLICA-SE AOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO

DE PASSAGEIROS, FORMALIZADOS ATRAVÉS DA INTERNET, NO SÍTIO ELETRÔNICO DA COMPANHIA. PRECEDENTES. 2. INDEVIDA A COBRANÇA DE MULTA PELO EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO PRAZO DE REFLEXÃO LEGALMENTE ASSEGURADO AO CONSUMIDOR. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-DF - ACJ: 20130111143480 DF 0114348-08.2013.8.07.0001, Relator: LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR, Data de Julgamento: 04/02/2014, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/03/2014 . Pág.: 390)"

11. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO

As negociações via *e-commerce* podem causar algumas inseguranças por parte dos consumidores, entre as mais preocupantes está o efetivo envio do produto, bem como o prazo para recebimento do mesmo, pois muito do que se presencia nessas negociações são os atrasos nos prazos de entrega. Como forma de proteção ao consumidor digital lhe é assegurado o direito de receber os produtos e os serviços próprios e adequados ao consumo, sem qualquer vício ou defeito, em conformidade com as características informadas, o preço divulgado e o prazo acordado com o fornecedor quando da aquisição nos sites de comércio eletrônico (MOTA, 2018).

O descumprimento de prazos causa enorme frustração ao consumidor, devido a isso, alguns estados brasileiros criaram normas para assegurar à implantação da entrega de forma agendada, minimizando assim, problemas enfrentados pelos consumidores. Como exemplo temos o Estado de São Paulo que editou a Lei n. 13.747/2009, cuja redação original, estabelecia: "Ficam os fornecedores de bens e serviços localizados no Estado obrigados a fixar data e turno para realização dos serviços ou entrega dos produtos aos consumidores" (SETTE, 2013).

Assim sendo, em 02 de fevereiro de 2013, foi editada a Lei n. 14.951/2013, que alterou o artigo 1º da Lei n. 13.747/2009, o qual passou a

vigorar da seguinte forma: “Ficam os fornecedores de bens e serviços localizados no Estado obrigados a fixar data e turno para realização dos serviços ou entrega dos produtos aos consumidores, sem qualquer ônus adicional aos consumidores”.

Segundo Maria Eugênia Reis Finkelstein:

Em se tratando de comércio eletrônico, a oferta nada mais é do que as informações sobre os preços, condições de pagamento, prazos de entrega que aparecem na tela do computador do consumidor quando este acessa o site de comércio eletrônico, sendo que extrema atenção deve ser dada às condições veiculadas no site. [...]

Neste sentido, as seguintes providências devem ser tomadas pelo site voltado ao comércio eletrônico: (i) disponibilização de informações objetivas e precisas, evitando interpretação ambígua; (ii) análise cuidadosa de ofertas que serão veiculadas; e (iii) constante revisão e atualização do conteúdo do site (VIANA, 2010).

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. COMPRA PELA INTERNET. PRAZO PARA A ENTREGA NÃO CUMPRIDO. CANCELAMENTO DA COMPRA. DESCONTO DAS PRESTAÇÕES INDEVIDAMENTE LANÇADAS NAS FATURAS DE CARTÃO DE CRÉDITO DO AUTOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. APLICAÇÃO DO ART. 42, CAPUT, DO CDC. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM MANTIDO. O quantum outorgado na sentença, qual seja, o de R\$ 2.500,00 não merece majoração. Isto porque foi fixado dentro dos parâmetros utilizados pelas Turmas Recursais em casos análogos, levando em consideração a condição socioeconômica das partes e os princípios da racionalidade e da... (TJ-RS - Recurso Cível: 71003496361 RS, Relator: Marta Borges Ortiz, Data de Julgamento: 26/07/2012, Primeira Turma Recursal

Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/07/2012)"

12. OUTRAS PROIBIÇÕES

Devido a fácil troca de dados e informações em ascensão na internet, fornecedores tem facilmente contato com seus consumidores e potenciais consumidores, forçando compras através da prestação de serviços ou entregas de produtos que consumidores não solicitaram, infelizmente uma prática comum, tanto que o CDC prevê algumas proibições para proteger o consumidor, mas especificamente em seu art. 39, *in verbis*.

Art. 39 É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço. (BRASIL, CDC, 1990).

Rizzato Nunes (2013, p. 45), analisa essa prática abusiva da seguinte maneira:

A norma é taxativa em proibir o envio ou a entrega ao consumidor sem que este tenha previamente solicitado qualquer produto ou serviço. O parágrafo único sanciona a violação à proibição, dispondo que o produto e o serviço enviado ou entregue sem solicitação tornem-se gratuitos, equiparando-se às conhecidas "amostras grátis" que os fornecedores utilizam para promover seus produtos e serviços.

E diante desse contexto, é nítido que qualquer produto ou serviço só deve ser fornecido mediante solicitação do consumidor. O fornecedor de produto ou serviço deve dar prévia informação sobre as despesas de remessa do produto, além de não executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor,

como também não cobrar quantia indevida, que uma vez paga, deverá ser devolvida em dobro corrigida monetariamente e com juros.

Tal sanção é necessária e apropriada, porém não é suficiente para solucionar os problemas em determinados casos. Um exemplo claro se dá, quando o fornecedor envia à residência do consumidor um livro, um ingresso para um show, um perfume, dentre outros produtos e presta alguns serviços, aplica-se plenamente a equiparação a “amostra grátis” do parágrafo único do art. 39, CDC. O incômodo maior decorre de quando se trata de determinados serviços, de modo que o envio viola gravemente os direitos do consumidor, podendo causar severos danos. Conforme se vê, o Poder Judiciário brasileiro prevê a sanção e coíbe essa prática, condenando, o fornecedor que pratica essa conduta abusiva, ao pagamento de danos morais ao consumidor ofendido.

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL SERVIÇO DE INTERNET NÃO REQUISITADO E/OU CONTRATADO TARIFA INDEVIDA AMOSTRA GRÁTIS - CDC, ARTIGO 39, III E PARÁGRAFO ÚNICO - AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO PROCEDENTE E RECURSO NÃO PROVIDO. Considera-se amostra grátis o serviço oferecido pela concessionária de telefonia quando não requerido pelo consumidor ou objeto do contrato, não obstante dele tenha utilizado. DANOS MORAIS PESSOA JURÍDICA NECESSIDADE DE PROVA. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral, no entanto, não se tratando de danos presumíveis, demandavam prova específica. (TJ-SP - APL: 09196243020128260506 SP 0919624-30.2012.8.26.0506, Relator: Clóvis Castelo, Data de Julgamento: 30/06/2014, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/06/2014)”

13. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo vislumbrou analisar o *e-commerce* paralelamente aos direitos assegurados ao consumidor. Em razão de não haver uma

norma específica para o comércio eletrônico, o consumidor se vê amparado por institutos legais previstos na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e também no Decreto n. 7.962/2013.

Sendo inegável a importância destes institutos, posto que a internet tornou-se um campo comercial extremamente abrangente e com um crescimento em ascensão. Sendo assim, é possível constatar que o comércio eletrônico não possui qualquer diferenciação para o consumo tradicional, que é operado de forma presencial, visto que os elementos que o caracteriza se mantém inalterados.

Entende-se assim que os elementos que compõe as relações de consumo são as mesmas do comércio convencional, sendo eles fornecedor, consumidor e a aquisição de bens ou serviços, a diferenciação está na forma em adquirir os bens e serviços, contudo, a relação e os direitos são os mesmos assegurados.

Assim, conclui-se com a realização do presente artigo, que a velocidade de avanço da internet não consegue ser alcançada pela visão dos legisladores, e que infelizmente o consumidor pode ser prejudicado por lacunas apresentadas nos dispositivos citados, devendo ser revistos e atualizados para minimizar os prejuízos aos consumidores.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTIN, A.L. Comércio Eletrônico: Modelos, Aspectos e Contribuições de Sua Aplicação. São Paulo: Atlas. 2015.

ALVES, P.A.; NEVARES, P.P. **Implicações Jurídicas do Comércio Eletrônico no Brasil**. 1.^a ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pg.81.

BRASIL, **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. Disponível em: Acesso em: 25/05/2018.

BRASIL, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
Acesso em: 25/05/2018.

COELHO, F.U. **Curso de direito comercial: direito de empresa.** 10^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, V. III, p. 32.

DINIZ, M.H. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 24^a. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, V. III, p. 13.

DONEDA, D. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.** Espaço Jurídico Journal of Law - EJJL, Joaçaba, n. 12, n.2, p.91-108, jul./dez. 2011.

ELIAS, P.S. **Contratos eletrônicos e a formação do vínculo.** São Paulo: Lex Editora, 2014.

FINKELSTEIN, M.E.R. **Direito do Comércio Eletrônico.** 2^a. ed. Rio de Janeiro: Elesier, 2011, p. 248 – 249.

GAGGIOLI, S.M. **O Contrato de Adesão.** Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/sthegaggi.jusbrasil.com.br/artigos/147672070/o-contrato-de-adesao/amp>. Acesso em: 25/05/2018.

GOMES, O. **Contratos.** 26^a.ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. VI.3, p. 11.

KAZMIERCZAK, L.F., **Responsabilidade civil dos provedores de internet.** Disponível em: Acesso em: 25/05/2018.

LAWAND, J.J. **Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2013.

LEAL, S.R.C.S. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet.** São Paulo: Atlas, 2016. p.13.

LOENERT, M.A.; XAVIER, L.P. **O Comércio Eletrônico: Uma análise dos sites de compras coletivas e a relação de consumo.** Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/comercio_eletronico.pdf. Acesso em: 25/05/2018.

MIRANDA, J. **Contratos Eletrônicos - princípios, condições e validade.** Disponível em: <https://jan75.jusbrasil.com.br/artigos/149340567/contratos-eletronicos-principios-condicoes-e-validade>. Acesso em: 25/05/2018.

MOTA, T.L. **O consumidor no atual comércio eletrônico.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42977/o-consumidor-no-atual-comercio-eletronico>>. Acesso em: 25/05/2018.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAIM, E.L.T. **O Princípio da Justiça Contratual.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-justicacontratual,50402.html>>. Acesso em: 25/05/2018.

RODRIGUES, F.J.M.; LIMA, T.A.; CISNE, M.P. **Comércio eletrônico e a defesa do consumidor no Direito Brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48561/comercio-eletronico-e-a-defesa-do-consumidor-no-direito-brasileiro>> Acesso em: 25/05/2018.

SANTANA, R. **Práticas abusivas em Direito do Consumidor - o envio de produto ou serviço sem prévia autorização.** Disponível em: <https://rsantanna.jusbrasil.com.br/artigos/147649328/praticas-abusivas-em-direito-do-consumidor-o-envio-de-produto-ou-servico-sem-previa-autorizacao>>. Acesso em: 25/05/2018.

SANTE, P.H.V. **Contratos eletrônicos e sua validade jurídica.** Disponível em: Acesso em: 25/05/2018.

SANTOLIM, C.V.M. **Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro.** Tese de Graduação. UFRGS, Porto Alegre 2014.

STJ, **Recurso especial 1383354**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24225865/recurso-especial- resp-1383354-sp-2013-0074298-9-stj?ref=juris-tabs>> Acesso em: 25/05/2018.

SETTE, A.L.M.A. **Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2013.

TJ-DF, **Apelação 20130111143480**. Disponível em: <<https://tj- df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116594513/apelacao-civel-do-juizado- especial-acj-20130111143480-df-0114348-0820138070001>> Acesso em: 25/05/2018.

TJ-RS, **Recurso 71003496361**. Disponível em: <<https://tj- rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22014780/recurso-civel-71003496361-rs- tjrs>> Acesso em: 25/05/2018.

TJ-SP, **Apelação 0919624-30.2012.8.26.0506**. Disponível em: > Acesso em: 25/05/2018.

TJ-RS, **Recurso Civil 71002292050**. Disponível em: Acessado em: 25/05/2018.

VIANA, V.L.A. **A aplicação do código de defesa do consumidor no comércio eletrônico**. Tese de Graduação. Direito da Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2010.

FINANCIAMENTO PÚBLICO E PRIVADO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS NAS PRÓXIMAS ELEIÇÕES

ROBERTO TIMPURIM BERTO:
Bacharelando em Direito pela
Universidade Brasil, Campus de
Fernandópolis.

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho aborda o assunto sobre a nova legislação eleitoral e analisa os dois sistemas de financiamento, o público e o privado, sendo o público através do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) das campanhas eleitorais, já para as próximas eleições de 2018, e o privado com recursos de pessoas físicas. Em que pese o fato de já ocorrer financiamento público no normativo legal em vigor, na figura do horário político gratuito aos candidatos e partidos, bem como o repasse do duodécimo proporcional a representação partidária. Nesse contexto do Brasil contemporâneo, fazemos uma análise sobre o tema, sobretudo após o Supremo Tribunal Federal (STF) ter proibido o financiamento (privado) de campanhas eleitorais através de doações das empresas donas de interesses e negócios dentro do Estado, em setembro de 2015. O debate e a crítica, também, a fiscalização das doações em ambos os sistemas que só funcionam na teoria, e que se conclui que o real problema das eleições, historicamente, é oriundo do formato eleitoral brasileiro como um todo.

Palavras-chave: Eleição. Financiamento Público e Privado. Fundo Especial de Financiamento de Campanha. Fiscalização.

ABSTRACT: *This paper deals with the issue of the new electoral legislation and analyzes the two public and private financing systems, and the public through the Special Campaign Finance Fund (FEFC) of the electoral campaigns, for the next elections of 2018, and the private one with resources of individuals. In spite of the fact that public funding already exists in the legal regulations in force, the figure of the political time free of charge to candidates and parties, such as the transfer of the twelfth*

proportional to party representation. In this context of contemporary Brazil, we analyze the issue, especially after the Federal Supreme Court (STF), to prohibit (private) election campaign financing through donations from companies that have interests and businesses within the state in September. The debate and criticism, also, the fiscalization of the donations in both systems that only work in the theory, and that concludes that the real problem of the elections, historically, comes from the Brazilian electoral format as a whole.

KEYWORDS: Election. Public and Private Financing. Special Fund for Campaign Funding. Oversight.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1- O QUE É O FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHA. 2- O FINANCIAMENTO PRIVADO PARA AS PRÓXIMAS ELEIÇÕES. 2.1- O AUTOFINANCIAMENTO. 2.2- AS DOAÇÕES DE PESSOAS FÍSICAS. 2.3- O FINANCIAMENTO COLETIVO - CROWDFUNDING – VAQUINHA. 3- COMO FUNCIONA O FINANCIAMENTO PÚBLICO EM OUTROS PAÍSES. 4- DA FISCALIZAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A ideia do modelo de financiamento público da campanha eleitoral nasceu em razão, principalmente, dos escândalos de corrupção que assolaram o país nos últimos anos, com desvio de verbas públicas para o financiamento de campanhas, caixa dois, dinheiro frio, pagamento do investimento feito por empresários entre outros, todos esses admitidos por políticos e empresários, principalmente dos ramos da construção civil e de alimentos. Portanto, com o objetivo de evitar esse círculo vicioso de toma lá e dá cá, o financiamento público surge como alternativa para diminuir a farra com o dinheiro público ou ao menos tentar melhorar a imagem das eleições e a credibilidade dos políticos junto à opinião pública.

A imprensa tem divulgado o financiamento público como o capaz de produzir o combate à corrupção, o equilíbrio financeiro nas eleições e o maior controle sobre o volume de recursos utilizados em campanhas políticas. A medida busca limitar as grandes doações de empresários, um substituto relativamente eficaz após o fim das doações empresariais.

Ainda que funcione, porém, a proibição apenas do financiamento empresarial mantém a desigualdade política. A capacidade de influência na eleição permanece dependendo da disponibilidade de recursos de cada um.

Em nosso país, os partidos políticos já contam com milhões de reais do Fundo Partidário, previsto na [Constituição de 1988](#) (artigo 17, §3º), e com a propaganda eleitoral gratuita nas TVs e rádios, paga com dinheiro público por meio de renúncias fiscais.

Há quem diga que o financiamento público favorece apenas os grandes partidos, uma vez que são os únicos a receberem alguma forma de aporte para a campanha eleitoral, não havendo possibilidade de partidos políticos menores crescerem.

1. O QUE É O FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHA

Com a reforma política o financiamento das campanhas eleitorais será com o dinheiro público. Isso significa que a maior parte do dinheiro investido em campanha será público, através do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), nos termos da RESOLUÇÃO Nº 23.553, de 18 dezembro de 2017, do Colendo Tribunal Superior Eleitoral - TSE - De fato, já temos um sistema misto de financiamento de campanha, em que pese o atual sistema eleitoral depender da contribuição de recursos públicos. Assim, temos recursos públicos e privados utilizados de forma combinada.

O sistema misto permite a utilização de recursos públicos recebidos do Fundo Partidário (Constituição Federal de 1988, art. 17, § 3º e LOPP, art. 44, III) e a gratuidade do horário para propaganda eleitoral no rádio e na televisão (art. 23 da Lei das Eleições), apesar de as emissoras terem direito a compensação fiscal (arts. 44 e 93 do Decreto nº 5.331/2005).

A ideia divide opiniões e parece ofender ao bolso do contribuinte, porém visto por outro prisma, não parece algo tão ruim a longo prazo, visto que menos empresários e lobistas se aproveitariam para cometerem ilegalidades provenientes da gratidão material dada por pessoas corruptas em retorno ao dispêndio financeiro em favor desse ou daquele político.

É pertinente lembrar que o uso de verbas pública transfere o custo das campanhas para a sociedade, em um efeito dominó, sejam cidadãos eleitores ou não eleitores. Posto isso, uma pergunta que não quer calar: qual o retorno que esse dispêndio irá proporcionar para a sociedade? Vai haver uma melhora nos serviços básicos prestados aos cidadãos, como educação, saúde e segurança?

Estima-se que através do novo Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), o valor chegue na casa de R\$ 1,7 bilhão, que serão transferidos aos partidos políticos existentes.

Os recursos que irão compor esse Fundo serão das emendas de bancadas de deputados e senadores (propostas de investimentos que os parlamentares fazem no orçamento público), na proporção de 30% (trinta) no ano eleitoral. Também irá integrar o fundo a compensação fiscal que antes era paga às emissoras de Rádio e TV pela propaganda partidária (fora do período eleitoral) - que deixará de existir. Segundo a legislação em vigor, os recursos do fundo serão distribuídos da maneira fixada na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Já, o Fundo Partidário previsto na [Constituição de 1988](#) (artigo 17, §3º), prevê para o ano de 2018, a distribuição de R\$ 888,7 milhões entre as legendas políticas, sendo R\$ 780 milhões de forma de duodécimos e mais R\$ 108 milhões a título de multas e penalidades aplicadas nos termos do Código Eleitoral.

Os recursos desse Fundo Partidário estão previstos no orçamento da União, e de acordo com a Lei, 5% do total do Fundo Partidário são distribuídos, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus registros no TSE, e 95% do total são distribuídos às legendas na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

Segundo a legislação em vigor, o fundo será distribuído da seguinte forma: Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Parágrafo 15 acrescido pelo art. 1º da Lei nº 13.487/2017, Art. 16-D.

Art. 16-D. Os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), para o primeiro

turno das eleições, serão distribuídos entre os partidos políticos, obedecidos os seguintes critérios:

I – 2% (dois por cento), divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II – 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III – 48% (quarenta e oito por cento), distribuídos entre os partidos políticos, de acordo com o número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;

IV – 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, conforme o número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

Já o Fundo Partidário previsto na [Constituição de 1988](#) (artigo 17, §3º), prevê para o ano de 2018 a distribuição de R\$ 888,7 milhões de recursos entre as legendas políticas, sendo R\$ 780 milhões de forma de duodécimos e mais R\$ 108 milhões a título de multas e penalidade aplicadas nos termos do Código Eleitoral.

Os recursos desse Fundo Partidário estão previstos no orçamento da União, e de acordo com a Lei, 5% do total do Fundo Partidário são distribuídos, em partes iguais, a todos os partidos registrados no TSE, e 95% do total são distribuídos às legendas na proporção dos votos logrados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

2. O FINANCIAMENTO PRIVADO PARA AS PRÓXIMAS ELEIÇÕES

O sistema de financiamento das campanhas eleitorais no Brasil surge com a nova legislação eleitoral e será público, como já vimos, e privado por

peças físicas. Não mais será permitida a doação de recursos financeiros por empresas, isto é, por pessoas jurídicas.

Com o passar dos anos, notou-se uma dolorosa e insustentável situação do autodenominado caixa-dois, ou seja, aquele fundo estimulador ilegal, que recebia recursos de quem não podia doar – o principal problema, nesse caso as pessoas jurídicas – não havia declaração de riquezas e doações verdadeiras e, dificilmente, ficavam provados os vínculos entre as pessoas jurídicas investidoras e os eleitos, o que dificultava as investigações de favores em via contrária para as pessoas que acreditaram economicamente na eleição.

Com isso foi feita a legalização da doação por pessoas jurídicas, desde que declaradas. Assim sendo, pensava-se, tolamente, que como toda doação possível seria feita às claras (legalmente), qualquer vínculo material ou moral entre eleitos e incentivadores seria constatado. Desse modo, a fiscalização da “efetivação” da gratidão – vantagens ilícitas, econômicas, como em licenciamentos, financiamentos, isenções de impostos e taxas em investimentos feitos, licitações – seria facilmente vista e, claro, punida pela Lei, como pelo eleitor, que não mais elegeria os corruptos.

Ingenuidade, daqueles que sempre acreditaram que as prestações de contas, os valores declarados de doações, sempre foram líquidos e certos. Funcionaram como um “engana que eu gosto”, se não descobertos por meios de investigações sérias, a indevida ligação entre os envolvidos nunca seria descoberta. Permita-se dizer que os valores declarados nas prestações de contas oficiais só aparecem porque é inaceitável dizer que não há doação nenhuma para a campanha eleitoral.

Assim, o financiamento privado, com a nova legislação, subdivide-se em: autofinanciamento, doações de pessoas físicas e financiamento coletivo.

2.1 O AUTOFINANCIAMENTO

O TSE (Tribunal Superior Eleitoral) publicou a íntegra da Resolução que permite aos candidatos financiarem suas próprias campanhas, isto é, o candidato poderá financiar sua campanha nas eleições deste ano com

recursos próprios. O autofinanciamento irrestrito de campanhas é contestado em duas ações no Supremo Tribunal Federal (STF) apresentadas no ano passado pelo PSB e pela REDE. Os partidos argumentam que a regra desequilibra a disputa em favor dos candidatos mais ricos, criando uma desigualdade no processo eleitoral.

A Resolução TSE 23.553/2017, Art. 29.

Art. 29.

1º O candidato poderá usar recursos próprios em sua campanha até o limite de gastos estabelecido para o cargo ao qual concorre, devendo observar, no caso de recursos financeiros, o disposto no § 1º do art. 22 desta resolução (Lei nº 9.504/1997, art. 23, §1º).

Desta forma, um político rico poderá bancar do próprio bolso todo o limite que pode gastar. Do limite de gastos previstos na Resolução 23.553, Artigos - 4º, 5º e 6º.

Presidente da República — teto de R\$ 70 milhões em despesas de campanha. Em caso de segundo turno, o limite será de R\$ 35 milhões.

Governador — o limite de gastos vai variar de R\$ 2,8 milhões a R\$ 21 milhões e será fixado de acordo com o número de eleitores de cada estado, apurado no dia 31 de maio do ano da eleição.

Senador — o limite vai variar de R\$ 2,5 milhões a R\$ 5,6 milhões e será fixado conforme o eleitorado de cada estado, também apurado na mesma data.

Deputado federal — teto de R\$ 2,5 milhões.

Deputado estadual ou deputado distrital — limite de gastos de R\$ 1 milhão.

Os bens próprios do candidato passam a ser objeto de doação. Porém, somente podem ser empregados na campanha eleitoral quando

demonstrado que esses recursos financeiros já integravam o patrimônio do candidato em período anterior ao pedido de registro da respectiva candidatura.

2.2 AS DOAÇÕES DE PESSOAS FÍSICAS

As doações de pessoas físicas deverão observar os limites de até 10% (por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador (a) no ano-calendário anterior à eleição, além da utilização dos bens móveis e imóveis de propriedade do doador.

A Resolução TSE 23.553/2017, Art. 29.

Art. 29. As doações realizadas por pessoas físicas são limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano-calendário anterior à eleição (Lei nº 9.504/1997, art. 23, § 1º).

§ 2º O limite previsto no caput não se aplica a doações estimáveis em dinheiro relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador ou à prestação de serviços próprios, desde que o valor estimado não ultrapasse R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) (Lei nº 9.504/1997, art. 23, § 7º).

2.3 O FINANCIAMENTO COLETIVO - CROWDFUNDING – “VAQUINHA”

A Resolução TSE 23.553, no seu art. 23, permite aos candidatos o uso de financiamento coletivo (crowdfunding), a chamada “vaquinha”, para arrecadação de campanha.

A nova legislação permite às instituições que trabalham com esse financiamento coletivo iniciar a arrecadação previamente, a partir do dia 15 (quinze) de maio do ano eleitoral, de fundos para os pré-candidatos que as contratar. Essas instituições arrecadadoras terão de fazer seu cadastro junto a Justiça Eleitoral.

No período de arrecadação, as instituições arrecadadoras devem divulgar a relação de doadores e quantias doadas e encaminhar os dados à Justiça Eleitoral. A liberação dos recursos pelas instituições arrecadadoras fica condicionada à apresentação dos registros de candidatura. Caso não sejam apresentados, os recursos oriundos das doações devem ser devolvidos aos seus respectivos doadores.

Além do arrecadamento por financiamento coletivo, a nova legislação permite que partidos políticos, comercializam bens e serviços e promovam eventos para angariar recursos para as campanhas eleitorais.

3. COMO FUNCIONA O FINANCIAMENTO PÚBLICO EM OUTROS PAÍSES

Segundo o relatório da "Financing Democracy", da OCDE, de 2016.

Nós principais países da Europa, o financiamento público é responsável por mais de 70% (setenta) do custeio dos partidos. Vejamos: no caso da Finlândia, Itália, Portugal e Espanha, conforme relatório. Já no Reino Unido e na Holanda, o dinheiro público financia apenas 35% (trinta e cinco), dos gastos políticos.

Outro exemplo: Na França, o financiamento eleitoral foi em torno de R\$ 314 milhões na eleição de 2012. Na França o financiamento também é concedido diferentemente. Os candidatos não recebem o dinheiro antecipadamente. Podem pleitear reembolso de parte dos gastos de campanha - até 47% - se alcançaram pelo menos 5% dos votos.

De acordo com o Instituto Internacional pela Democracia e Assistência Eleitoral (Idea), 118 países contam com algum tipo de financiamento público para os partidos políticos ou para as campanhas eleitorais. O sistema é muito usado na Europa Ocidental, onde apenas a Suíça não conta com esse tipo de ajuda estatal.

Veja como funciona o sistema na Alemanha, no México, nos Estados Unidos e na França:

Alemanha:

No caso da Alemanha, deve-se dispensar uma atenção especial. Não há diferença entre fundo partidário e financiamento estatal de campanhas. Os partidos políticos possuem diversas fontes, como: recursos públicos, doações privadas e mensalidades dos filiados. O Estado só é responsável, por uma parte, um terço das receitas – um dos índices mais baixos da Europa de dependência. O sistema mais conhecido é o de matching funds, em que o partido recebe do Estado 0,38 euro por cada euro que tenha sido doado. As siglas levam ainda 0,70 euro por cada voto para sua lista em eleições nacionais ou europeias. Para conseguir, os partidos precisam conseguir pelo menos 0,5% dos votos nacionais ou 1% em eleições estaduais.

México:

No México os partidos contam com um Fundo Partidário e um Fundo exclusivo para campanhas, além das doações individuais. Com relação ao fundo partidário, a divisão do aporte entre partidos começa com um mínimo de 30% igualmente. O restante é de acordo com a representatividade da bancada na Câmara Federal. Partidos criados após o pleito têm direito a 2% do fundo. No caso das campanhas, os partidos são dependentes do Estado. Na campanha presidencial de 2012, 95% das contas foram pagas com recurso público. Em anos de eleições federais (Presidência, Senado e Câmara), os partidos recebem adicional de 50% do fundo partidário. Em anos de eleições para a Câmara, o adicional é de 30%. Em 2015, os 11 principais partidos receberam 260 milhões de dólares do fundo. Já nas eleições legislativas, o valor dado aos partidos foi de US\$ 346 milhões. A disputa presidencial, podem gastar no máximo 20% do correspondente ao dinheiro enviado para todos os partidos custearem suas campanhas.

Em 2012, o limite foi de US\$ 27 milhões. O país proíbe doações de empresas, e há um limite para que os partidos possam receber de cidadãos, o que torna o financiamento público principal.

Estados Unidos:

Nos EUA, o financiamento de campanhas depende de cada estado, mas, nas eleições federais, existem normas mais claras. Para a Presidência, mesmo durante as primárias partidárias, o financiamento estatal existe, porém, poucos candidatos fazem uso dele e o uso do dinheiro público está em declínio. Em 2016, apenas o candidato democrata à presidência Martin O'Malley aceitou o fundo eleitoral. Quem aceitar recursos do fundo está sujeito a um limite de gastos e não pode arrecadar doações. Neste mesmo ano, US\$ 96 milhões estavam disponíveis para os candidatos à presidência. O valor é abaixo do arrecadado pelos candidatos. A democrata Hillary Clinton arrecadou US\$ 1,2 bilhão. O republicano Donald Trump, US\$ 877 milhões. Os limites de doações dos cidadãos é de – US\$ 2.500 para um candidato à presidência e US\$ 30,8 mil para um partido. Empresas não podem doar para um candidato, mas elas são livres desde 2010 para jogar dinheiro nos Comitês de Ação Política (PACs). Esses Comitês não são ligados às campanhas e podem arrecadar recursos sem limites de empresas e indivíduos para apoiar um candidato ou atacar adversários. Esse sistema é fortemente reprovado por ONGs, juristas e ativistas.

França:

A França conta com um fundo partidário e financiamento direto de campanhas. As doações são permitidas aos cidadãos. Cerca de 61 milhões de euros anualmente são investidos. Somente os partidos que alcançarem ao menos 1% dos votos em 50 zonas eleitorais conseguem esse recurso. A distribuição é proporcional por

bancada na Assembleia Nacional. Em 2015, os socialistas morderam 28,4 milhões de euros. Os rivais conservadores, 18,1 milhões. Os partidos recebem doações, mas entre 60% e 70% das suas atividades anuais são financiadas pelo Estado. No caso do financiamento de campanhas, o Estado prevê reembolsos até 47,5% do gasto, desde que o candidato tenha obtido pelo menos 5% dos votos. O controle está trelado aos limites de gastos de cada candidato. No primeiro turno de uma eleição presidencial, os candidatos só podem gastar 22,5 milhões de euros. Se ocorrer o segundo, podem gastar 5 milhões extras. Em média, o limite para o Legislativo é de 60 mil euros por candidato. Em 2012, o governo reembolsou 36 milhões de euros para candidatos presidenciais e 49,3 milhões para aqueles do Legislativo. Empresas não podem doar desde 1995. Cada cidadão é limitado a doar 7.500 euros anuais para um partido e a 4.600 euros para uma campanha presidencial. Apesar do controle, o sistema deixa brechas. Criam micropartidos de apoio, que repassam mais dinheiro de doações individuais – assim um cidadão pode fazer várias doações.

4. DA FISCALIZAÇÃO

Quando falamos em dinheiro público que é a base e os fins aqui estudados, a fiscalização aparece como ponto de observação. O fato é que é mais fácil fiscalizar aquilo que se tem conhecimento da fonte geradora e dos valores do que a hipótese da não fiscalização das contas orçamentárias e prestações de contas partidárias. O que torna o dinheiro público sem valor algum diante do que se pretende, que é o fim da corrupção no financiamento eleitoral.

Os defensores da utilização do dinheiro público invocam o combate à corrupção, a delimitação do montante de dinheiro envolvido em eleições, o maior controle dos gastos de campanha e o equilíbrio financeiro entre candidatos. Sendo assim, não haverá complicação alguma em conferir se o repasse for feito conforme as regras para os partidos.

Ainda a fiscalização, de fato é difícil saber se não há nenhum investimento de entidades privadas nas candidaturas? Na verdade, não há como fiscalizar e ter certeza. Se a fiscalização fosse acessível, não teríamos tido tantos problemas. Contudo, ela é malfeita, e quando é certa, não imperiosamente consegue ver o problema todo – não atinge todos os partidos, todas as doações – aliás, provavelmente nem todas as doações feitas por aquela empresa, àquele partido. Ora, partindo dessa alegação, de que se sabe sobre a fonte do dinheiro é mais fácil para fiscalizá-lo, nada disso deveria acontecer.

Portanto, o famoso caixa dois só acontece, na verdade, porque parte do montante – de sua geração e seu envio ao partido – está fora do eixo da fiscalização, o que sistematicamente acontece em ambos os sistemas de financiamento de campanha.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o financiamento público e privado, em especial o público, que é a mais nova modalidade de custeio das campanhas, será implantado já nas próximas eleições de 2018, ainda, é tema de muita discussão e coloca em xeque a democracia brasileira, em que pese a transparência do uso do dinheiro público.

Com a nova modalidade de financiamento, recém-criada pelos legisladores, as eleições de 2018 serão a grande oportunidade de a classe política mostrar que estamos no caminho certo, e que as garantias constitucionais estão asseguradas juntamente com a participação popular.

Se o objetivo das mudanças nas formas do financiamento eleitoral for garantir o fim da corrupção e o mal-uso do dinheiro público, estamos diante de uma decisão acertada pelos legisladores.

Com todas as dificuldades e manobras eleitoreiras, cabe aos órgãos competentes e responsáveis a fiscalização do correto uso do dinheiro público, só assim podemos dizer que a nova legislação trouxe o fim da corrupção eleitoral e o fim do caixa dois.

Lembrando que apesar das experiências malsucedidas, com uso do dinheiro público, a população brasileira sempre acredita que uma nova legislação possa trazer melhorias e acabar de vez com a corrupção e o mal-uso do dinheiro público. Portanto, as eleições deste ano, serão um teste para o novo sistema de financiamento das campanhas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT. NBR 6022: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, 2003a. 2 p.

ABNT. NBR 6023: informação e documentação — elaboração: referências. Rio de Janeiro, 2002. 24 p.

CÂMARA DOS DEPUTADOS.

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/545056-CAMARA-APROVA-CRIACAO-DE-FUNDO-PUBLICO-DE-FINANCIAMENTO-DE-CAMPANHAS.html> - acesso 4 de abril 2018.

Tribunal Superior Eleitoral

<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235532017.html>-
[acesso](#) 4 de abril 2018.

Planalto-Constituição Federal/1988-artigo 17.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
-acesso 4 de abril

Planalto - LEI 9.096/1995

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm - acesso 4 de abril
2018.

Planalto – LEI 9.504/1997

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm - acesso 4 de abril
2018.

SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o “caixa um” e propostas de reforma. IN BENEVIDES, Maria Vitória et al(org). Reforma Política e Cidadania. São Paulo. Fundação Perseu Abramo. 2003. p.364391.

TERRA - <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/o-financiamento-publico-de-campanhas-pelo-mundo.cb01af48e331a938894f836f3203ac99d1545p71.html> – Acesso em 4 abril 2018.

MOTOBRASEXPRESS http://www.motobrasexpress.com.br/entrega_no_bairro_caninde_entrega_caninde_motoboy_em_caninde_motoboy_bairro_canine_moto_em_caninde_moto_caninde-137-motobras.html - Acesso em 4 de abril 2018.

CarlosGeilsonBlog - <http://www.carlosgeilson.com.br/noticias.asp?id=46545> – Acesso 4 de abril de 2018.

g1.globo - <https://g1.globo.com/mundo/noticia/o-financiamento-publico-de-campanhas-pelo-mundo.ghtml> - Acesso em 4 de abril 2018.

BBC - Entenda o novo fundo público para campanhas eleitorais aprovado na Câmara

<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41507850> - acesso 4 de abril 2018.

CARTA CAPITAL - O financiamento público de campanhas pelo mundo.

<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-financiamento-publico-de-campanhas-pelo-mundo> - acesso 4 de abril 2018

Advogado do escritório Franco de Camargo & Advogados Associados, atuante nas áreas de Direito Empresarial e Eleitoral.

Disponível em: . Acesso em: 4 de abril 2018.

Figueiredo Filho, Dalson Britto; et. all. (Brasília : Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, 2015-06) Financiamento de campanha : nível de regulamentação em perspectiva comparada-<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/25041> - acesso 4 de abril 2018.

Backes, Ana Luiza; Vogel, Luiz Henrique (Brasília : Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2014) Financiamento de campanhas : problemas do modelo atual e opções legislativas para enfrentá-los-<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/16999> - acesso 4 de abril 2018.

VIANNA. André, Jubé. Comissão do Senado aprova financiamento público para campanhas. **Estadão**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,comissao-do-senado-aprova-financiamento-publico-para-campanhas,702134-acesso> 12 de abril 2018

RODRIGUES, Alexandre. Presidente do STF critica financiamento público de campanha. **Estadão**. Abr 2009. Disponível em:

FINANCIAMENTO público de campanhas. **Wikipedia**. Disponível em:

Acesso em 12 abril 2018.

ROLLO, Alberto Lopes Mendes. Financiamento público de campanha eleitoral é um equívoco. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-jun-27/recursopublico> campanha eleitoral equivoco: acesso em 12 abril 2018.

AS MUDANÇAS NAS FORMAS DE PAGAMENTOS, TRAZIDA PELA LEI Nº 13.455/17

RODRIGO TORRES RIBAS: Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil Campus Fernandópolis/SP.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(Orientador)

RESUMO: Com o advento da promulgação da LEI Nº 13.455/17 (BRASIL, 2017) que alterou Lei nº 10.962/04 (BRASIL.2004), a nova lei trouxe diversas mudanças que afetou de forma significativa as provisão de pagamentos a vista e no credito, trazendo de forma expressa na lei a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento, no qual seus efeitos estão causando fortes repercussões no Direito de Consumo.

Palavras-chave: pagamento, preço a vista, cartão de crédito, consumidor, prazo.

ABSTRACT: With the advent of the promulgation of the LAW No. 13.455/17 (BRAZIL, 2017), which changed the Law in 10.962/04 (BRAZIL.2004), the new law has brought diverse changes that affected significantly the provision of payments to view, and in credit, bringing the form expressed in the law of the differentiation of prices of goods and services offered to the public in the role of the term or of the payment instrument, in which its effects are causing strong repercussions on the Right of consumption.

Keywords: payment, cash price, credit card, consumer, term.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. UM BREVÊ HISTÓRICO SOBRE DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE DA LEI Nº 13.455/17. 2. O QUE MUDA COM A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 13.455/17. 3. A LEI 13.455/2017, BENEFÍCIOS E DESVANTAGENS. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Marco histórico para desenvolvimento do Direito do Consumidor no Brasil notavelmente passa pela promulgação da Constituição Federal de 1998, que abriu caminho para Código de Defesa do Consumidor.

A partir da vigência do código Defesa do Consumidor a relação de consumo, passou evoluir com o passar dos anos e não poderia ser diferente, haja vista tratar-se de uma relação que envolve pessoas. Como sabemos o código de defesa do consumidor (CDC) passou a vigorar no ano de 1990, com essas evoluções constantes nas relações de consumo, alguns pontos do CDC, passou a ficar desatualizada, deixando espaço para entendimento, sobretudo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que passaram a ter grande inclinação à defesa dos direitos dos consumidores, no qual devemos ressaltar também que é possível encontrar previsões ou mesmo decisões que não lhes favorecem.

Nesse sentido podemos notar que o período que antecedeu a lei 13.455/17, foi momento de muitas discussões acerca da legalidade da Medida Provisória 764/2017, que acabou sendo convertida em lei, pois tal inovação poderia causar possível diminuição da defesa do consumidor, visto que até então a orientação jurisprudencial firmada no sentido de que não seria viável a diferenciação no preço da mercadoria ou serviço a depender do instrumento utilizado para pagamento, o que caracterizava uma prática abusiva.

Desta forma a lei 13.455, publicada em 26 de junho de 2017, teve com uns dos objetivos de evitar “controvérsias regulatórias e judiciais decorrentes da ausência de marco legal sobre a matéria”, colocando um ponto final nas controvérsias existente sobre a matéria.

Cabe ressaltar que o presente estudo não tem objetivo de defender ou atacar o texto legislativo em vigor, mais sim em realizar uma análise das mudanças trazidas pela nova lei, avaliando as possíveis desvantagens e benéficos na sua aplicação.

1. UM BREVÊ HISTÓRICO SOBRE DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE DA LEI Nº 13.455/17.

Com a Promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos dos consumidores passaram a ganhar força, passando a ter enfoque na proteção de direitos do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro. No qual também passou a prever como princípio da ordem econômica a

defesa do consumidor, o texto trouxe também, em seu Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prazo estipulado para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor, visando à aplicação do direito na prática. Sendo especificado na redação do artigo 48 do ADCT:

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Em decorrência da previsão da ADCT, foi promulgada a lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que traz o Código de Defesa do Consumidor, apoiando se no artigo 5º constituição federal, conforme descrito no artigo 1º, do presente Lei.

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Diante das mudanças trazidas pelos efeitos da globalização, o Código do consumidor veio em momento bastante oportuno, de grande repercussão no direito consumerista.

A aplicação do código de defesa do consumidor teve como objetivo à proteção de vulneráveis, tutelando direito e, por outro lado, definindo deveres para os fornecedores que até então não existia parâmetros bem definidos a serem seguidos. Suas normas são principiológicas e de ordem pública com aplicação na constituição federal de 1988, não podendo ser afastadas, via de regra, pela vontade das partes.

Após a promulgação do código de defesa do consumidor, as disposições do Código tomaram forma passando a surtir efeitos práticos nas relações de consumo, no qual os princípios pregados pela nova legislação passaram a ser melhor compreendidos e interpretadas por juristas e pelos próprios consumidores, passando a influenciar em mudanças nas relações de consumo, dando ensejo em um novo conjunto de normas, bem como a criação e formação de uma ampla rede de proteção dos interesses dos consumidores, envolvendo a participação ativa de toda a sorte de entidades. Podendo citar, por exemplo,

PROCON's, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) a Delegacia do Consumidor (DECON), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE).

Com o passar dos anos, essas entidades foram ganhando protagonismo, diante dos interesses do consumidor, contudo em determinados momentos ao longo dessa trajetória que levou a evolução da proteção dos interesses dos consumidores, algumas conquistas sempre tiveram uma conotação duvidosa que deixava margem para interpretação de interesses, como por exemplo, a legitimidade ou não de o fornecedor aplicar preços diferenciados para produtos ou serviços, de acordo com a modalidade de pagamento, claramente um desses casos de difícil digestão, pois quanto mais analisados e interpretamos os prós e contras de eventual proibição, as dúvidas continuavam pairam sobre a questão.

De todo modo, mesma com a existência de diversas entidades, e da existência da legislação protetiva não impede, por si só, que se encontrem também previsões normativas tendentes a suprimir direitos dos consumidores. Da mesma forma, a jurisprudência, embora avançada no entendimento das relações consumeristas, é muitas vezes oscilante no que diz respeito à tutela desses direitos.

Especificamente quanto ao tema tratado neste artigo, podemos mencionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Antes da edição da lei 13.455/2017, ou mesmo da medida provisória da qual adveio, o Tribunal orientava-se contrariamente a tal previsão legal.

Nesse sentido diante tal entendimento, era vedada qualquer diferenciação feita por fornecedores de bens e serviços nos preços em decorrência da forma de pagamento. Pode-se observar no julgamento no recurso Especial 1479039/MG, publicado em 16/10/2015.

CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO PELO PROCON. LOJISTAS. DESCONTO PARA PAGAMENTO EM DINHEIRO OU CHEQUE EM DETRIMENTO DO PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO. PRÁTICA ABUSIVA. CARTÃO DE CRÉDITO. MODALIDADE DE PAGAMENTO À VISTA. "PRO SOLUTO". DESCABIDA QUALQUER DIFERENCIAÇÃO. DIVERGÊNCIA INCOGNOSCÍVEL.

O recurso especial insurge-se contra acórdão estadual que negou provimento a pedido da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte no sentido de que o Procon/MG se abstenha de autuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas pelo fato de não estenderem aos consumidores que pagam em cartão de crédito os descontos eventualmente oferecidos em operações comerciais de bens ou serviços pagos em dinheiro ou cheque. Não há confusão entre as distintas relações jurídicas havidas entre (i) a instituição financeira (emissora) e o titular do cartão de crédito (consumidor); (ii) titular do cartão de crédito (consumidor) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor); e (iii) a instituição financeira (emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor).

O estabelecimento comercial credenciado tem a garantia do pagamento efetuado pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos creditícios, incluindo possíveis fraudes. O pagamento em cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação perante o fornecedor, pois este dará ao consumidor total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, pro soluto, implicando, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor. A diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual. Exegese do art. 39, V e X, do CDC: "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços,

dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços".

O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num "conceito aberto" que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor. A Lei n. 12.529/2011, que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, considera infração à ordem econômica, a despeito da existência de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial (art. 36, X e XI). Recurso especial da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte conhecido e improvido. (REsp 1479039/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015).

É evidente que o poder legislativo, no exercício de suas funções típica é de legislar, nesse sentido, o legislativo não se manteve vinculado a entendimentos do poder Judiciário, mas de toda forma nova lei tem que estar compatibilizado com ordenamento jurídico atual, devendo atender benefícios aos consumidores. Nesse sentido o presente o artigo permitirá a apreciação das mudanças trazidas no advento da Lei e sua repercussão social, intrinsecamente relacionado aos direitos do consumidor.

2. O QUE MUDA COM A **PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 13.455/17.**

Em dezembro de 2016, foi editada a Medida Provisória nº 764, autorizando a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao

público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, sendo convertida na Lei 13.455, de 26 de junho de 2017. Neste contexto para justificar edição da medida provisória que brevemente seria convertida em lei, com a justificava para apreciação da proposta em sentido aposto ao judiciário, em 27 de dezembro de 2016 foi publicado no Portal da Presidência da republica a (Exposição de Motivos):

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 764, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2016. Dispõe sobre a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

EMI nº 00053/2016 BACEN MF

Brasília, 23 de Dezembro de 2016.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Trazemos à sua apreciação proposta de edição de Medida Provisória que autoriza os estabelecimentos comerciais a praticar preços diferentes em função do instrumento de pagamento utilizado na transação e do prazo de pagamento da transação.

2. A possibilidade de diferenciação de preços constitui mecanismo importante para a melhor aferição do valor econômico de produtos e serviços e traz benefícios relevantes para a relação com os consumidores, entre os quais se destacam: i) permitir que os estabelecimentos tenham a liberdade de sinalizar, por meio de seus preços, os custos de cada instrumento de pagamento, promovendo maior eficiência econômica - a impossibilidade de diferenciar preços tende a distorcer a natureza da contestabilidade entre os diversos instrumentos de pagamento, dificultando a escolha do instrumento menos oneroso na relação de consumo; ii) alterar o equilíbrio de forças entre os agentes do mercado - o

fato de os estabelecimentos terem a possibilidade de praticar preços diferenciados pode promover um maior equilíbrio no processo de negociação entres os agentes de mercado com benefícios para o consumidor; e iii) minimizar a existência de subsídio cruzado dos consumidores que não utilizam cartão (majoritariamente população de menor renda) para os consumidores que utilizam esse instrumento de pagamento (majoritariamente população de maior renda).

3. Com relação a esse último benefício, o Banco Central do Brasil, a Secretária de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e a então Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça publicaram em 2011 um estudo em que, assumindo a ausência de diferenciação de preços, estimaram a transferência de renda que ocorre entre os usuários de cartões de crédito e os demais consumidores que utilizam outros instrumentos de pagamento, bem como os respectivos efeitos distributivos sobre as duas classes de renda da sociedade. Chegou-se ao resultado de que existe um subsídio cruzado das famílias de baixa renda para as famílias de alta renda, especialmente para o subgrupo que utiliza cartões de crédito.

4. Existem ainda evidências de que o preço médio dos produtos sob diferenciação de preços é menor do que o preço único cobrado pelos varejistas quando não existe a distinção; e de que alguns subsídios cruzados podem ser eliminados quando a diferenciação de preços é permitida, de forma que o bem-estar dos consumidores pode ser maior nesse ambiente mais transparente.

5. Ressalte-se que essa medida está alinhada também com a tendência regulatória observada em

outros países. A evidência internacional sugere que o uso sistematicamente de cartões não é menor nos países em que a diferenciação de preços é permitida, de forma que essa medida não deve desestimular o uso de cartões de pagamento.

6. A medida proposta traz segurança jurídica para os estabelecimentos que optarem por praticar a diferenciação de preços com base no instrumento de pagamento utilizado ou no prazo, evitando, inclusive, possíveis controvérsias regulatórias e judiciais decorrentes da ausência de marco legal sobre a matéria.

7. Demonstrada a relevância da proposta, cabe salientar também a urgência quanto a sua implementação, seja por conta da necessidade de tornar o ambiente regulatório mais claro e competitivo, seja pela convicção de que a medida tende a produzir efeitos imediatos positivos sobre a economia, razão pela qual se postula que a inovação legislativa seja veiculada em Medida Provisória.

8. São essas, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, as razões que justificam a edição de Medida Provisória que ora submetemos à elevada apreciação de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

Ilan Goldfajn, Henrique de Campos Meirelles.

A exposição de motivos da Medida Provisória também trouxe à tona outro importante elemento, ao consignar que a medida teria com uns dos objetivos de evitar “controvérsias regulatórias e judiciais decorrentes da ausência de marco legal sobre a matéria”. Ou seja, admitiu-se que a regulamentação da matéria, senão inexistente, era no mínimo obscura.

Diante tais motivações, o legislador passou a autorizar a prática em questão através do da Lei nº 13.455/2017, de diferenciação de pagamento, conforme breve leitura de seu artigo 1º:

Art. 1º- Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

O art. 1º da Lei nº 13.455/2017 mostra expressamente a diferenciação de preços de bens e serviços em função de dois parâmetros, quais sejam: PRAZO e INSTRUMENTO DE PAGAMENTO, assim temos de forma exemplificada:

a) PRAZO: Nos pagamentos à vista, podem os produtos e os serviços possuir preço diferente, ou seja, mais baratos do que os que adquiridos ou realizados a prazo.

B) INSTRUMENTO DE PAGAMENTO: A maneira ou formar de efetuar o pagamento pelo produto ou serviço pode influenciar em um preço mais alto, com valor diferente a ser pago pelo consumidor, como nos casos de compras por meio de cartão de débito/crédito ou cheque, assim com nos pagamento como poderá a empresa fornecer descontos para pagamentos em espécie.

As mudanças da nova lei vêm surtindo efeitos nas novas decisões sobre tema, conforme pode-se observar no julgamento do Recurso Inominado Nº [1030250-06.2016.8.26.0562](#), publicado em 13/04/2018.

Nº [1030250-06.2016.8.26.0562](#) - **Processo**

Digital - Recurso Inominado - Santos -
Recorrente: [Auto Posto Arrastão Limitada](#)

- Recorrido: [Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor](#) - Procon - Magistrado (a) [Dario Gayoso Júnior](#) - Deram provimento ao recurso. V. U. -
EMENTA: MULTA APLICADA PELO "PROCON" POR SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 39 INCISO V, DO [CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR](#) ("EXIGIR DO CONSUMIDOR VANTAGEM MANIFESTAMENTE EXCESSIVA"), PELA PRÁTICA DE VENDA DE COMBUSTÍVEL COM DESCONTO DE R\$ 0,10 POR LITRO CASO HAJA PAGAMENTO EM DINHEIRO. RESPEITÁVEL SENTENÇA QUE NÃO ACOLHEU PEDIDO

DE ANULAÇÃO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO NÃO CONFIGURADA – PRÁTICA QUE ATÉ VEIO A SER RECONHECIDA COMO LEGÍTIMA PELA MEDIDA PROVISÓRIA [764/16](#) CONVERTIDA NA LEI [13.455/2017](#). JURISPRUDÊNCIA FIRME NO SENTIDO DE QUE A PRÁTICA NÃO CONFIGURA VANTAGEM EXCESSIVA, ALÉM DE RECONHECIMENTO POR LEI POSTERIOR, QUE REFORÇA A IDEIA DE QUE A PRÁTICA ERA LEGÍTIMA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 493, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO, PRESERVADO O CONVENCIMENTO DA MM^a JUÍZA SENTENCIANTE. (Para eventual interposição de recurso extraordinário, comprovar o recolhimento de R\$ 198,95 na Guia de Recolhimento da União - GRU do tipo 'Cobrança' - Ficha de compensação, a ser emitida no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br); e, para recursos não digitais ou para os digitais que contenham mídias ou outros objetos que devam ser remetidos via malote, o valor referente a porte de remessa e retorno em guia FEDTJ, código 140-6 no Banco do Brasil S.A. ou internet, conforme tabela D da Resolução nº 606 do STF, de 23 de janeiro de 2018 e Provimento 831/2004 do CSM. - Adv: [Rodrigo de Farias Julião](#) (OAB: 174609/SP) - [Carolina Dutra](#) (OAB: 258656/SP) - [Vinicius Jose Alves Avanza](#) (OAB: 314247/SP).

No entendo apensar da lei ser expressa e as novas decisões judiciais terem suas aplicações no entendimento da nova lei, o que tem causado ainda algumas duvidas e indagação é o possível desrespeito ao [Código de Defesa do Consumidor](#)(CDC), frente aos arts. 39, V e X, do CDC e 36, § 3º, X e XI, da Lei nº 12.529/2011, que fazem analogia restritiva a esta prática, mais tais dispositivos entendimento foram abolidos pela Lei nº 13.455/2017, sendo agora a interpretação a ser dada é a de que não mais há proibição à diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado em virtude da redação da nova lei.

Nesse sentido é notório que a diferenciação dos preços ficará a cargo de quem vende, podendo determinar descontos para os pagamentos a serem recebidos, levando em consideração a condição dos prazos e o instrumento de pagamento.

Também deve ser observada alteração acrescentada no art. 2º da Lei nº 13.455/2017.

Art. 2º A [Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004](#), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 5º-A:

"Art. 5º-A. O fornecedor deve informar, em local e formato visíveis ao consumidor, eventuais descontos oferecidos em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

Com essas alterações acrescentadas pela art.º 2, os comerciantes passam a ficar obrigados a informar, em lugar visível, os descontos que são oferecidos, tanto com relação ao meio de pagamento quanto em relação aos prazos. Nesse sentido os comerciantes que não cumprirem essas regras estarão sujeitos a multas e sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor.

3. A LEI 13.455/2017, BENEFÍCIOS E DESVANTAGENS.

Analisando as principais críticas relacionadas a partir do vigor da nº 13.455/2017, é possível observar que as desvantagens e benefícios relacionados à nova lei, se analisarmos de forma superficial a nova lei, é possível se deixar levar pelo entendimento de que a nova lei de certa forma trouxe mais desvantagens do que benefícios para o consumidor, pois deixa o poder de decidir o preço na mão do fornecedor ou seja de quem vende, fazendo com que sejam aplicadas condições de pagamentos que não estimulem as compras a prazo, no qual se o comerciante não agir de boa fé, em vez de adquirir desconto à vista, o consumidor vai acabar pagando mais a prazo.

Por outro lado também é necessário avaliar, que grande parte dos brasileiros na situação econômica atual do país encontra-se em situação de superdividimento, devidos os estímulos do mercado que favorece as compras a prazo e no cartão de crédito, nos quais sabe-se que as

administradoras de cartão de crédito, em caso de endividamentos cobram juros muito elevados.

Também temos que levar em conta os efeitos negativos que a norma poderá gerar, como por exemplo, aumento de criminalidade por furtos e assaltos, devido a maior quantidade de consumidores, portanto mais dinheiro em espécie, tal fato também pode estimular a sonegação fiscal, diante da possível falta de controle e rastreamento dos valores pagos.

Outro ponto negativo que podemos analisar de forma negativa e a possível violação da isonomia entre os consumidores, tendo em vista que não são todos os consumidores possuidores de dinheiro em espécie para realizar suas compras. Nesse sentido, podemos observar que o parcelamento, permitido pelos cartões de crédito, é muitas vezes essencial para que esses indivíduos possam ter acesso a determinados bens e serviços, contribuindo de forma ampla para a preservação da sua dignidade dessas pessoas, que depende desse instrumento de pagamento, que certamente terá que pagar mais a prazo para poder ter acesso a esse instrumento de pagamento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De fato a nova lei ao entrar em vigor trouxe-se consigo o aspecto da inovação legislativa, fato esse que pode causar certa indignação, mais também há elemento positivo na nova lei que deve se considerado ao fazer uma análise completa do mesma. Não a duvidas que os efeitos práticos da nova lei, embora de maneira indireta, pode gerar uma diminuição significativa nas condições de uso de formas de pagamento a prazo, principalmente nos cartões de crédito, o que certamente irá causar diminuição do endividamento relacionada com o favorecimento das contas a prazos da população em geral.

De todo modo o que se espera da nova lei é redução dos preços, dos produtos e serviços, tanto na relação do consumidor com comerciante que permita a melhor forma de negociação entre as partes, quanto na relação do consumidor e comerciante com as administradoras de cartão de crédito, por exemplo, que será impulsionado pela necessidade de adequação no

mercado consumidor a oferecer descontos nas suas taxas, com objetivo de atrair os comerciantes a utilizar cartão de Crédito.

Contudo também a nova lei foi elaborada pensando em também em pacificar o tema em questão relacionada à diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, que durante longo anos se arrastou junto ao judiciário que de fato tinha jurisprudência em sentido contrário, mas de todo modo à contrariedade entre jurisprudência e a legislação que antecedeu a aplicação da lei, não é suficiente para justificar a não aplicação da nova lei, que produzira sei efeitos nas relações consumos até sua eventual revogação ou manifestação jurisprudencial vinculante que a afaste seus efeitos.

Diante de tudo isso pode-se concluir que a implantação da nova lei, regulamentou uma ação que na prática já acontecia, trazendo segurança jurídica sobre o tema, no qual entendemos que nesse aspecto a lei foi positiva, já para relações comerciais a lei só será vantajoso se consumidor na pratica conseguir obter alguma vantagem através da escolha da forma de pagamento, pois se isso não se confirmar na prática, a nova lei será prejudicial para consumidor.

Por fim, o estudo realizado, mostrou alguns aspectos referentes às mudanças nos pagamentos a vista e no crédito, com promulgação da lei nº 13.455, de 26 de Junho de 2017, que de fato vem produzindo efeitos e novos entendimentos nas relações de consumo, no qual pode se observar que lei tem sim alguns pontos positivos, mais ainda deixa algumas duvidas na sua aplicação pratica, se realmente o consumidor terá benéfico ou desvantagens, tendo em vista que a lei ainda é muito recente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.455. Promulgada em 26 de junho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13455.htm. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.962. Promulgada em 11 de Outubro de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.962.htm. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078. Promulgada em 11 de Setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 01 mai. 2018.

Disponível em <http://parceirolegal.fcmlaw.com.br/leis/lei-de-diferenciacao/> Acesso em: 01 mai. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Abusividade na distinção de preço para pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b86e8d03fe992d1b0e19656875ee557c>>. Acesso em: 09/05/2018.

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262598,21048Regulamentacao+da+diferenciacao+de+precos+conforme+o+meio+utilizado>. Acesso em: 11 mai.2018.

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-134552017-pode-trazer-algum-beneficio-ao-consumidor,589612.html>. Acesso em: 11/05/2018.

https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/566220240/andamento-do-processo-n-1030250-0620168260562-processo-digital-13-04-2018-do-tjsp?ref=topic_feed. Acesso em: 21/05/2018.

SAUDE PÚBLICA NO BRASIL: UM DIREITO DE TODOS E UM DEVER DO ESTADO

MARIELE MAYRA DE OLIVEIRA:

Bacharelanda do Curso de Graduação em
Direito Universidade Brasil,
Fernandópolis/SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador) [2]

RESUMO: A evolução da saúde no Brasil desde o Império, até a atual Constituição, qual foi baseada na Declaração Universal do Direitos Humanos, e com isso a saúde passou a ser um dos nossos maiores bens jurídicos que temos em nosso ordenamento jurídico, e deu responsabilidades solidária para os estados e municípios e descentralizou a saúde para que a população tivesse um acesso melhor a saúde, e como foi que as constituições antes de 1988 trataram desse assunto que é tão importante para o ser humano, e se atualmente a saúde pública no Brasil funciona , e como o Sistema Único de Saúde que é quem tem o papel de prestar esse serviço, tentar cumprir o que está descrito na Constituição Federal de 1988 e mostrar como o judiciário está interferindo com decisões judiciais para poder amparar quem o procura como forma de obter ajuda na área da saúde já que o Sistema apesar de tudo, ainda é falho. Outro ponto importante mostrado é como os entes federativos como União, Estados e Municípios estão contribuindo para a saúde no Brasil, e se estão cumprindo o que está previsto em nossa carta Magna, e se o então aplicando os princípios do SUS, conforme a lei 8.080/90 que foi contém as normas e funcionamento do SUS.

Palavras-chaves: Saúde Pública, Sistema Único de Saúde, Governo, Judiciário, Constituição Federal

Abstract: This scientific article aims to demonstrate the evolution of health in Brazil from the Empire to the present Constitution, since it was based on the Universal Declaration of Human Rights, and with that health became one of our greatest legal assets that we have in our legal system, and gave solidary responsibilities to states and municipalities and decentralized health so that the population had better access to health. I will also show

how the constitutions before 1988 dealt with this subject that is so important for the human being, and if today the public health in Brazil works, and as the Unified Health System that has the role of providing this service, try to comply with what is described in the Federal Constitution of 1988 and show how the judiciary is interfering with judicial decisions to be able to support who seeks it as a way to get help in the area of health since the System despite everything is still flawed. Another important point is how federal entities such as the Union, States and Municipalities are contributing to health in Brazil, and if they are complying with what is provided for in our Magna charter, and if applying the principles of the System, according to Law 8.080 / 90 that was contains the rules and operation of the Unified Health System..

Keywords: Public Health, Unified Health System, Government, Judiciary, Federal Constitution

SUMÁRIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). 2 PRINCÍPIOS E DIRETRIZES QUE REGEM O SUS. 3 RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. 3.1 DEVER DOS ESTADOS. 3.2 DEVER DO MUNICÍPIO. 4 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O primeiro passo para a saúde pública aconteceu na época do império onde o então imperador Dom Pedro I concedeu a vacina de antivariólica a todas as crianças, e em 1887 ele criou o Instituto Vacínico do Império.

O Instituto Vacínico do Império estava inserido nesse contexto de preocupações e tinha como objetivos o estudo, a prática, o melhoramento e a propagação da vacina antivariólica para todo o Império do Brasil. (Varela, Alex; Lopes, Atele de Azevedo, L; Hansen[AdPV3] [e4], P, S s.d.)

Outro passo importante para a saúde no Brasil foi a criação da lei Eloy Chaves, publicada em 24 de janeiro de 1923, pois partir desse momento criou-se a Caixa de Aposentadoria e Pensão que era administrada e mantida pelas empresas que cediam serviços médicos aos funcionários e a suas famílias, além de descontos em medicamentos, aposentadoria e pensão para herdeiros.

Foi só com a imigração de trabalhadores europeus que a pressão para a criação de tal sistema se fortaleceu, levando ao surgimento da Lei Elói Chaves, em 1923. Criou-se aí as chamadas Caixas de Aposentadoria e Pensão, que eram mantidas e geridas pelas empresas e ofereciam serviços médicos aos funcionários e a suas famílias, além de descontos em medicamentos, aposentadoria e pensão para herdeiros. (MV informática, 2016).

Mas somente a constituição de 1934 deu responsabilidade solidária a União e aos Estados previsto no artigo 10 da então carta magna vigente na época.

Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

I - Velar na guarda da Constituição e das leis;

II - Cuidar da saúde e assistência públicas (Constituição Federal 1934)

A constituição de 1937 e 1946 manteve a responsabilidade da União e deu poder para aos Estado para legislar na área da saúde.

Outro passo importante para a saúde pública foi a criação do INAMPS o Instituto Nacional De Assistência Médica da Previdência Social, uma autarquia criada no regime militar que atendia somente quem tinha vínculo com assistência social, ou seja, quem tinha carteira assinada.

Após um longo tempo de regime militar que durou 21 anos os legisladores fizeram uma nova constituição baseada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, declaração da qual o Brasil é signatário, e

colocou a saúde como um direito universal e igualitário, já que sem saúde psíquica ou física não há o que se falar sobre direitos humanos.

A constituição de 1988 não só trouxe a saúde como um direito fundamental, mais também a colocou como um direito social conforme o disposto no artigo 6º da nossa carta magna e ainda deu a responsabilidade e competência comum para a União, Estados e Municípios, que tem o dever de cuidar, fiscalizar, incentivar e dar todo respaldo que o sistema de saúde necessita, sempre em busca do bem-estar social.

Ao longo do seu texto a Carta Magna mostra como a saúde é importante e fundamental para a sociedade, e que ela é um dos direitos coletivos e individuais mais importantes que temos no nosso ordenamento jurídico, ela deve ser zelada e mantida como prioridade, pois sem saúde viveremos em uma sociedade em estado de calamidade.

Com isso, será indagado se o SUS supre as necessidades da população, e se o Estado consegue cumprir o que está imposto na Constituição, e como o judiciário está se posicionando a respeito da saúde.

1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

A constituição federal de 1988 em seu artigo 196, assegura que é dever do Estado e direito de todos acesso igualitário a saúde.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Constituição Federal 1988)

A União tenta cumprir este artigo através do SUS, que foi criado em 1990 através da lei de 8.080/90, que traz as condições para promover, proteger e recuperar a saúde, além da organização e o funcionamento dos serviços também relacionados à saúde.

Com o objetivo de cumprir a Constituição, o SUS oferece tratamento médico ambulatorial até cirurgias mais complexas como transplantes de órgãos, ele também deve atuar na prevenção e de ocorrência de agravos e recuperação dos doentes.

A rede que envolve SUS é ampla e implica tanto ações, como serviços de saúde. Ela inclui a atenção básica, média e de alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica.

Porém antes da criação SUS a realidade no Brasil era outra , só usufruía saúde quem tinha vínculo com a assistência social, ou seja, quem tinha carteira assinada , pois quem prestava esse serviço era o INANPS(O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social),uma autarquia criada em 1974 para atender apenas quem detinha vínculo com a previdência, e quem não possuía carteira assinada recorria aos poucos lugares que prestavam assistência médica gratuita como hospitais filantrópicos, ou as santas casas de misericórdia, mas que quase sempre estavam com superlotação e não podiam atender toda a população que necessitavam de ajuda. O sus ainda atende cerca de 70% dos brasileiros que não tem condições de pagar por plano de saúde, mas a saúde no Brasil ainda se encontra em estado precariedade visto as longas filas de espera por tratamento médico.

2 PRINCÍPIOS E DIRETRIZES QUE REGEM O SUS.

O artigo 198 da constituição trouxe alguns princípios, juntamente com o artigo 7 da lei 8.080/90, neste tópico veremos os princípios mais importantes que regem o SUS.

PRINCIPIO DA UNIVERSALIDADE, tem como parametro um destino a ser atingido, é um princípio chamado de finalístico, tendo como base um ideal a ser atingido, sendo a saúde um direito universal a todos, sem distinção.

Para alcançar a saúde universal a todos, existem barreiras a serem suprimidas. Uma delas foi removida com advento da nossa atual Constituição, a barreira jurídica se rompeu, trazendo em nossa Carta Magna um parecer legal na busca pela saúde para todos,

Entre os obstáculos a serem superados encontra-se os econômicos, sociais e culturais, no ponto de vista econômico, o Estado assume a obrigação de custear o serviço público de saúde com as verbas públicas, que advem dos nossos impostos. Contudo esse não é o ponto principal para alcançar a universalidade, o que se discute são situações de pessoas que vivem em lugares afastados, ou em cidades que não oferecem um atendimento específico, pessoas que não possuem condições para realizar o transporte para o tratamento de sua saúde. Para sanar esse problema o Estado deve oferecer o transporte para os necessitados fazendo valer o princípio jurídico da universalidade.

Do ponto de vista social e cultural. Temos uma diferença gigante entre usuários do sistema de saúde pública e os prestadores de serviços. A desigualdade mais evidente em nossa realidade é em relação a linguagem. O paciente não consegue transmitir o que ele precisa, de forma clara, e a linguagem utilizada pelos profissionais de saúde, não é recebida de forma clara pelo paciente. O fato mais notório são as bulas de medicamentos e as receitas médicas que possuem uma linguagem complexa e as vezes ilegível, interferindo portanto na aplicação desse princípio.

A universalidade, portanto, é um princípio finalístico, ou seja, é um ideal a ser alcançado, indicando, portanto, uma das características do sistema que se pretende construir e um caminho para sua construção. Para que o SUS venha a ser universal é preciso se desencadear um processo de universalização, isto é, um processo de extensão de cobertura dos serviços, de modo que venham, paulatinamente, a se tornar acessíveis a toda a população. Para isso, é preciso eliminar barreiras jurídicas, econômicas, culturais e sociais que se interpõem entre a população e os serviços (Teixeira, C. 2016, p.3)

O princípio da equidade é outro princípio finalístico do SUS, é um dos princípios que afeta diretamente a maneira de tratamento dos pacientes, esse princípio tem como base um direito essencial para todos, independente da área, é um princípio que busca a aplicação dos Direitos Humanos, tratando os desiguais nas medidas de suas desigualdades, ou seja, tratar desigualmente os desiguais em busca da igualdade de oportunidade entre eles.

Na área da saúde essa desigualdade se baseia, como exemplo, na prioridade de tratamento daqueles que mais necessitam, aqueles que possuem um risco de morte, devem ter prioridade na busca do seu tratamento, isso não implica em deixar de atender aquele que menos precisa, isso se relaciona em atender primeiramente o mais necessitado, trazendo a ele a oportunidade de se tratar, trazendo uma equidade, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades.

Para aplicação desse princípio o serviço público utiliza de medidas a assegurar o direito a saúde para as pessoas mais necessitadas, priorizando e dando atenção aos grupos mais necessitados da sociedade, onde as condições de vida e de saúde são mais precárias.

Princípio da integralidade do sistema de saúde traz como mais um ideal finalístico na busca da melhor aplicação do direito a saúde para a população, esse princípio tem relação com todo o sistema, pois a busca pela saúde não baseia-se apenas em atendimento aos doentes, um sistema integro é utilizar de todas ações possíveis para a promoção da saúde, utilizando um conjunto de práticas para sanar os problemas e para melhor aplicação das políticas públicas

A integralidade diz respeito a atenção total que a saúde merece, um sistema integro é aquele que dispõe de pessoal capacitado, equipamentos necessários, estabelecimentos para atendimento, e recursos a serem aplicados de maneira efetiva, um serviço integro busca a prevenção o tratamento e todas as demais formas de garantir a saúde da população.

O princípio da descentralização diz respeito a maneira de organização do SUS, a união descentraliza os seus poderes para os Estados e municípios, um dos motivos para esse acontecimento é a impossibilidade da união

fiscalizar, e dar todos respaldo necessário para todas unidades de saúde, isso acontece por uma questão geográfica, o Brasil é muito grande, cabendo a distribuição da competência para uma melhor aplicação do SUS.

A descentralização da gestão do sistema implica na transferência de poder de decisão sobre a política de saúde do nível federal (MS) para os estados (SES) e municípios (SMS). Esta transferência ocorre a partir da redefinição das funções e responsabilidades de cada nível de governo com relação à condução políticoadministrativa do sistema de saúde em seu respectivo território (nacional, estadual, municipal), coma transferência, concomitante, de recursos financeiros, humanos e materiais para o controle das instâncias governamentais correspondentes. (Teixeira, C. 2016, p.6)

Esses são os principais princípios do SUS, princípios que servem como parametro para a boa aplicação e orientação do sistema de saúde, eles servem como base jurídica para elaboração de normas, sempre levando em consideração a sua total aplicação em beneficio da coletividade.

3 RESPONSABILIDADE DA UNIÃO

No artigo 197 da nossa Carta magna deixa claro que a saúde é de responsabilidade do poder público, sendo ele responsável por criar normas para regulamentar, fiscalizar e controlar a saúde e dar respaldo financeiro para desenvolvimento e implantação de políticas públicas na área da saúde.

A União age através do ministério da saúde que foi criado em junho de 1953 através da lei nº 1.920, a partir desse episódio ele ficou responsável pela saúde em âmbito nacional. O ministério da saúde no Brasil tem como objetivo cuidar, proteger, fiscalizar e promover políticas públicas de âmbito nacional na área da saúde, além de apoiar e implementar políticas de alimentação e nutrição, saneamento básico, e controle de agressões ao meio ambiente.

Como cabe a União a fiscalização da saúde em âmbito nacional, ela criou uma autarquia em regime especial a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) que tem como objetivo a promoção da saúde no Brasil, além de fiscalizar alimentos, medicamentos e até cosméticos e serviços de risco a saúde.

Já o apoio financeiro vem do governo federal sendo o principal financiador da rede pública, ela deve investir o mesmo valor que investiu no ano anterior acrescido do percentual relativo a variação do Produto Interno Bruto (PIB).

Consequentemente, seguindo os princípios da responsabilidade da União cabe aos entes federativos implementar políticas públicas em esfera estadual e municipal, entre elas, apoiar políticas de alimentação e nutrição, dar saneamento básico a população, criar secretarias e normas de esfera estadual na área da saúde, fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; colaborar com a União, promover a descentralização para os municípios e dar apoio financeiro aos municípios na área da saúde, sendo dever dos estados destinar anualmente pelo menos 12% da [\[AdPV5\]](#) arrecadação dos seus impostos a saúde.

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o [art. 155](#) e dos recursos de que tratam o [art. 157](#), a [alínea "a" do inciso I](#) e o [inciso II do caput do art. 159](#), todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. ([Lei complementar Nº 141, DE 13 de janeiro 2012](#))[\[AdPV6\]](#)

Cabe ao Município executar ações e serviços de saúde no âmbito do seu território, planejar e organizar políticas públicas de saúde e nutrição em esfera municipal, criar secretarias na área da saúde, promover saneamento básico em esfera municipal, colaborar com a União e Estados na fiscalização da saúde pública e privada, executar serviço de vigilância epidemiológica, vigilância sanitária e aplicar anualmente pelo menos 15% das arrecadações dos seus impostos em ações e serviços públicos de saúde.

Art. 7º-Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o [art. 156](#) e dos recursos de que tratam o [art. 158](#) e a alínea "b" do inciso I do caput e o [§ 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. \(Lei complementar Nº 141, DE 13 de janeiro 2012\)\[AdPV7\]](#)

O município é quem ocupa o papel mais importante, pois ele é o contato direto que os usuários da saúde têm com o SUS, cabendo então a si, uma responsabilidade enorme para o bom andamento do sistema de saúde nacional.

4 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA.

Já foi abordado aqui que o Estado é quem tem o dever de cuidar e proteger da saúde, apesar dos artigos da constituição serem claros, a saúde no Brasil ainda é um grande problema, visto as grandes filas de espera para procedimentos médicos ou até para uma simples consulta em postos de saúde. O baixo investimento feito no SUS é claro. A corrupção é um dos fatores que afeta diretamente os usuários do SUS, pois, isso faz com que falte profissionais adequados, medicamentos e até leitos hospitalares.

Como a saúde ainda é um problema, alguns usuários do SUS buscam o judiciário, seja para conseguir remédios de alto custo ou simplesmente pela falta de atendimento médico. Em 2011 o ministério da saúde e o Conselho Nacional de saúde lançaram a Carta dos direitos dos usuários da saúde que traz direitos e deveres dos usuários da saúde pública.[\[AdPV8\]](#) [\[1\]](#)

Um dos direitos previsto é que toda pessoa deve receber tratamento adequado em tempo hábil para resolver seu problema. Sabemos que não é isso que acontece, em 2014 o Estado do Rio de Janeiro proferiu uma decisão condenando o município de Maricá a pagar uma indenização por danos morais por demora no atendimento à saúde.

*Processo: APL 00113709220118190031 RIO DE JANEIRO
MARICA 2 VARA*

Órgão Julgador DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

*Partes APELANTE: MUNICIPIO DE MARICA, APELADO:
FLORIANA MARIA DA COSTA MARINS*

Publicação: 15/08/2014

Julgamento em 13 de agosto de 2014

Relato: EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS

*Ementa: AGRAVO LEGAL RESPONSABILIDADE CIVIL
SAÚDE PÚBLICA FALHA E DESCASO NO ATENDIMENTO
MÉDICO OMISSÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO
ENTE FEDERATIVO - DANO MORAL CONFIGURADO VERBA
FIXADA DE FORMA RAZOÁVEL DANO MATERIAL
COMPROVADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE
MERECEM REDUÇÃO - TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA.*

A autora não foi atendida no nosocômio réu tendo que se deslocar para atendimento particular, sendo certo que não foi dispensado o tratamento médico adequado às lesões da autora. O dano moral decorrente da omissão do apelante ficou caracterizado, uma vez que o apelado não recebeu a devida orientação e tratamento, o que prolongou desnecessariamente sua dor e sofrimento. Presença dos pressupostos da responsabilidade civil. Dano moral configurado. Verba indenizatória fixada de forma razoável. O Município está isento do pagamento das custas judiciais, por força do art. 17, IX da Lei 3.350 de 1999, contudo é devida a taxa judiciária. Redução dos honorários advocatícios sucumbenciais. Negado provimento ao recurso.^[2]

Ainda nesta mesma cartilha o ministério da saúde diz que "recebimento, quando prescritos, dos medicamentos que compõem farmácia básica e, nos casos de necessidade de medicamentos de alto custo, deve ser garantido o acesso conforme protocolos e normas do Ministério da Saúde;"

Em 22 de março de 2018 o tribunal de Justiça de Santa Catarina negou o recurso do Estado de Santa Catarina, e concedeu a Marlene Rosa Paganella o fornecimento de medicamento gratuito

Processo AI 40000237820178249008 Capital 4000023-78.2017.8.24.9008

Órgão julgador: Oitava Turma de Recursos - Capital

Julgamento em: 22 de março de 2018

Relator: Giuliano Ziembowicz

Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. PROVA INEQUÍVOCA DEMONSTRADA ATRAVÉS DA DOCUMENTAÇÃO ANEXA À PETIÇÃO INICIAL. NECESSIDADE DE FORNECER O MEDICAMENTO PARA A MANUTENÇÃO DA SAÚDE DO AGRAVADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O medicamento, ainda que não padronizado, uma vez demonstrada a necessidade do paciente, deve ser fornecido gratuitamente pelo Estado, entendendo-se este em todos os seus níveis - federal, estadual e municipal. (Apelação Cível nº 2005.000306-3, rel. Des. Luiz César Medeiros).[\[AdPV9\]](#) [\[3\]](#)

Durante o CONNAS de fevereiro e março de 2015 um dos assuntos mais comentados foi a atuação do judiciário na área da saúde, a conselheira do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) Débora Ciocci recomendou que fossem feitas parceria com profissionais da saúde para que dessem suporte aos juízes para tomarem uma decisão mais técnica.

O Superior Tribunal de Justiça também julgou um recurso repetitivo no dia 25/04/2018 esclarecendo os critérios que são exigidos para propor ação para obtenção de remédios de alto custo, que são eles:

1 -Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do

medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito;

3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Assim o judiciário terá uma certa clareza para julgar os processos sobre medicamento de alto custo.

CONCLUSÃO.

A saúde no Brasil teve uma evolução muito significativa com a criação do SUS, a constituição de 1988 não só inovou como garantiu o acesso gratuito e igualitário a quem não tem vínculo com a previdência, mas não podemos esquecer que ainda falta muito a melhorar, e que precisamos cobrar dos nosso governo um aprimoramento nessa área que precisa de muita atenção, pois sem saúde não há vida.

Para garantir o direito de cobrar dos nossos representantes, deve-se levar em consideração, o objeto mais importante que a população tem em mãos, a democracia, ela não foi um direito adquirido para ser desperdiçado com votos em pessoas que não contribuem com o crescimento na nação. Deve se eleger as pessoas certas e cobra-las para que nossa saúde pública se torne referência, além disso deve ser destinado uma porcentagem maior das contribuições dos entes federativos para custear e melhorar o funcionamento do SUS, pois sabemos que a saúde o é um dos nossos maiores bens e ela precisa ser garantida pelo Estado.

REFERÊNCIAS

Assistência Farmacêutica. (s.d.). Fonte: Ministério da Saúde: <http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas>

Carvalho, N. C. (24 de Novembro de 2015). *Saúde: Competências do Município, Estado e União.* Fonte: Prefeitura de Guará:

<http://guarai.to.gov.br/portal/saude-competencias-do-municipio-estado-e-uniao/>

Conselho Nacional de Saúde. (s.d.). Fonte: Ministério da Saúde: http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8080_190990.htm#sobe

Educação, Portal. (2012). *Saúde Pública*. Campo Grande.

Farmácia Popular. (s.d.). Fonte: Consulta Remédios: <https://consultaremedios.com.br/farmacia-popular>

Fleury, S., & Carvalho, A. I. (s.d.). *INSTITUTO NACIONAL DE ASSISTENCIA MEDICA DA PREVIDENCIA SOCIAL (INAMPS)*. Fonte: FGV: <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/instituto-nacional-de-assistencia-medica-da-previdencia-social-inamps>

Mallmann, E. (31 de Outubro de 2012). *Artigos*. Fonte: DireitoNet: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>

Materiais Educativos. (27 de Junho de 2016). Fonte: MV: <http://www.mv.com.br/pt/blog/um-breve-relato-da-historia-da-saude-publica-no-brasil>

Oliveira, A. d. (19 de Janeiro de 2017). *Área da Saúde*. Fonte: Estratégia Concursos: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-8080/>

Pedro, A., Carvalho, C., & Henriques, G. (13 de Janeiro de 2004). *Trabalhos*. Fonte: Universidade de Evora: <http://evunix.uevora.pt/~sinogas/TRABALHOS/2003/Variola.htm>

Prevenção e Controle de Agravos Nutricionais. (s.d.). Fonte: Ministério da Saúde: http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_pcan.php

Promoção da Saúde e da Alimentação Adequada e Saudável. (s.d.). Fonte: Ministério da Saúde: http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_promocao_da_saude.php

Saudável), M. (. (08 de Agosto de 2017). *O que é Farmácia Popular*. Fonte: MINUTOSAUDAVEL: <https://minutosaudavel.com.br/o-que-e-farmacia-popular-como-funciona-como-participar-faq/>

Souza, N. (29 de Maio de 2017). *Artigos*. Fonte: Ponto dos Concursos: <https://www.pontodosconcursos.com.br/artigo/14673/natale-souza/lei-organica-8-080-90-comentada-em-topicos-parte-01>

Varela, A., Lopes, A. A., & Madureira, F. J. (s.d.). *INSTITUTO VACÍNICO DO IMPÉRIO*. Fonte: Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde

no Brasil (1832-1930):

<http://dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/pt/verbetes/instvacimp.htm#topo>

Vieira, G. M. (01 de Julho de 2008). *Artigos*. Fonte: Administradores.com:

<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/comentarios-aos-principios-do-sus-lei-n-8-080-de-19-de-setembro-de-1990/23730/>

Waldman, E. A. (1998). *Vigilância em Saúde Pública*. São Paulo: Fundação Peirópolis LTDA.

NOTAS:

[1] Carta dos direitos dos usuários da saúde 1. Ed. Brasília, 2012. p.5.

[2] Acessado no dia 23 de Maio 2018 e disponível no JusBrasil no link: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375726420/apelacao-apl-113709220118190031-rio-de-janeiro-marica-2-vara/inteiro-teor-375726430>

[3] Acessado no dia 23 de Maio 2018 e disponível no JusBrasil no link: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559657759/agravo-de-instrumento-ai-40000237820178249008-capital-4000023-7820178249008>

[AdPV1] Citar a autora e o orientador nos termos da ABNT, bem como conforme citado nos respectivos currículos lattes

[AdPV2] Incluir link do currículo lattes na nota de rodapé

[AdPV3] Recomenda-se utilizar o sistema da ABNT, autor/data

[e4]

[AdPV5] verificar espaço

[AdPV6] só isso sobre o dever dos Estados???

[AdPV7] idem

[AdPV8] citar fonte de pesquisa

[AdPV9] idem

CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE EM CONFRONTO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

CIRILO CHAVES CARVALHO:
Bacharelado do Curso Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

LILIANE DE MOURA BORGES
(Orientadora)[\[1\]](#)

RESUMO: O presente artigo trata da concessão de benefício assistencial sob o critério da miserabilidade em confronto com princípios constitucionais. Para tanto, será elucidado o aspecto histórico da assistência social, conceitos, procedimentos e processo para concessão do benefício assistencial, bem como o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca do requisito meramente econômico da renda *per capita* para fins de concessão do benefício assistencial em afirmação aos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa e o método indutivo, utilizando-se de livros, revistas, artigos e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo é encerrado destacando que é necessário levar em consideração outras situações de vulnerabilidade e realidade de fato do caso concreto para o deferimento ou indeferimento do amparo assistencial.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência social; Benefício assistencial; Dignidade Humana; Miserabilidade.

ABSTRACT: This article deals with the granting of welfare benefits under the criterion of miserability in comparison with constitutional principles. In order to do so, the historical aspect of social assistance, concepts, procedures and procedures for granting the benefit of the assistance, as well as the understanding given by the Federal Supreme Court regarding the purely economic requirement of per capita income for purposes of granting the welfare benefit in affirmation, will be elucidated constitutionally established social rights. The methodology adopted was

the bibliographical research, through the qualitative approach and the inductive method, using books, magazines, articles and jurisprudence of the Federal Supreme Court. The article concludes by pointing out that it is necessary to take into account other situations of vulnerability and actual reality of the concrete case for the deferral or rejection of the care assistance.

KEYWORDS: Social assistance; Benefit; Human dignity; Miserableness.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL. 2.1 CONCEITO. 2.2 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL. 3 CABIMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO. 3.1 FASES PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. 3.2 CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL EM DETRIMENTO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DE MISERABILIDADE. 4 CONFRONTO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, §3º DA LOAS. 4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS. 4.2 CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, §3º DA LOAS E CRITÉRIO DA MISERABILIDADE PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 203, inciso V da Constituição Federal traz a previsão da garantia de um salário mínimo mensal para o idoso e para o deficiente. Diante disso, o legislador infraconstitucional regulamentou pela Lei nº [8.742/93](#) (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), a qual estabeleceu critérios para a concessão da benesse.

Sendo assim, o benefício assistencial é apenas um entre os diversos ofertados pela Assistência Social, sendo corolário desta, amparar as classes menos favorecidas da sociedade ou como a própria lei indica aquelas pessoas que estejam em forte vulnerabilidade social, tendo tais indivíduos que comprovarem a necessidade e possibilidade desta assistência estatal.

Vale ressaltar que, como característica da Assistência Social, para a concessão do benefício assistencial não é necessário haver contribuição por parte do possível beneficiário, uma vez que o amparo busca minimizar os riscos sociais e garantir um mínimo para lhes resguardar a dignidade.

Os indivíduos que podem pleitear a concessão assistencial são os idosos e deficientes. Os primeiros desde que tenham idade igual ou superior 65 (sessenta e cinco anos) e aos deficientes que demonstrem a incapacidade para vida independente e para o trabalho, possuindo ambos em comum o critério econômico do núcleo familiar, já que o 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 estabelece a regra da não superação de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente.

Diante disso, a problemática enfrentada nesse trabalho tem a ver com recentes decisões judiciais sobre a aplicação dos critérios da miserabilidade, característica presente em ambos os benefícios, e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da norma que regula essa realidade social e o requisito *renda per capita*, em relação aos critérios de concessão do benefício assistencial, através da Reclamação Constitucional nº 4.374, no julgamento de 18 de abril de 2013 com acórdão eletronicamente em 04/09/2013.

Por esta direção muita relevância tem o tema que se investiga, uma vez que existe repercussão social, pois grande parte da sociedade é formada por indivíduos hipossuficientes, que por serem idosos ou incapacitados fisicamente não conseguem por meio do trabalho prover as necessidades mínimas de sobrevivência ou auto sustento.

Ainda, será apresentado o conceito de Assistência Social e seus aspectos históricos, bem como a fase administrativa para a concessão do benefício e processo judicial. Além de demonstrar a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o critério meramente econômico para o deferimento da benesse e sua relação com o cumprimento do primado constitucional da dignidade humana.

A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa e o método indutivo, utilizando-se de livros, revistas, artigos e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo é encerrado destacando que é necessário levar em consideração outras situações de vulnerabilidade e realidade de fato do caso concreto para o deferimento ou indeferimento do amparo assistencial.

2 ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Uma das balizas norteadoras da assistência social foi a previsão constitucional pelo artigo 203, inciso V, do benefício de prestação continuada concedido aos deficientes e aos idosos que não possuem condição de manter o próprio sustento ou de tê-lo provido por auxílio da família de forma satisfatória (BRASIL, 1988).

A assistência social é desenvolvida por um conjunto de ações que envolvem o poder público e toda a sociedade com a finalidade última de garantir que sejam atendidas as necessidades vitais e básicas dos considerados hipossuficientes, sendo isto, o seu requisito fundamental.

Entretanto, apesar de prevista constitucionalmente, a norma precisou necessariamente de regulamentação pelo artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS) para que tomasse toda a plenitude para a qual foi elaborada.

O alicerce da assistência social encontra-se na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece diretrizes, e a Lei nº 8.742/93, que estatui os objetivos, princípios e ações a serem desenvolvidas. É importante salientar que a LOAS foi alterada pela Lei nº 12.435, de 2011, e que constantemente vem sendo aplicada por nossos tribunais, responsáveis por dizer o direito e aplicar em cada caso concreto o efetivo direito a seguridade social.

2.1 CONCEITO

Partindo dessas notas introdutórias sobre a assistência social no Brasil é fundamental trazer o conceito doutrinário e legal dessa ferramenta disponível ao Estado em proteção aos que mais precisam na sociedade. Amado (2016, p.44) conceitua a assistência social do seguinte modo:

É possível definir a assistência social como as medidas públicas (dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana.

Como se observa a assistência social funciona como uma complementação da previdência social. A característica de destaque é o caráter não contributivo, ou seja, não existe a obrigação da contribuição ao sistema de previdência tendo em consideração que o constituinte originário assegurou seu alcance a todos de que dela precisarem. A legislação específica que trata da assistência social só foi estabelecida em 1993 com a publicação da Lei nº 8.742/93, a conhecida Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Como bem leciona Martins (2016, p. 698) a "Assistência vem do latim *adsistentia*. É o ato ou efeito de assistir, de proteger, de amparar, de auxiliar em estado de necessidade". E ainda, define o mesmo doutrinador acerca da assistência social como sendo:

[...] um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequeno benefício e serviços, independente de contribuição por parte do interessado.

Sob o aspecto do conceito legal da assistência social vale destacar a Lei nº 8.212/91, que dispõe de forma geral a organização da seguridade social, em seu título IV existe previsão no sentido de que se trata de política

social para o atendimento de necessidades básicas com fito na proteção integral dos diversos grupos vulneráveis da sociedade. É o que está expresso no artigo 4º da referida Lei abaixo transcrito e que revela o seu caráter não contributivo:

Art. 4º A Assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social (BRASIL, 1991).

Dessa maneira, a assistência social está intimamente ligada ao direito fundamental da dignidade humana, quando se revela ser um instrumento dotado de programas e estruturas assistenciais promovidos pelo Poder Estatal, com objetivo de amparar as pessoas necessitadas sem condições de subsistência para uma vida minimamente digna.

Como já apontado, a assistência social não detem caráter contributivo, sendo mantida e custeada pelo Estado com o auxílio de particulares. A própria Constituição Federal determinou essa característica da assistência social, como se observa do artigo 203, *caput*.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, **independentemente de contribuição à seguridade social**, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso

que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

Assim, a assistência social tem seu assento na busca efetiva pela manutenção das condições mínimas de sobrevivência àqueles que não tiverem condição de subsistir, como os idosos, menores abandonados e pessoas com deficiência física, mental, intelectual e sensorial, sempre com o objetivo maior de facilitar a promoção de uma vida mais digna aos que se encontram em situação de miserabilidade.

2.2 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A doutrina especializada frisa que não havia anteriormente a Constituição Federal de 1988, legislação específica para a Assistência Social. Esta era explorada conjuntamente com a Previdência Social. Ainda muito se debatia sobre o estudo conjunto da Assistência com o Direito do Trabalho, sendo considerada uma parte do Direito do Trabalho, sem autonomia própria. Somente em 1977 foi editada a Lei nº 6.439 a qual em seu artigo 9º, determinou que a Legião Brasileira de Assistência (LBA) deveria prestar assistência social à população carente, através de programas de desenvolvimento social, assim como, o atendimento das pessoas independentemente de vinculação (MARTINS, 2016 p. 697).

Entretanto, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que a Assistência Social passou a ser tratada em âmbito constitucional, mais precisamente nos artigos 203 e 204, sendo *a posteriori* regulamentada pela LOAS (Lei nº 8.742/93), a qual traz regras e é o documento norteador, o estatuto legal da organização da assistência social no Brasil (MARTINS, 2016 p. 697).

A legislação regulamentadora trouxe ainda, os Decretos nºs 1.330, de 08 de dezembro de 1994, que dispôs acerca do benefício de prestação continuada, e 1.744, de 08 de dezembro de 1995, que trata do benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, porém, foram posteriormente revogados pelo Decreto nº. 6.214, de 26 de setembro

de 2007, sendo esta a nova legislação que disciplinou o benefício de prestação continuada (MARTINS, 2016 p. 697).

3 CABIMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO

A relação jurídica previdenciária é constituída, de um lado, pelo segurado, e de outro, pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que é uma autarquia federal responsável por gerenciar e administrar a Previdência Social no Brasil.

Por se tratar de órgão da Administração Pública Indireta, admite e utiliza princípios e bases do processo administrativo, que na prática possuem o papel de controlar e adequar os procedimentos para concessão de benefícios assistenciais. De acordo com o próprio Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em seu artigo 658 da Instrução Normativa 77/2015 de 21 de janeiro de 2015 o processo administrativo previdenciário é “o conjunto de atos administrativos praticados nos Canais de Atendimento da Previdência Social, iniciado em razão de requerimento formulado pelo interessado, de ofício pela Administração ou por terceiro legitimado, e concluído com a decisão definitiva no âmbito administrativo”. Essa decisão é dada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio do parecer dos peritos médicos no caso do critério deficiência ou perito social no caso de hipossuficiência.

No processo administrativo podem surgir nuances aplicáveis exclusivamente a essa espécie processual, e ela como todo procedimento se divide em fases: a fase inicial, instrutória, decisória, recursal e a fase do cumprimento das decisões administrativas (AMADO, 2016 p. 995). Cada uma das fases será apreciada no momento oportuno. Por outro lado, temos o processo judicial previdenciário, que após a decisão final administrativa negativa do pedido do interessado, o mesmo poderá ingressar com pedido judicial, sujeitando-se a todas as aplicações e características do processo judicial.

Assim, após o requerimento administrativo cujo resultado foi o indeferimento da assistência, o requerente poderá propor a ação previdenciária cabível para a concessão do benefício.

3.1 FASES PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

A Constituição Federal garante em seu artigo 203, inciso V, um salário mínimo mensal ao idoso e ao deficiente desde que comprovem não auferir renda superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. Foi com o objetivo de regulamentar tal dispositivo constitucional que a Lei nº. [8.742/93](#) criou o Benefício de Prestação Continuada.

Trata-se de um benefício personalíssimo e intransferível, somente podendo requerê-lo administrativamente quem realmente necessite, não gerando, por conseguinte qualquer direito a pensão pelo fato de sua intransmissibilidade. Porém, em se tratando de morte do beneficiário os herdeiros legais receberão a título de herança o que em vida aquele deixou de receber, apenas como exceção a regra da intransmissibilidade. Ainda obedecendo aos ditames da Lei, o benefício ora em comento não gera qualquer tipo de abono anual, não podendo ser cumulado com nenhum outro da previdência ou assistência social, exceto a assistência médica (BRASIL, 1993).

É necessário destacar ainda, que para a concessão do benefício de prestação continuada, a declaração de renda a ser auferida deve ser por cada membro da família discriminadamente. Essa obrigação deve ser apresentada pelo próprio requerente ou por seu representante legal, sob pena de não atender aos requisitos impostos pela LOAS, e ver o benefício ser administrativamente indeferido. Isso se dá para a comprovação do requisito econômico de renda *per capita* inferior $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo para a percepção do amparo (BRASIL, 1993).

Diante disso, a própria lei trata de elucidar quem se encaixa como família, ou seja, cônjuges, companheiros, filhos ou equiparados até 21 (vinte um) anos (art. [16](#) da Lei nº. [8.213/91](#)). Tais membros familiares devem viver efetivamente sob o mesmo teto (art. [20, § 1º](#) da Lei nº. [8.742/93](#)) e constar expressamente na declaração outrora referida. Por óbvio, o Poder Judiciário cuidou de tornar mais abrangente o conceito de família, considerando também todas as pessoas que vivam sobre o mesmo teto, como tios, sobrinhos, noras e genros.

O Decreto nº. 7.617 de 17/11/2011 traz ainda, o conceito de família, que muito embora tenha sofrido diversas novas interpretações, serve para delinear a composição da renda per capita do grupo:

Artigo 4^a [...] V - família para cálculo da renda per capita: conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto;

É fundamental ressaltar que o conceito de família tem sofrido diversas mutações, e para tanto, deve conduzir o aplicador do direito para dar maior efetividade aos ideais constitucionais de 1988.

Para que se obtenha a concessão do benefício assistencial é preciso passar por fases, sejam elas na via administrativa ou pelo meio judicial. Na primeira via, e tendo por base a legislação regulamentadora, o processo administrativo previdenciário terá as seguintes fases: a) fase inicial; b) fase instrutória; fase decisória; c) fase recursal e fase de cumprimento das decisões administrativas.

Na fase inicial cabe ao segurado ou o seu dependente requerer junto ao INSS a concessão da prestação previdenciária que entenda ter direito, bem como deve nesse momento prestar todos os esclarecimentos e documentos exigidos pela Previdência Social (AMADO, 2016 p. 996).

A fase instrutória são as atividades do INSS no sentido de averiguar e comprovar os requisitos legais para o reconhecimento de direito aos benefícios e serviços oferecidos pela Previdência Social, seja o processo por meio digital ou físico, sendo que mesmo que o pretense beneficiário não atenda aos critérios e requisitos legais deve a Previdência instruir o processo quanto a todas as pretensões requeridas. (AMADO, 2016 p. 1005)

Já na fase decisória, como o próprio nome já revela, é o instante que a autarquia previdenciária, por meio da decisão administrativa do

perito médico e/ou social, dá uma resposta fundamentada ao requerimento que poderá levar a concessão ou indeferimento do benefício ou serviço. Deve-se se levar em conta a obrigatoriedade da fundamentação com a análise das provas e documentos diversos apresentados (AMADO, 2016 p. 1017).

A fase recursal compete ao Conselho de Recursos da Previdência Social julgar decisões do INSS nos processos de interesse dos beneficiários impugnadas por recurso ordinário em 30 dias, para que apreciando o caso decidam pelo indeferimento ou concessão do benefício (AMADO, 2016 p. 1019).

Havia uma polêmica sobre a necessidade de prévio requerimento administrativo junto a autarquia previdenciária para a propositura da ação judicial. Contudo, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal que decidiu que a exigência não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois sem pedido administrativo anterior não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito.

Por outro lado, assentou que não existe a necessidade de formulação de pedido administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefícios, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato e naqueles em que a posição do INSS seja notoriamente contrária ao direito postulado (RE nº 631.240, Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 27.8.2014, Dje 7.11.2014).

Superada essa antiga divergência o desenrolar do processo judicial previdenciário acontece obedecendo a todos os critérios e aplicações da lei processual civil. Deve-se ater a competência para julgamento das ações, a fase de conhecimento, instrução, julgamento e decisão final para somente com a sentença definitiva se possa obter o benefício pretendido pela via judicial.

3.2 CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL EM DETRIMENTO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DE MISERABILIDADE

Como afirmado anteriormente o benefício assistencial consiste na garantia constitucional de assistência a deficientes e idosos de um salário mínimo mensal, a qual foi devidamente regulamentada pela Lei n. [8.742/93](#), desde que estes comprovem serem miseráveis economicamente, ou seja, a renda do grupo familiar não ultrapasse $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente.

Ao requerente idoso o benefício assistencial somente é devido quando este tiver idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos. Porém, nem sempre foi assim, quando da regulamentação por lei do benefício, isso porque na redação antiga do caput do art. [20](#) da Lei n. [8.742/93](#), que se refere aos critérios de concessão, previa a idade do idoso de 70 (setenta) anos entre os anos de 1996 a 1997. Com a CF/1988 até o ano de 2003 a idade mínima para o idoso era 67 (sessenta e sete) anos, em decorrência da Lei nº. [9.720/98](#). E em 2004 com a chegada do [Estatuto do idoso](#) (Lei nº. 10.741/03), a idade mínima do idoso passa a ser 65 (sessenta e cinco) anos (art. 34 c/c com o art. 118). Esse critério apenas se aplica ao benefício, já que este diploma mantém como idoso (art. 1º) a idade de 60 (sessenta) anos.

O outro possível beneficiário é a pessoa com deficiências física, mental intelectual ou sensorial, as quais podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os demais cidadãos, devendo passar por exame pericial médico e/ou social realizado na agência previdenciária, devendo ficar constatado a impossibilidade ao trabalho e à vida independente. O conceito encontrado na legislação, o §2º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 revela bem o que é considerado deficiência:

§2º - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas;

Expressa muito bem esse conceito as palavras do doutrinador Sérgio Pinto Martins:

Pessoa com deficiência é a que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. MARTINS (2016, p. 718)

A questão da incapacidade está relacionada com as aptidões do indivíduo, ou seja, se ele possui condições de demonstrar controle sobre seus próprios desejos. Ao passo que ser deficiente não significa ser incapaz, já que diversas “deficiências” permitem que o indivíduo desenvolva atividades de uma pessoa considerada “normal”.

Outra definição legal encontra guarida na própria Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS no art. [20, § 2º](#), da Lei nº [8.742/93](#), mais recentemente modificada pela Lei nº [12.435/2011](#), que passou a dispor do novo conceito de deficiência:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

- I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;
- II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Ora, essa nova definição leva em consideração dois aspectos principais:

- I - o **biológico** (*impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial*);
- II - **sociológico** (*interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da*

participação plena e efetiva do deficiente na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas).

A legislação pátria ampliou o conceito de deficiente, abrangendo dessa forma, a questão social deste. Por fim, cabe destacar o conceito sobre deficiência, visto através do [Decreto nº 3.956](#), de 08 de outubro de 2001, que promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, que trouxe em seu art. 1º o seguinte:

Artigo I - Para os efeitos desta Convenção, entende-se por: 1. Deficiência O termo "**deficiência**" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Essa Convenção só tem a confirmar ainda mais o ideal proposto pela LOAS, tratando a deficiência não como uma incapacidade incurável, mas, como algo passageiro que deve ter o cuidado por parte do Estado em alguns casos. Não se olha a deficiência como falha no caráter físico ou mental, mas pelo contrário, envolve as limitações da pessoa tida como deficiente se equiparada às demais pessoas.

O critério de miserabilidade e hipossuficiência financeira para deficiente e idoso é obtido no texto legal § 3º do artigo 20 da Lei [8.742/93](#), alterada pela Lei [12.435/11](#): "§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo".

Tendo em vista essa previsão legal, o Decreto 7.617/11 aborda como é feito o cômputo da *renda per capita*:

Art. 4 [...] VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta

por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, pro-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.º 2º.

Para se comprovar a renda *per capita* será apresentando no INSS uma série de documentos dos componentes que constam na declaração do núcleo familiar e renda. Como por exemplo, pode ser: carteira de trabalho da previdência social com anotações atualizadas, carnê de contribuição para o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, extrato de pagamento de benefício entre outros.

Insta observar que tanto o idoso, como o deficiente estão em situações semelhantes, observa-se, o idoso está em um momento da vida em que suas condições físicas e até intelectuais não condizem mais com as exigências do mercado, causando assim incapacidade relativa laborativa aliada à econômica de sua família.

Por outro lado o deficiente, jovem ou adulto, incapacitado ou não por tempo certo, possui restrições que lhe impede de trabalhar, razão esta que justifica a concessão do LOAS. Mas não somente por isso, geralmente a família que possui um deficiente em casa deixa de trabalhar fora de casa para cuidar deste, gerando, por conseguinte uma perda de renda na família, uma vez que com a dedicação exclusiva não poderá exercer outra profissão.

4 CONFRONTO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, § 3º DA LOAS

A concessão do benefício assistencial de prestação continuada revela-se um instrumento pelo qual o constituinte possibilitou a inserção

social e a garantia de uma mínima existência digna às pessoas deficientes e idosas de renda expressivamente baixa.

Todavia, o pretense beneficiário deve preencher ao critério econômico da miserabilidade para a concessão da benesse estatal, uma vez que a legislação infraconstitucional regulamentadora exige a percepção de renda *per capita* familiar inferior a 1/4 do salário mínimo, para ter direito ao amparo.

O princípio da dignidade humana postulado fundamental previsto na Constituição Federal é perfeitamente cumprido quando se busca a concretude da igualdade entre os que se encontram em desigualdade. Como bem assevera NUNES (2002, p. 45):

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

O requisito da miserabilidade de caráter econômico deve ser ponderado no que pesa a busca pela real isonomia, com fito em cumprir e concretizar o direito ao mínimo de dignidade humana àqueles mais fragilizados pelas desigualdades materiais e sociais existentes.

Dessa forma, existe um confronto evidente entre princípios de ordem constitucional e o critério meramente econômico sem a devida ponderação para se alcançar o mínimo existencial previsto no próprio texto constitucional. A análise do critério econômico precisa ser ponderado frente a real miserabilidade dos envolvidos no processo de concessão do amparo estatal.

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Os princípios constitucionais são verdadeiras vigas mestras, alicerce sobre o qual se edifica todo o sistema jurídico. Em relação a isso devem ser

aplicados em todos os ramos do direito e ser obedecidos por todos os cidadãos e especialmente por todos os órgãos da Administração Pública.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito. É um instrumento de garantia do cidadão de ser e ter seus direitos respeitados, bem como de ter o mínimo de uma vida digna. O mesmo consta expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sendo considerado no atual Diploma Constitucional, como o principal direito fundamental garantido pela Constituição (NUNES, 2010 p. 59).

É bem asseverado por CAMARGO (2002, p. 27), que:

Toda pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

Dessa forma, se a Constituição Federal de 1988 garantiu o salário mínimo é porque o legislador entendeu que essa era a quantia indispensável à obtenção dos mínimos sociais (SANTOS, 2006 p. 42). Sendo assim, não pode nenhuma legislação complementar estipular um valor inferior ao salário mínimo, uma vez que o mesmo é garantia do trabalhador e do inativo para fins de garantir sua manutenção e de sua família, com o mínimo necessário à sobrevivência com dignidade, significando um quantificador do bem estar social mínimo a todos garantido.

O princípio aplicável a espécie é a isonomia, também chamado princípio da igualdade, o qual busca garantir direitos uniformes, na medida em que todos os cidadãos tenham o direito de tratamento isonômico pela legislação, sendo proibido qualquer tipo de discriminação.

Como destaca a doutrina especializada o princípio da igualdade consagrado constitucionalmente atua em dois planos distintos. Primeiramente, diante do legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de atos normativos, leis e medidas provisórias, obstando que se criem mecanismos que causem tratamentos abusivos a pessoas em situações idênticas. Em segundo plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social (MORAES, 2009, p. 34).

Outro princípio a ser abordado é o mínimo existencial, o qual abrange todas as condições e elementos necessários para a manutenção de uma vida digna, livre e participativa, possuindo estreita relação com a realização dos direitos fundamentais, amplamente considerados. Tendo duas dimensões bem delineadas, sendo uma negativa, impeditiva do Estado e outros indivíduos na atuação contra a obtenção ou manutenção de condições materiais indispensáveis para uma vida digna e outra positiva, que abarca prestações materiais vocacionadas à realização deste mínimo (OLIVEIRA, 2016).

Por outro lado, SARLET (2001, p. 36) alerta que o mínimo existencial não se trata apenas de garantir a sobrevivência do cidadão, mas deve lhe dar também condições de desenvolver dignamente sua autonomia:

O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido.

Sendo assim, no momento que o legislador da LOAS fixou o conceito e critério de necessidade no importe de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, na realidade, permitiu aos mais vulneráveis um padrão de bem-estar inferior ao que a própria Constituição Federal elegeu como mínimo

necessário para a subsistência digna, violando gravemente o princípio da isonomia e até mesmo o postulado do mínimo existencial.

Outra discussão diz respeito à conhecida cláusula da reserva do possível que no Brasil o caso paradigma em que se empregou esse postulado foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o qual o questionamento foi a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em relação à implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Nessa assentada se conclui que "O mínimo existencial, com o se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível".

Sobre o instituto merece relevo as considerações que faz o constitucionalista SARLET (2008) sobre suas dimensões :

(...) há como sustentar que a assim designada reserva do possível, especialmente se compreendida em sentido mais amplo, apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Desta feita o titular do direito de prestação social, como é o caso do benefício assistencial advindo da LOAS, tem por argumento que não

pode o Estado abusivamente alegar que não possui recursos suficientes para concessão do benefício que garante o mínimo de existência digna aos que deles necessitam.

4.2 CONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 20 DA LOAS E CRITÉRIO DA MISERABILIDADE PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS

No julgamento em 18 de abril de 2013 da Reclamação Constitucional nº 4.374, publicado o acórdão eletronicamente em 04/09/2013, tendo como reclamante o INSS contra Turma Recursal dos Juizados Federais do Estado de Pernambuco que concedeu a um interessado o benefício assistencial nos termos do art. 203, inciso V, da [Constituição Federal](#) o Supremo Tribunal Federal teve a possibilidade de expor seu novo entendimento acerca do parágrafo 3º do art. 20 da Lei nº. 8.742/93 que regulamentou o inciso V do art. 203 da [Constituição Federal](#), é o que se segue:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES SÓCIO-ECONÔMICAS DO AUTOR. REQUISITOS DO ART. 20 DA LEI 8.742/93. RENDA PER CAPITA. MEIOS DE PROVA. SÚMULA 11 DA TUN. LEI 9.533/97. COMPROVAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O artigo 20 da Lei 8.742/93 destaca a garantia de um salário mínimo mensal às pessoas portadoras de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais, que comprovem em ambas as hipóteses, não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. 2. Já o § 3 do mencionado artigo reza que, 'considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. 3. Na hipótese em exame, o laudo pericial concluiu que o autor é incapaz para as atividades laborativas que necessitem de grandes ou médios esforços físicos ou que envolvam estresse emocional para a sua

realização. 4. Em atenção ao laudo pericial e considerando que a verificação da incapacidade para o trabalho deve ser feita analisando-se as peculiaridades do caso concreto, percebe-se pelas informações constantes nos autos que o autor além da idade avançada, desempenha a profissão de trabalhador rural, o qual não está mais apto a exercer. Ademais, não possui instrução educacional, o que dificulta o exercício de atividades intelectuais, de modo que resta improvável sua absorção pelo mercado de trabalho, o que demonstra a sua incapacidade para a vida independente diante da sujeição à ajuda financeira de terceiros para manter sua subsistência. 5. Apesar de ter sido comprovado em audiência que a renda auferida pelo recorrido é inferior a um salário mínimo, a comprovação de renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo é dispensável quando a situação de hipossuficiência econômica é comprovada de outro modo [...].

Ainda, analisando o referido julgado o Supremo Tribunal se posiciona sobre a inconstitucionalidade do critério meramente econômico sem considerar outros aspectos ou situações de miserabilidade:

[...] Assim, as provas produzidas em juízo constataram que a renda familiar do autor é inferior ao limite estabelecido na Lei, sendo idônea a fazer prova neste sentido. A partir dos depoimentos colhidos em audiência, constatou-se que o recorrido não trabalha, vivendo da ajuda de parentes e amigos. 8. Diante de tais circunstâncias, pode-se concluir pela veracidade de tal declaração de modo relativo, cuja contraprova caberia ao INSS, que se limitou à impugnação genérica. 9. Quanto à inconstitucionalidade do limite legal de renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo, a sua fixação estabelece apenas um critério objetivo para

juízo, mas que não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência. 10. Se a renda familiar é inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, a presunção de miserabilidade é absoluta, sem que isso afaste a possibilidade de tal circunstância ser provada de outro modo. 11. Ademais, a Súmula 11 da TUN dispõe que mesmo quando a renda per capita for superior àquele limite legal, não há óbices à concessão do benefício assistencial quando a miserabilidade é configurada por outros meios de prova. [...]. Recurso a que se nega provimento.

Como se observa na citada Reclamação o Ministro Relator declara repercussão geral, e ao mesmo tempo a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social Lei 8.742/1993), que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, por considerar que esse critério está ultrapassado para efetivamente caracterizar a situação de miserabilidade.

Tem se por base de fundamentação a decisão da Suprema Corte na edição de leis que inovaram nos critérios de renda para outros benefícios de caráter continuado, como é o caso do Programa Bolsa Família, a Lei n.º [10.836](#), de 9 de janeiro de 2004. Que inclusive em sua regulamentação pelo Decreto n.º [5.209](#), adotou como cálculo concessório o percentual de $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

É o que se extrai do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 580963/PR e 567985/MT pelo Supremo Tribunal Federal que acabou por admitir as consideráveis mudanças econômicas e sociais dos possíveis beneficiários:

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram

editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

De fato, somente o critério aritmético, não representa a realidade do Estado Brasileiro e os objetivos pretendidos pela assistência social, nem tampouco condiz com o mínimo existencial digno para cada indivíduo que necessite da benesse estatal para a sobrevivência. É preciso auferir em cada caso concreto critérios de miserabilidade mais adequados à realidade e necessidade dos requerentes do benefício.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto serviu para confirmar o que os Tribunais Federais Regionais já haviam sedimentado, é o que se percebe do julgado do TRF-3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO: A I 1250 SP nº. 0001250-92.2013.4.03.0000:

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.
PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.
CONSTATAÇÃO DE RENDA PER CAPITA SUPERIOR A
¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. DESCONTOS NO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL A TÍTULO DE RESTITUIÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, § 3º, DA LEI 8.742/93 E DO ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO. 1. A inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei n.8.742/93 foi confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 4374. Também foi reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 34 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). 2. A retirada do ordenamento jurídico dos mencionados artigos pela Suprema Corte somente veio a confirmar a posição que vinha sendo adotada pela jurisprudência, no sentido de que o critério estabelecido pelos referidos dispositivos para a concessão de benefício a idosos ou deficientes, que previa que a renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo, estava defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.

3. Os descontos efetuados pelo INSS baseados em norma cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo C. STF devem ser cessados. 4. Agravo improvido. Acórdãos Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (TRF-3 - AI: 1250 SP 0001250-92.2013.4.03.0000, Relator: JUIZ CONVOCADO DOUGLAS GONZALES, Data de Julgamento: 20/05/2013, SÉTIMA TURMA)

É importante que a norma que regulamenta a garantia constitucional de um salário mínimo mensal traga outros meios de comprovação de miserabilidade e necessidade com fito na concretização dos direitos sociais, onde se encaixa a assistência social, e o posicionamento do STF trouxe um grande avanço para que tais direitos possam ser alcançados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta da República cuidou de garantir um salário mínimo mensal a duas grandes parcelas hipossuficientes da sociedade, idosos e deficientes, através da Assistência Social.

Para isso, a previsão de um salário mínimo a esses indivíduos tidos como deficientes e idosos é um ordenamento constitucional que se revela numa construção histórica dos direitos sociais, representada aqui pela trajetória da assistência social durante o tempo, e que uma vez estabelecida não pode deixar de cumprir seu fundamento maior, o de realmente assistir.

O benefício assistencial de prestação continuada criado através da Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), na forma de um salário mínimo, à pessoa portadora de deficiência ou idoso que não possua condições de garantir a sua subsistência ou tê-la provida pela família, cuja renda per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo representa verdadeiramente em muitos casos a garantia do mínimo existencial. Por essa razão o procedimento para a concessão precisa ir além do requisito meramente econômico e realmente se considerar a miserabilidade de cada caso concreto. Deixar de conceder o amparo tendo-se em conta apenas um cálculo de valor é negar ao cidadão o direito ao mínimo existencial.

Não se trata apenas da negativa do benefício ao deficiente ou ao idoso porque a renda ultrapassa o limite legalmente estabelecido, mas sim de garantir o cumprimento do princípio fundante da dignidade humana. É necessário levar em consideração outras situações de vulnerabilidade e realidade de fato do caso concreto para o deferimento ou indeferimento do amparo.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou que é necessário levar em consideração o critério da miserabilidade na concessão do benefício assistencial, justamente para poder garantir o cumprimento do princípio da dignidade humana como também do princípio da isonomia.

Finalmente, é preciso defender os direitos sociais fundados na dignidade humana garantindo o benefício assistencial a todos os idosos e deficientes hipossuficientes em cada caso concreto, que após análise e decisão pelo INSS apenas considerado o critério econômico de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente venha o Poder Judiciário para reafirmar em contrapartida a aplicação do real critério de miserabilidade e considerar o critério econômico como $\frac{1}{2}$ do salário mínimo. Caso se afaste do Judiciário essa possibilidade estar-se-ia diante de um sufrágio das garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do bem estar social.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. [Lei no 6.439 , de 1º de setembro de 1977](#) - Institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6439.htm. Acessado em: 05.04.2018.

_____. [Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#) - Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acessado em: 05.04.2018.

_____. [Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991](#) - Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acessado em: 05.04.2018.

_____. [Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993](#) - Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acessado em: 05.04.2018.

_____. [Lei nº 9.720, de 30 de novembro de 1998](#) - Dá nova redação a dispositivos da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9720.htm. Acessado em: 05.04.2018.

_____. [Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003](#) - Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acessado em: 05.04.2018.

_____. [Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004](#) - Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm. Acessado em: 05.04.2018.

_____. [Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011](#) - Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social - Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm. Acessado em: 05.04.2018.

_____. [Decreto nº 1.330, de 8 de dezembro de 1994](#) - Dispõe sobre a concessão do benefício de prestação continuada, previsto no art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências, 1994. Brasília: Congresso Nacional, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1330.htm. Acessado em: 07.04.2018.

_____. [Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995](#) - Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de

dezembro de 1993, e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1744.htm. Acessado em: 07.04.2018.

_____. [Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001](#) - Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência - Brasília: Congresso Nacional, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acessado em: 07.04.2018.

_____. [Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007](#) - Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a [Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003](#), acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências - Brasília: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acessado em: 07.04.2018.

_____. [Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011](#) - Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto no 6.214, de 26 de setembro de 2007 - Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7617.htm. Acessado em: 07.04.2018.

_____. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 77, DE 21 DE JANEIRO DE 2015 - DOU DE 22/01/2015 - Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da [Constituição Federal de 1988](#)- Brasília: INSS, 2011. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acessado em: 07.04.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº. 4.374/PE**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 18.04.2013. Brasília/DF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000213697&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL, STF, **RE 567985/MT**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 18.04.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 03 maio 2018.

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário sistematizado**. 3ª edição ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHY, Jefferson Luis; CASTRO, Carlos Aberto Pereira de. et al. **Prática processual previdenciária: administrativa e judicial**. 7.ª ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS. Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Assistência Social – Breves Comentários e o Benefício de Prestação Continuada. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 17, nº. 202, p. 42, abril, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. In: Revista Diálogo Jurídico. Vol. 1, n. 1, abr./2001. Disponível em: http://fbuni.edu.br/sites/default/files/dialogo_juridico_no_1_0.pdf. Acesso em 17/05/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição

Federal de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

STF-Rcl: 4374 PE, Relator: Min GILMAR MENDES, Data do Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013.

STF, ADPF n. 45 MC/DF- Med. Cautelar e m ADPF, j. 29/04/2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=Reserva%20do%20Poss%EDvel&processo=45>>. Acesso em: 17 maio 2018.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. [O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50902>>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL, **TRF 3**, AC nº 33359 SP 0033359-77.2009.4.03.9999, Relator: Juiz convocado Helio Nogueira, julgado em 13/08/2012. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23547662/agravo-de-instrumento-ai-1250-sp-000-1250-9220134030000-trf3>. Acesso em: 05 abril 2018.

[1]Liliane de Moura Borges, Mestre em Ciências Ambientais pela PUC_GO, Graduada em Direito pela PUC_GO.

RELATIVIZAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, ART. 217-A DO CP

TALITA ALVES DA SILVA:

Bacharelada do curso de Direito
da Faculdade Serra do Carmo

Ênio Walcácer de Oliveira Filho^[1]

Resumo: A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009 trouxe mudanças significativas no Título VI da parte especial do Código Penal ao disciplinar os chamados crimes contra a dignidade sexual, que na antiga redação eram denominados crimes contra os costumes. O presente artigo tem como objetivo buscar decisões de aplicação da presunção legal e outras decisões que não obedecem à norma por entender que a vulnerabilidade depende de contexto, podendo ser um adolescente de 13 anos consciente o ato sexual consentido. Surge para isso, a pergunta: São aplicadas no Direito brasileiro as determinações do art. 217-A do CP, para a proteção dos vulneráveis? Após a promulgação da referida lei, houve grande controvérsia sobre a vulnerabilidade e a idade da pessoa, delimitada no artigo em questão. Em 25 de outubro de 2017, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 593 que decidiu que O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Embora a discussão não tenha terminado, a doutrina majoritária tem o mesmo entendimento.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Art. 217-A da Lei nº 12.015/2009. Relativização.

Abstract: Law 12,015 of August 7, 2009 brought significant changes in Title VI of the special part of the Penal Code in disciplining the so-called crimes against sexual dignity, which in the old wording were denominated crimes against customs. The purpose of this article is to search for decisions to apply the legal presumption and other decisions that do not comply with the norm because they understand that vulnerability depends on context, and a 13 - year - old teenager may be aware of the consensual sexual act.

To this end, the question arises: Are the provisions of art. 217-A of the CP, for the protection of the vulnerable? After the promulgation of this law, there was great controversy about the vulnerability and the age of the person, delimited in the article in question. On October 25, 2017, the Superior Court of Justice approved Summary 593 which ruled that The crime of rape of vulnerable is configured with the carnal conjunction or practice of libidinous act with less than 14 years, being irrelevant the possible consent of the victim for the practice of the act, previous sexual experience or the existence of a loving relationship with the agent. Although the discussion is not over, the majority doctrine has the same understanding.

Keywords: Rape of vulnerable. Art. 217-A of Law 12,015 / 2009. Relativization.

Sumário: 1.Introdução – 2. O estupro de vulnerável de acordo com o Código Penal de

1940 – 3. A Lei Nº 12.015/2009 e o delito autônomo de estupro de vulnerável 4. A

vulnerabilidade e o critério idade previsto no artigo 217-A do Código Penal 5.

Considerações Finais - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As mudanças constantes na sociedade acabam por exigir do ordenamento jurídico a busca pela adequação ao período histórico-cultural em que está inserido. Entretanto, o Direito está sempre em considerável atraso, já que é necessário que primeiro surjam os fatos para que então, o legislador possa com fundamento neles, moldar os preceitos legais com a edição de novas leis para regular, punir ou descriminalizar condutas.

Estudos demonstram que dentre os temas relativos à proteção dos direitos da criança e do adolescente, considera-se a violência sexual uma

das maiores violações. É, sobretudo, um processo de violência hediondo que quando não leva ao óbito deixa sequelas que se prolongam por toda a vida. Representa uma lesão profunda nos direitos fundamentais daqueles que merecem proteção especial e integral por estarem num processo de desenvolvimento.

Nesse contexto, a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, modificou significativamente os dispositivos do Código Penal (CP), ao prever os crimes contra a dignidade sexual, que na antiga redação eram denominados crimes contra os costumes. Esta lei trouxe o art. 217-A que representa o tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável.

Desse modo, não há que se falar mais em violência presumida do art. 224 do CP que restou revogado pela nova lei, portanto, na incidência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Além disso, a Lei nº 12.015/09 promoveu a unificação de tipos antigos, como a conjunção carnal (art. 213, CP) com o revogado delito de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), entre outras modificações.

A nova redação amplia o alcance ao definir estupro como: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" (BRASIL, 2009).

Dessa forma, equiparam-se homens e mulheres no polo passivo do delito, pois substituiu-se o termo mulher por alguém, que refere-se a qualquer ser humano vivo, isto é, qualquer pessoa pode ser vítima desse delito.

Ademais, no *caput* do art. 217-A, do CP, o legislador teve como objetivo a proteção de crianças e adolescentes até 14 anos de idade. Além disso, o parágrafo § 1º, protege pessoas em situação de vulnerabilidade tanto psicológica quanto em razão de alguma droga ou vulnerabilidade (esta não presumida, devendo ser comprovada)

Vale ressaltar que, este conceito não pode ser confundido com o de criança e adolescente prescrito no Estatuto da Criança e do Adolescente

(ECA) que prevê em seu art. 2º: " Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (ECA, 1990).

Portanto, o referido dispositivo delimita a definição para os efeitos do ECA e, assim, não abrange o significado de vulnerável disciplinada no CP. Por conta dessa limitação há grande discussão sobre o tema alvo de inúmeras interpretações distintas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em especial com relação à capacidade da vítima, entre 12 e 14 anos, de ter o necessário discernimento para consentir com a prática do ato sexual.

O presente artigo tem como objetivo buscar decisões de aplicação da presunção legal e outras decisões que não obedecem à norma por entender que a vulnerabilidade depende de contexto, podendo ser um adolescente de 13 anos consciente o ato sexual consentido. Surge para isso, a pergunta: São aplicadas no Direito brasileiro as determinações do art. 217-A do CP, para a proteção dos vulneráveis?

Tratando-se de posicionamento divergentes, o conhecimento da nova legislação auxilia na modernização e consolidação da efetiva Justiça Penal e, principalmente na proteção daqueles que são vulneráveis.

O método de abordagem utilizado na pesquisa é de pensamento dedutivo, de natureza qualitativa, elaborada por meio de técnica bibliográfica, com base em legislação, doutrina, jurisprudência, periódicos, artigos científicos e levantamento de dados.

2. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL DE ACORDO COM O CÓDIGO PENAL DE 1940

Não houve previsão para o crime de estupro de vulnerável no CP de 1940. Nos casos de prática da conjunção carnal contra a vítima menor de quatorze anos, ou ainda com pessoas alienadas ou deficientes mentais incapazes de manifestar livremente a sua vontade, o sujeito ativo do crime tinha sua conduta tipificada no crime de estupro, que era previsto no art. 213, Título VI (Dos crimes contra os costumes), combinado com o revogado

artigo 224, Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual) ambos do CP, imputando-se uma violência ficta/presumida (NUCCI, 2010, p. 24).

Masson (2014, p.4) pondera que: "A expressão crimes contra os costumes era extremamente conservadora e determinava uma linha de comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas, por necessidades ou conveniências sociais".

Ressalta-se que a figura típica do estupro do art. 213 do CP, tinha como elementos que caracterizavam a conduta de constranger mulher, qual seja, o ato de utilizar a violência ou grave ameaça como forma de reduzir as defesas da vítima, tornando o ato não consentido e irresistível, ou uma submissão de vontade. e a finalidade de praticar com ela conjunção carnal além de usar a violência ou grave ameaça, (NUCCI, 2010).

Sobre o assunto leciona Greco (2016, p. 734):

O núcleo do tipo é o verbo constranger, determinado pela previsão legal que no dispositivo legal é utilizado no sentido de obrigar a vítima a praticar o ato sexual. Trata-se, portanto, de modalidade especial de constrangimento ilegal, praticado com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos.

Observa-se que de acordo com o Código Penal de 1940, o delito de estupro apenas seria caracterizado nos casos em que a conduta fosse praticada contra pessoa do sexo feminino pelo constrangimento de mulher à conjunção carnal^[2], mediante violência ou grave ameaça (BRASIL, 1940).

Desta forma, o sujeito passivo desse crime seria apenas mulher enquanto o sujeito ativo somente indivíduo do sexo masculino, ou seja, em relações heterossexuais, com a efetiva conjunção carnal. Atualmente, não exige mais a lei penal, para efeito de caracterização do estupro, que a conduta seja dirigida contra uma mulher (GRECO, 2016, p. 734).

Jesus (2010, p. 126) afirma que:

Verifica-se na leitura dos dispositivos penais que a liberdade carnal pode ser violada mediante o emprego de violência (física ou moral) ou de fraude. Em ambas as hipóteses haverá o comprometimento da vontade do sujeito passivo, que estará praticando atos sexuais (normais ou anormais) sem a eles emprestar seu consentimento. Para a caracterização dos delitos é indispensável à violência (física ou moral) ou a fraude, sem o que o fato será penalmente indiferente ou não se constituirá em crime contra a dignidade sexual.

Entretanto, a violência aludida no referido dispositivo legal poderia ser real ou presumida, isto é, força física tendo ou não como resultado a lesão corporal ou a violência presumida configurada nos casos em que a conjunção carnal fosse praticada contra vítima incapaz de consentir com os atos praticados. Nestes casos a violência encontrar-se-ia no próprio ato de aproveitar-se de uma vítima incapaz de dar o seu consentimento livre ao ato sexual.

A presunção de violência nos crimes sexuais, chamada de violência ficta, evidenciava a enorme preocupação do legislador com as pessoas que não tinham a capacidade de consentir, dissensão, ou mesmo, compreender os atos da vida. (PRADO, 2010, p.622)

Ainda segundo o mesmo autor (PRADO, 2010, p. 623), o Código de 1890, foi à primeira legislação brasileira a ter previsão da presunção de violência, quando em seu artigo 272, determinou que nos casos de ato sexual praticado contra vítima menor de dezesseis anos, a violência seria ficta. Quanto ao Código Penal de 1940 na redação do revogado artigo 224, manteve-se o mesmo critério mudando apenas a idade do sujeito passivo para quatorze anos e inseriu as pessoas portadoras de alienação ou debilidade mental.

Greco (2016, p. 735) explica que:

Em inúmeros casos, os Tribunais entendiam como relativa referida presunção de violência, com o

argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado sensivelmente, e os menores de catorze anos não demandavam a mesma proteção daqueles que viveram quando o Código Penal de 1940 fora editado.

Assim, a discussão divergente era sobre se a referida presunção de violência teria natureza relativa, ou seja, se haveria possibilidade de ser afastada diante de situação concreta, considerando-se o comportamento sexual da vítima, sua vida social, dentre outros fatores, ou de natureza absoluta que fosse possível o afastamento.

3 A LEI Nº 12.015/2009 E O DELITO AUTÔNOMO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Publicada em 07 de agosto de 2009, a Lei nº 12.015, trouxe com ela uma grande inovação no que diz respeito ao crime de estupro na qual o Título VI da Parte especial do Código Penal passou a disciplinar os “crimes contra os costumes” como “crimes contra a dignidade sexual”.

A alteração de nomenclatura supracitada deixa claro que a preocupação do legislador não se limita ao sentimento de repulsa social a esse tipo de conduta, como acontecia nas décadas anteriores, mas sim à efetiva lesão ao bem jurídico em questão, ou seja, à dignidade sexual de quem é vítima deste tipo de infração (NUCCI et al., 2014).

Ademais, a referida lei revogou expressamente o art. 224, do CP e criou o tipo penal autônomo, estupro de vulnerável, disposto no art. 217-A, do Código Penal, que possui a seguinte redação: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos [...]” (BRASIL, 2009).

Sendo assim, as pessoas vulneráveis são aquelas amparadas pelo legislador na redação do próprio art. 217-A, do CP, que veda a conjunção carnal ou prática de qualquer outro ato libidinoso com menores de catorze anos de idade. Além disso, tanto o homem quanto a mulher possam ser sujeitos ativo ou passivo do crime de estupro.

Logo, esclarecem Nucci et al. (2014) que: “se uma mulher obrigar um homem a manter com ela conjunção carnal ou outro ato libidinoso, serão tais indivíduos, respectivamente, sujeito ativo e passivo de estupro”.

Nos termos do § 1º, deste dispositivo legal, incorre na mesma pena aquele que pratica essas ações com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha capacidade de discernir a prática de tais atos, ou que por qualquer outro motivo não tenha condições de oferecer resistência.

Seja por razão da idade, do estado ou condição da pessoa, refere-se a sua capacidade de resistir a intervenções de terceiros em relação a sua sexualidade. Compreende-se que o legislador quis proteger àquelas pessoas que não possuem discernimento para compreender ou mesmo oferecer resistência sobre ato que atinja sua dignidade ou liberdade sexual (PRADO, 2010, p. 624).

Nos casos em que o agente praticar a conjunção carnal e, quando for praticado qualquer outro ato libidinoso, leciona Greco que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Tratando-se do sujeito passivo, pode ser pessoa menor de 14 anos, com enfermidade ou deficiência mental que não possuir designação de juízo para à prática atos sexuais, ou que por qualquer outro motivo não possa oferecer resistência. (GRECO, 2010, p.616-617).

Então, o estupro passa a ser classificado como crime comum, inexigindo qualquer qualidade do sujeito ativo ou passivo e, é imprescindível que o agente tenha conhecimento da condição de vulnerabilidade da vítima, pois, caso isso não ocorra, haverá a possibilidade da alegação do erro de tipo, o que conduziria à atipicidade, ou, à desclassificação para o delito de estupro do art. 213, do Código Penal.

Segundo Prado (2010, p. 622) o legislador atual retirou a figura da presunção de violência a partir do momento em que criou o crime autônomo de estupro de vulnerável.

Nesse sentido, a antiga discussão sobre a presunção de violência, se absoluta ou relativa não foi de todo afastada, mas com objetivo de desfazer tal equívoco, a vulnerabilidade, deve ser compreendida de forma restrita e

casuisticamente, tendo como entendimento, a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual (NUCCI et al., 2014).

Ainda sobre o assunto, Greco (2016, p. 778) explica que:

Visando acabar de vez por todas, com essa discussão surgiu em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015/09, o delito autônomo que se convencionou chamar de estupro de vulnerável, ratifica a ideia de que há uma presunção absoluta de violência, fundamentada no critério objetivo da idade.

Destaca-se que nos §§ 3º e 4º, do artigo 217-A, do Código Penal, há previsão de duas modalidades qualificadas do delito de estupro de vulnerável: se a conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima.

Tais resultados qualificam a infração penal comete quando imputados ao agente a título de culpa. Afirma Greco (2016, p. 779) que: "Cuida-se, igualmente, de crimes eminentemente preterdolosos. Isso porque, se houver dolo em praticar lesão corporal de natureza grave ou morte, o agente responderá por tais delitos, de forma autônoma".

Além disso, com a criação do tipo penal do artigo 217-A, do Código Penal, o legislador determinou em um só tipo penal o atentado violento ao pudor e o estupro, que na antiga redação, eram dois delitos autônomos (BRASIL, 2009).

Nota-se assim, que a intenção do legislador com a Lei nº 12.015/2009 é a proteção das pessoas mais vulneráveis, que não possuem aptidão para expressar vontade própria. Por isso, estão impossibilitadas de resistir ou consentir com a prática de atos sexuais, que são, sobretudo, graves, pois afetam direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, tais como: intimidade, vida privada, honra, e, especialmente, a dignidade da pessoa humana.

4 A VULNERABILIDADE E O CRITÉRIO IDADE PREVISTO NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

A vulnerabilidade e o critério idade previstos no art. 217-A, do CP, são os temas mais polêmicos sobre o assunto, pois se existe grande controvérsia em relação à vulnerabilidade de tais pessoas em ser relativa ou absoluta tal como se discutia quanto à presunção de violência, prevista no revogado artigo 224, do Código Penal de 1940 (CASTRO, 2014).

O grande ponto de divergência surge em relação ao adolescente com treze ou catorze anos de idade, já que, dentro do atual contexto social, fica claro que a iniciação sexual ocorre mais cedo, e, por consequência, para aqueles que sustentam que a vulnerabilidade seria relativa, não seria possível admitir, em todos os casos, de forma absoluta, que um adolescente que pratique algum ato sexual ou libidinoso seja vítima de estupro (BITENCOURT, 2012).

Para os defensores da vulnerabilidade relativa, nos casos de caso concreto, ficar demonstrado, que o adolescente praticou ato sexual por livre e espontânea vontade, decorrente de algum tipo de relação afetiva, sem haver qualquer ato de violência, não seria cabível a tipificação da conduta de seu parceiro na regra do artigo 217-A, do CP, ou, ainda, determinar a qualificação deste adolescente como vítima de estupro de vulnerável, afinal, nesta hipótese, haveria caracterização de vulnerabilidade, pois ele tinha total discernimento do ato praticado.

Todavia, ressalte-se que, é impossível negar que um dos objetivos do legislador, com a Lei nº 12.015/2009, foi criar o delito autônomo de estupro de vulnerável com a finalidade de proteção aos que não possuem consciência para compreender ou mesmo oferecer resistência sobre ato que atinja a dignidade ou liberdade sexual. (JESUS, 2010).

Entre 2014 o número de recursos sobre casos de estupro de vulnerável no Superior Tribunal de Justiça (STJ) cresceu cerca de 2.700% em cinco anos passando de 6, em 2010, para 166, em 2014. A maior parte impetrada pelo Ministério Público, contra decisões judiciais que consideraram que as relações foram consensuais (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

Nos últimos anos, o STJ julgou incontáveis casos nos quais se discutia a necessidade de apurar concretamente a capacidade de consentimento da vítima. Por conta dessa divergência, a 3ª Seção do STJ editou a Súmula 593 com o seguinte teor:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, 2017).

O ministro relator Rogério Schietti (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017) argumentou sobre o assunto da seguinte forma: “Qualquer ato sexual nessas condições é crime, não importando que a vítima tem experiência sexual anterior ou se comprove um relacionamento amoroso com o acusado”.

Afirmou ainda o Schietti (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017) que: “A evolução dos costumes e o maior acesso de crianças e adolescentes a informação não se contrapõem à obrigação da sociedade e da família de protegê-las”.

Talon (2017) considera que: A súmula 593 do STJ apenas consolidou um entendimento que já vinha sendo aplicado. A título de exemplo, extrai-se parte do julgamento do seguinte recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de

Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). [...] 7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar [...] 9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua

eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (BRASIL, 2015).

Desta forma, se a situação efetivamente revelar que o adolescente entre doze e catorze anos de idade agiu de forma livre e consciente, com pessoa com quem mantém relacionamento afetivo, mesmo assim, a conduta de seu parceiro sexual deverá ser qualificada como estupro de vulnerável.

Observa Talon (2017) que:

A súmula 593 do STJ não é vinculante, isto é, ela pode ser superada até mesmo por meio de uma decisão de um Juiz de primeiro grau. Logo, para quem defende a tese de que se trata de vulnerabilidade relativa, ainda é possível questionar o entendimento sumulado e sustentar a atipicidade da conduta, dependendo do caso concreto.

Os menores de catorze anos de idade estão em pleno desenvolvimento físico e psíquico, e, exatamente por isso, mesmo que tenham tido uma iniciação sexual precoce, ou ainda nos casos de menor que se prostitua, e de responsabilidade do Poder Judiciário, fundamentado na Lei Penal, punir de forma severa todo e qualquer indivíduo que se aproveitar desta situação (BITENCOURT, 2012).

A ideia mais razoável seria de amparo destas crianças e adolescentes, verdadeiras vítimas da sociedade, e não de incentivo a iniciação sexual precoce, uma vez que um menor de catorze anos, seja qual for sua realidade, não possui discernimento para a prática de atos que atinjam sua dignidade sexual. (JESUS, 2010).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade contemporânea, as perversidades sexuais tomaram proporções alarmantes e requer das autoridades providências urgentes. A

violência sexual antes cometida normalmente contra mulheres, hoje atinge também homens e crianças.

As mudanças trazidas pela Lei nº 12.015 de 07 inovaram a legislação penal, alterando Título VI da Parte Especial e renovando os conceitos obsoletos que delimitavam os crimes sexuais nela prevista. Agora o bem jurídico tutelado abrange qualquer pessoa, ou seja, a liberdade sexual de todos os indivíduos, sem distinção.

É fundamental que o Direito acompanhe a mobilidade social, e, por isso, dentro do atual contexto social não se pode justificar a proteção apenas dos costumes, sendo essencial a tutela da dignidade e liberdade sexuais.

O fato de o legislador, com a Lei nº 12.015/2009, ter criado um delito autônomo de estupro de vulnerável, prevendo sanção mais severa para todos os que praticarem conjunção carnal ou atos libidinosos com pessoas instituídas em lei como vulneráveis, evidencia como forma de trazer maior proteção aos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra, e, fundamentalmente, à dignidade da pessoa humana.

Ao optar por extinguir a figura da presunção de violência prevista no revogado art. 224 do CP, o legislador gerou grande controvérsia em torno sobre o tema tanto na doutrina quanto na jurisprudência, assim como em relação à forma de aplicação da presunção, se absoluta ou relativa.

Uma primeira corrente sustentava a necessidade de apurar, concretamente, a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto outra, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade.

Entretanto, ao promulgar a Súmula 593 do STJ, reforçou-se o entendimento de que independentemente do consentimento, aquele que tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com os vulneráveis disciplinados no art. 217-A, § 1º do CP, será acusado de estupro de vulnerável.

Frente a este posicionamento do STJ, a maioria da dos doutrinadores afirma não haver espaço para discussão a respeito da presunção de

vulnerabilidade, pois a lei nada presume. Sua redação não permite dúvidas, ou seja, relação sexual com menor de quatorze anos.

Deve-se respeitar a liberdade para dispor do próprio corpo, escolher seus parceiros sexuais e praticar livremente os atos sexuais, sem qualquer tipo de constrangimento que possa ameaçar ou lesar direitos fundamentais. Em contra partida, os vulneráveis, necessitam de maior proteção, já que não possuem capacidade plena para praticar atos da vida civil, não são capazes de compreender atos sexuais e estão impossibilitadas de resistir ou consentir com a prática de atos sexuais.

Mesmo com a vasta informação e as mudanças do mundo moderno, ainda sim, como referiu o ministro Schietti ao ser o relator da Súmula 593 do STJ, a família e o Estado devem proteger aqueles que ainda prescrevem os cuidados destes.

6. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. ***O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita.*** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 mai. 2018.

_____ *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> . Acesso em: 05 mai. 2018.

_____ *Lei nº 8.063, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 05 mai. 2018.

_____ *Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.* Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código

Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 05 mai. 2018.

____ Superior Tribunal de Justiça. *Tribunal edita três novas súmulas*. Disponível em: Acesso em: 19 mai. 2018.

CASTRO, Leonardo. *Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável*. Disponível em: < <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>> Acesso em: 19 mai. 2018.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Especial. Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial*. v. 3. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra Dignidade Sexual*. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, Jamil Chaim; BURRI, Juliana; CUNHA, Patrícia; ZANON, Raphael. *O Crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09*. Disponível em: < <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/o-crime-de-estupro-sob-o-prisma-da-lei-12-01509>> 18 mai. 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 2: parte especial, arts. 121 a 249. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TALON, Evinis. [Qual é a vulnerabilidade no crime de estupro de](#)

[vulnerável?](#) Disponível em: Acesso em: 22 mai. 2015.

NOTAS:

[1] Ênio Walcácer de Oliveira Filho. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Ciências Criminais e Direito Administrativo pela UFT. Professor da Sociedade de Ensino Serra do Carmo, na cadeira de Processo Penal e professor convidado de Direito Penal I e II na UFT. Membro do Conselho Editorial da Revista Vertentes do Direito – UFT. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Servidor Efetivo da Polícia Civil do Tocantins.

[2] Conjunção carnal entende-se o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, ou seja, a intromissão do pênis na cavidade vaginal, ou seja, “coito vagínico”. Não se compreendem, portanto, na expressão legal, o coito anal, e o sexo oral, pois o ânus e a boca não são órgãos genitais

A EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DO MÉTODO CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS INERENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA

VANÍVEA SENA SILVA:

Bacharelanda do curso de Direito pela Faculdade Católica do Tocantins - FACTO.

MURILO SUDRÉ MIRANDA

(Orientador)[1]

Resumo: Este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar a eficácia das Constelações familiares dentro do ordenamento jurídico brasileiro. De que forma ocorre a sua utilização, bem como a sua aplicação, para solucionar os conflitos oriundos do meio familiar. Para tanto, faz-se uso das técnicas de pesquisa bibliográfica, utiliza-se o método indutivo para pesquisar e identificar os conceitos, ideias e posicionamentos doutrinários pertinentes. A partir desses estudos, podemos afirmar que a técnica de Constelação Sistêmica está inclusa em vários Tribunais do país e já conta com estudos que buscam obter dados estatísticos e qualitativos da sua utilização. Trata-se de uma técnica que almeja contribuir para a humanização no tratamento dos processos tradicionais brasileiros, descobrindo a verdadeira origem daquele determinado problema e solucionando-o de uma forma eficaz e pacífica entre as partes.

Palavras-chave: Constelação familiar. Ordenamento jurídico brasileiro. Conflitos familiares.

Abstract: This work was developed with the objective of analyzing the effectiveness of Systemic Constellations within the Brazilian legal system. In what way does their use occur, as well as their application, to resolve conflicts arising in the family environment. To do so, one makes use of the bibliographic research techniques, the inductive method is used to research and identify the relevant doctrinal concepts, ideas and positions. From these studies, we can say that the technique of Systemic Constellation is included in several Courts of the country and already has studies that seek to obtain

statistical and qualitative data of its use. It is a technique that aims to contribute to humanization in the treatment of traditional Brazilian processes, discovering the true origin of that particular problem and solving it in an effective and peaceful way between the parties.

Keywords: Family constellation. Brazilian legal system. Family conflicts.

1 INTRODUÇÃO

A temática do presente trabalho é analisar a aplicação prática do método psicoterapêutico da Constelação como um meio alternativo de solução consensual dos conflitos inerentes ao poder judiciário, visto que, as maiores demandas estão estritamente ligadas ao Direito de Família. Devido ao tempo de espera para a conclusão de um determinado processo até uma sentença satisfatória ser extremamente elevada nos órgãos jurisdicionais, bem como as peculiaridades de cada um, tem se tornado um dos principais problemas a serem resolvidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, por acabar acarretando em um acúmulo de demandas. Com a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a vigência do Novo Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 3º, busca obter uma solução consensual para os conflitos através de mecanismos auto compositivos, na qual são imprescindíveis para o adequado tratamento do mesmo, especialmente a Mediação e Conciliação, onde existe a intervenção de um terceiro imparcial, com o objetivo de promover o acordo entre as partes envolvidas. A implantação de novas possibilidades de resoluções de conflitos possibilita a comunicação entre os litigantes, que favorecem a finalização da origem do problema, bem como contribuindo para a eficácia e celeridade processual. Seguindo esse contexto, se verifica o crescimento da utilização do método psicoterapêutico denominado Constelação Familiar que entra na seara jurídica pela construção do Direito Sistêmico, tendo no Brasil o Juiz Sami Storch como o seu precursor.

A Constelação Familiar é um método psicoterapêutico desenvolvido por Bert Hellinger na década de 1970, após experiências adquiridas nas tribos de Zulus, na qual tem como objetivo analisar e estudar o

comportamento de grupos familiares, identificando a origem do problema para solucionar e reestabelecer o vínculo no qual foi rompido devido a sua ancestralidade. Atualmente, a técnica de Constelação Familiar já está sendo aplicada em alguns estados brasileiros objetivando analisar o caso concreto não somente pela ótica racional, mas também utilizando o emocional, sendo uma maneira mais humanizada de resolver os problemas familiares e desta forma, aumentar os índices de acordo. Por isso, essa técnica tem sido um dos instrumentos que estão estabelecendo maior celeridade e solução satisfatória na resolução dos conflitos apresentados ao judiciário brasileiro.

O desenvolvimento deste artigo ocorreu com o uso do método indutivo, através da utilização da abordagem sistêmica e das constelações familiares no Direito de família. Os meios utilizados foram a pesquisa bibliográfica em obras de Bert Hellinger, Joan G. Bacardi, concomitante com os dispositivos legais, como a Resolução n.125/10 do Conselho Nacional de Justiça, Lei 13140/15 de Mediação e Lei 13105/15 Novo Código de Processo Civil, em publicações virtuais, artigos, notícias e entrevistas sobre a utilização da abordagem sistêmica e das constelações familiares no Direito pátrio. É nesse contexto que esta pesquisa objetiva analisar a aplicação da técnica da Constelação Familiar como um método eficaz na resolução de conflitos, sendo um instrumento capaz de contribuir para o descongestionamento do sistema judiciário brasileiro.

2 BERT HELLINGER

O alemão Bert Hellinger, psicoterapeuta formado em teologia, pedagogia e filosofia, compreende o início do seu trabalho através do resultado de experiências durante a sua infância. Nascido em 1925 obteve imunidade assegurada contra o discurso nacional – socialista devido à religiosidade e a fé praticada pela sua família. Foi denominado como “inimigo do povo” pela Gestapo e convocado para o serviço militar. Sendo assim, Bert tornou-se soldado aos dezessete anos, enfrentou guerras, derrotas e confinamento em um campo de prisioneiros situado na Bélgica. Foi liberto aos vinte anos de idade e em 1950 ingressou em uma ordem católica na qual foi enviado como missionário para as tribos em Zulus, localizado na África do Sul, no período do apartheid ao longo de dezesseis anos.

Durante o período em que esteve nessas tribos, isso permitiu que conhecesse o necessário da língua para que fosse a comunicação possível entre eles, que além de pregar a fé católica, também lecionou em uma escola. A partir dessa experiência, houve o enriquecimento sobre a sua percepção acerca da diversidade de valores culturais e aprimorou sua habilidade na identificação em sistemas de relacionamentos, bem como o interesse pela comunidade humana. Foi notório perceber as similaridades entre ritos e costumes zulus com elementos advindos da missa católica, que levou ao entendimento que se tratava de manifestações comuns inerentes ao ser humano. A partir desse fato, buscou integrar as culturas de músicas e ritos zulus com as missas cristãs, compreendendo que o Sagrado se encontra em toda parte. O pensamento de Hellinger sofreu modificações ao participar de um curso inter-racial ecumênico de dinâmica de grupo, no qual era um método trazido pelos Estados Unidos por meio do clero anglicano, que enaltecia o diálogo, a fenomenologia e a experiência individual. Foi o primeiro contato com uma nova forma de tratar as almas humanas, e segundo a indagação realizada por um dos instrutores do curso – *“O que é mais importante para vocês, seus ideais ou pessoas? Qual das duas coisas vocês sacrificariam?”* – Bert direcionou todo o seu trabalho para o ser humano. Após perceber que o sacerdócio já não representava a sua revolução interior, em 1970, após vinte e cinco anos deixou essa ordem e voltou para a Alemanha. Em Viena, se dedicou ao estudo da psicanálise e casou-se. Durante essa formação, ao ler *The Primal Scream*, foi ao Estados Unidos para obter experiência com Arthur Janov. Entretanto, as tentativas de introdução de um trabalho corporal nas sessões de análise não foram aceitas pela sociedade psicanalítica de Viena. Novamente, foi afrontado pelo seguinte questionamento “O que é mais importante, a lealdade ao grupo ou o amor à verdade e à pesquisa?”. Escolheu seguir o amor. Descobriu as constelações familiares com Ruth McLendon e Leslie Kadis, recebendo delas o treinamento necessário.

Começa a se dedicar a psicoterapia, e a partir das vivências adquiridas nas mais variadas áreas como psicanálise, terapia primal, familiar, transacional e hipnose, além dos conhecimentos adquiridos por vários autores, mas sempre sendo leal a sua própria alma e percepção sobre os

fenômenos familiares, desenvolvendo o método terapêutico: constelação familiar.

3 CONSTELAÇÃO FAMILIAR NA PRÁTICA TERAPÊUTICA

O método de constelação nos mostra como somos afetados emocionalmente pelas gerações passadas e como afetaremos as gerações futuras. Considera o indivíduo como pertencente de um determinado sistema, estudando as emoções e energias inconscientes. Trata-se de uma técnica dentro do campo da psicoterapia breve, que objetiva a libertação do ser humano sobre a dificuldade de relacionamento com as pessoas do meio familiar por um bloqueio inconsciente devido a sua ancestralidade. Caso tal bloqueio não seja rompido, existe uma tendência em seguir um padrão anterior.

De acordo com Jakob Robert Schneider, um dos mais experientes terapeutas na linha criada por Bert Hellinger (2007, p.63):

A constelação familiar é entendida como um método sistêmico, em muitos sentidos. Ela vê o cliente individual, desde o princípio, junto com as pessoas relevantes em seus campos de relações. Dificilmente haverá um método que permita vivenciar tão explicitamente, e de uma forma tão condensada, abrangendo espaço e tempo, as influências numa família. Nas constelações, vemos os sistemas de relações, de certa maneira, "em ação". O conceito do "envolvimento" exprime a interconexão dos destinos que se manifestam, em número maior ou menor, maíus ou menos simultaneamente.

Esse procedimento sistêmico, nos demonstra que a Constelação Familiar toma como pressuposto metodológico os sistemas familiares com relação as questões vivenciadas por gerações anteriores, como, por exemplo, mortes precoces, suicídios, tragédias, depressões e conflitos entre ascendentes e descendentes, podendo inconscientemente afetar a vida de seus familiares com novos suicídios, relações de conflito, transtornos físicos e psíquicos, dificuldade de estabelecer relações duradouras com parceiros e

conflitos intermináveis entre familiares. O Autor chama isso de herança afetiva, que é a transmissão transgeracional de conflitos emocionais ou psíquicos quando um determinado ancestral deixa situações por resolver dentro do meio familiar, onde os seus descendentes, conscientemente ou não, carregarão consigo os sentimentos e pensamentos oriundos desse conflito, que em muitas vezes, acabam reproduzindo-o em suas vidas.

Na prática, as vivências de Constelação Familiar podem ser aplicadas de uma forma individual, entre facilitador e cliente, através de desenhos, bonecos e figuras, ou pode ser feita coletivamente, por intermédio do constelador, cliente, representante e plateia, na qual é escolhido pessoas que não se conhecem e ambas sem nenhuma informação prévia, para representarem um tema específico e vivenciarem aquelas experiências em grupo. Ao longo do processo de constelação, o profissional qualificado que está redigindo esta técnica, utiliza frases adequadas para gerar um efeito imediato nos representantes, que acarretam em características emocionais e físicas de um ente familiar.

Essas representações consistem numa espécie de simulação do sistema. Nelas, constelador e constelado posicionam as pessoas, ou as figuras e bonecos, para representar os componentes do sistema familiar. Com a finalidade de orientar a representação do sistema, o constelador pede ao indivíduo que posicione as pessoas ou figuras e bonecos de acordo com determinado conflito ou situação que lhe ocorreu e que será objeto de Constelação. O cliente posiciona todos os escolhidos para representarem as pessoas, segundo o terapeuta, e senta-se, para observar a movimentação na qual ocorrerá. A representação é um dos principais fenômenos que ocorrem neste tipo de método, pois tanto o terapeuta quanto os participantes disponibilizam suas percepções para visualizarem o que acontece na dinâmica do sistema do cliente. Esta visualização ocorre de diversas maneiras: as pessoas têm sensações físicas como tremores, arrepios, dores, calor, frio, suores; sentimentos diversos como alegria, raiva, tristeza, desconfiança, entre outros.

O constelador tendo como base os seus estudos e percepções sobre os conhecimentos sistêmicos, baseado nas leis do amor, através de certos comandos consegue reestabelecer vínculos interrompidos e promover

reconciliações, analisando as reações e sentimentos oriundos deste processo, identificando em qual ponto ocorreu o emaranhamento e foram desrespeitados os princípios sistêmicos. Isso é possível, pois devido este método o cliente consegue enxergar a “alma” daquele indivíduo do âmbito familiar na qual tem conflito, muitas vezes entendendo a origem oculta dos problemas em torno da relação que pode ser uma repetição de um padrão anterior daquele sistema familiar.

Segundo Bert Hellinger (2006, p.7):

Na terapia familiar sistêmica, trata-se de averiguar se no sistema familiar ampliado existe alguém que esteja emaranhado nos destinos de membros anteriores dessa família. Isso pode ser trazido à luz através do trabalho com constelações familiares. Trazendo-se à luz os emaranhamentos, a pessoa consegue se libertar mais facilmente deles.

Quando mencionamos a palavra emaranhamento, estamos afirmando que alguém da família retoma e revive inconscientemente o destino de um familiar que viveu em uma geração anterior. Só é possível alterar essa situação através do conhecimento do emaranhamento para então se livrar dele.

É possível identificarmos o emaranhamento através de indícios ou características repentinas exageradas. Segundo Hellinger (2003, p.105)

Situações não-resolvidas do passado expressam-se em relacionamentos posteriores sob a forma de ações impulsivas e deslocadas ou de sentimentos exagerados. A identificação com outra pessoa gera impressões como “parece que não sou eu” ou “alguma coisa tomou conta de mim”. Sempre que uma pessoa exhibe emoções inusitadamente fortes ou comportamentos incompreensíveis, nos termos da situação atual, podemos suspeitar da existência de alguma complicação sistêmica. Isso também é verdadeiro quando a pessoa tem dificuldades

inexplicáveis para conversar com outra ou reage de maneira incompreensível — como se estivesse sob o jugo de conflitos e ansiedades invisíveis. Pessoas que teimam sempre em ter razão costumam estar com emaranhamentos. Quando “brigam” com veemência e mordacidade excessivas, talvez estejam representando algum outro membro do sistema. Havendo um bode expiatório na família atual, usualmente houve outro na geração anterior e convém observar isso com cuidado. Qualquer reação ou emoção exagerada, deslocada ou ampliada pode denunciar uma identificação.

Para que seja possível a solução do emaranhamento, é de suma importância a identificação do familiar que foi excluído, e logo em seguida conscientizar a pessoa emaranhada para que se torne possível reestabelecer a união familiar. Geralmente, a pessoa excluída sofreu algum tipo de injustiça. Os demais membros do grupo familiar se consideram superiores a ele sob uma ótica moral, por acreditarem que por alguma atitude ou rumo que optou na vida seja mau. Com isso, há uma necessidade de integração de todos os membros do grupo, sendo necessário que uma pessoa mais nova represente a excluída, assumindo esse papel inconscientemente.

Esse fenômeno é constatado nas Constelações familiares, demonstrando a influência dos nossos antepassados em nossas vidas como algo muito presente, principalmente quando ocorre a não aceitação de uma determinada característica daquele ente familiar ou quando negamos partes da nossa própria história. Buscando o conhecimento da origem do conflito, é possível aquela pessoa afetada agir e mudar a situação vivida.

3.1 AS LEIS QUE COMPÕEM AS ORDENS DO AMOR

Para Bert Hellinger, existem três leis sistêmicas que são responsáveis por nortear as constelações familiares, são elas: a necessidade do pertencimento, o equilíbrio entre o dar e receber e a hierarquia entre os membros, que atuam ao mesmo tempo e exercem papel fundamental no equilíbrio e manutenção do sistema familiar.

Segundo Elza Vicente Carvalho, consultora em desenvolvimento humano, terapeuta e consteladora familiar sistêmica (2012, p.43):

Quando estas ordens são aplicadas, cessa a responsabilidade por injustiças cometidas no grupo familiar. As culpas e as consequências retornam às pessoas a que pertencem, e começa a reinar a compensação por meio do bem, substituindo a necessidade sinistra de equilibrar por meio do funesto, que gera o mal a partir do mal. O sucesso acontece quando os mais novos aceitam o que receberam dos mais velhos, apesar do preço, e os honram, independentemente do que tenham feito. Os excluídos recuperam seu direito de ser acolhidos e nos abençoam ao invés de nos amedrontarem. Quando lhes damos um lugar em nossa alma, ficamos em paz com eles. A partir do momento que estamos de posse de todos os que nos pertencem, de todos os que fazem parte do nosso sistema familiar, sentimo-nos inteiros e plenos no amor que pode fluir e crescer. Aquilo que se coloca a caminho, sem nenhuma intenção, sem medo e sem vontade de ajudar alguém de qualquer maneira. Por meio do trabalho com os representantes podemos verificar que eles se movimentam sob o impulso da alma e encontram soluções que estão além da influência do constelador ou do terapeuta.

De acordo com a lei do pertencimento, cada pessoa que integra um sistema deve ser por todos os seus membros reconhecida e aceita como parte integrante, tendo seu papel e lugar dentro dele respeitado por todos. Em um sistema familiar, todos os membros da família são únicos e têm o direito de pertencer àquele grupo independente de suas características físicas ou emocionais. Assim, além da necessidade de ser respeitada a ordem de chegada de cada um, também é preciso que haja entre os membros o reconhecimento da importância de cada integrante do sistema, de modo que nenhum deles sinta-se excluído. Isso porque, quando ausente

a lei do pertencimento, de forma consciente ou não, o membro descendente ou colateral ao excluído sente o desejo de reparar a injustiça cometida contra aquele, tomando para si a responsabilidade de restaurar a ordem dentro do sistema e restabelecer o seu equilíbrio. Tal comportamento, que faz com que os descendentes ou colaterais assumam posturas negativas oriundas da exclusão de um membro do sistema, numa tentativa frustrada de nele restaurar a ordem.

A segunda lei se trata sobre a necessidade de existir equilíbrio dentro dos relacionamentos que se estabelecem entre os membros de um determinado grupo, se situando em posições equivalentes, advertindo que para o equilíbrio das relações é de suma importância a movimentação direcionada à preservação da paridade entre seus membros, isto é, entre o crédito e débito gerado pelo dar e tomar de uma maneira harmoniosa e equivalente.

A terceira e última lei sistêmica é o equilíbrio, ou também chamada de lei do dar e receber. Todo ser humano é dotado de necessária capacidade de troca. A mesmo tempo em que oferece seus dons e habilidades, espera receber o que considera importante para suas necessidades e seu desenvolvimento pessoal. Assim, em uma relação sistemicamente equilibrada, os membros do sistema dão aquilo que são capazes e recebem com gratidão e respeito aquilo que lhes é dado, compreendendo as capacidades e limitações de quem lhe dá. A hierarquia, o pertencimento e o equilíbrio são naturalmente buscados pelas pessoas devido às pressões e impulsos do instinto, da necessidade e do reflexo, da mesma forma como buscam-se satisfações de necessidades físicas.

Destarte, justifica-se o reestabelecimento das leis sistêmicas nas entidades familiares, através da técnica de Constelação Familiar, como possível método de solução de conflitos justamente por serem ordens naturalmente buscadas pelos seres humanos em seus relacionamentos, eficácia da técnica e sua aplicabilidade no âmbito jurídico será discutida no próximo subtítulo.

4 EXPRESSÃO DIREITO SISTÊMICO

É possível afirmar que um conflito surge em decorrência de uma frustração vivida anteriormente pela parte envolvida, conforme exemplifica Sami Storch (2010) em seu artigo denominado - que o direito sistêmico?:

O direito sistêmico se propõe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as consequências disso. Exemplifico: Uma pessoa atormentada por motivos de origem familiar pode desenvolver uma psicose, tornar-se violenta e agredir outras pessoas. Quem tem a ver com isso? Todos. Toda a sociedade. Adianta simplesmente encarcerar esse indivíduo problemático, ou mesmo matá-lo (como defendem alguns)? Não. Se ele tiver filhos que, com as mesmas raízes familiares, apresentem os mesmos transtornos, o problema social persistirá. A solução sistêmica, nesse caso, deve ter em vista a origem familiar do indivíduo. Não haverá real solução de outra forma.

O Direito Sistêmico, tendo como base a Constelação Familiar objetiva realizar as decisões judiciais mais humanizadas e harmoniosas entre os envolvidos, buscando através desta técnica conhecer a origem do problema apresentado, compreendendo e analisando sob esta nova perspectiva as dificuldades pessoais envolvidas na ação. Portanto, a expressão Direito Sistêmico representa a atuação dos operadores do direito, não com um olhar apenas processualista, mas sim, sistêmico, aonde as Leis Sistêmicas são aplicadas aos conflitos, seja em vivências coletivas ou em audiências de mediação.

5 CONSTELAÇÃO FAMILIAR NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A constelação sistêmica é uma abordagem que está sendo constantemente relacionada com o Direito de família devido ao alto índice de acordos obtidos entre as partes quando ocorre a sua aplicação. Esse meio alternativo de resolução de conflitos permite identificar os emaranhamentos presentes naquele problema específico e a partir disso, estabelecer decisões que gerem harmonia e aceitação por todos os envolvidos, acarretando na resolução mais rápida e eficiente dos processos judiciais. Desenvolvida pelo teólogo, filósofo e psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, a técnica de constelação familiar foi trazida para o Judiciário brasileiro em 2012, pelo juiz Sami Storch, da 2ª Vara de Família de Itabuna, na Bahia. Atualmente no Brasil, em pelo menos 11 estados (Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá) e o Distrito Federal, os tribunais já aderiram a este método com o objetivo de aumentar o número de acordos consensuais entre os litigantes. A medida adotada está em conformidade com a Resolução CNJ n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o novo Código de Processo Civil, que estimulam práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesse do Poder Judiciário.

A técnica ocorre antes das sessões de conciliação mediante vivências coletivas e vem sendo utilizada como reforço para solucionar os conflitos familiares, visando encontrar uma verdadeira solução sistêmica. Ainda que existam leis reconhecidas e implementadas na sociedade, nem sempre as relações humanas se estabelecem somente conforme elas.

A sessão de Constelação Familiar ocorre inicialmente através de uma palestra proferida pelo juiz sobre os vínculos familiares, as causas das crises nos relacionamentos e a melhor forma de lidar com esses conflitos. Logo após, existe um momento de meditação, para que cada um avalie seu sentimento. A partir disso, é que de fato inicia-se o processo de Constelação. Durante a prática, os cidadãos começam a manifestar sentimentos ocultos, chegando muitas vezes às origens das crises e dificuldades enfrentadas.

As partes envolvidas em um processo judicial são convidadas e não intimadas, a comparecerem a dinâmica, momento em que conseguirão ver melhor o emaranhamento que se encontram envolvidas, ampliando mais a

consciência, por consequência as partes passam a ver a situação com uma visão mais profunda e ampliada, por que não apenas o problema foi visto, mas o sistema familiar de cada um, assim ficam mais propensas a firmarem um acordo em audiência.

Além das dinâmicas coletivas o pensamento sistêmico também está sendo aplicado nas audiências, aonde o Juiz, Conciliador ou Mediador faz questionamentos sobre o campo familiar dos envolvidos e utiliza palavras ou frases chaves que dão todo o significado, permitindo um bom termo aquela situação em conflito, resolvendo o emaranhamento existente naquele sistema familiar, permitindo que todos os envolvidos reconheçam os sentimentos expostos e visualizem a importância de cada um.

Tal prática mostra de forma imparcial, clara e inequívoca o real problema, facilitando uma melhor compreensão às partes, aos juízes, servidores e advogados, enfim, a todos os que estão envolvidos na solução daquela demanda. Facilitando a realização de um acordo e atendendo o interesse dos litigantes, trazendo paz, equilíbrio e harmonia. A Constelação Familiar é um instrumento que quando utilizada nos processos familiares pode trazer melhora nos resultados obtidos a respeito daquele processo, por acarretar em uma solução pacífica e aceita por ambas as partes envolvidas.

Sami Storch em seu blog ([direitosistêmico](#)) explica da seguinte forma:

A abordagem sistêmica do direito, portanto, propõe a aplicação prática da ciência jurídica com um viés terapêutico – desde a etapa de elaboração das leis até a sua aplicação nos casos concretos. A proposta é utilizar as leis e o direito como mecanismo de tratamento das questões geradoras de conflito, visando à saúde do sistema “doente” (seja ele familiar ou não), como um todo.

Em 2012, o Juiz de direito Sami Storch do Tribunal de Justiça da Bahia, implantou essa abordagem no ordenamento jurídico brasileiro e criou a expressão Direito sistêmico, começando a utilizar essa técnica de uma maneira discreta, fazendo a aplicação da mesma aos cidadãos envolvidos

em ações judiciais como divórcio, alimentos e guarda, na Vara de Família do município de Castro Alves, a 191 km de Salvador. Foram seis reuniões, com três casos "constelados" por dia. Das 90 audiências dos processos nos quais pelo menos uma das partes participou da vivência de constelações, o índice de conciliações foi de 91%; nos demais, foi de 73%. Nos processos em que ambas as partes participaram da vivência de constelações, o índice de acordos foi de 100%.

De acordo com Sami Storch: " a Constelação Familiar é um instrumento que pode melhorar ainda mais os resultados das sessões de conciliação, abrindo espaço para uma Justiça mais humana e eficiente na pacificação dos conflitos. "

Além de advogados e juízes, os chamados consteladores podem exercer outras profissões, como psicólogos por exemplo. O resultado é um tipo de "terapia", que permite às pessoas que são parte de um litígio enxergar como o padrão familiar deu origem aquele comportamento específico.

Fazendo a dramatização dos conflitos, a constelação busca trazer à tona questões pontuais mal resolvidas contidas no sistema familiar (mortes precoces, perdas e rupturas, por exemplo) que seriam capazes de influenciar comportamentos futuros dos membros da família, sendo em sua maioria inconscientes.

Ainda que as constelações não substituam (e tenham aplicações distintas de) outras formas de psicoterapia e mediação, juízes defensores da prática dizem que esses traumas costumam ser identificados em intervenções rápidas, em torno de meia a uma hora, em dramatizações coletivas ou sessões sigilosas individuais, na qual permitem que as pessoas vejam os seus conflitos sob outra ótica. Apesar de ainda não existir dados nacionais sobre o uso dessa terapia na Justiça nem de seu impacto, em 2016 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), identificou que 11 estados brasileiros (mencionados acima) já aderiram a este meio. É respaldado por uma resolução do próprio CNJ, que recomenda "mecanismos de soluções de controvérsias" dentro do sistema judicial.

De acordo com a juíza Claúfia Spagnuolo, da 11ª Vara de Família na região de Santo Amaro, bairro na zona sul da capital paulista: "Estamos tentando fazer com que se torne algo mais uniforme, para que o cidadão que chegue aqui saiba que ela existe e veja como é aplicada", afirma a respeito da utilização da Constelação.

Quando o judiciário trata as questões familiares sobre a perspectiva dos processos tradicionais, sem buscar resolver o real motivo daquela demanda, ocorre um grande desgaste emocional dos envolvidos e um custo financeiro ao Estado, que mais tardiamente que ocorra, por não ter sanado a origem do conflito, retornará a ser discutido judicialmente.

Em Goiás por exemplo, no ano de 2015, o CNJ premiou um projeto da comarca de Goiânia, que usou as constelações em mediações judiciais, com índice de solução de cerca de 94% em disputas familiares.

Desta forma, com o auxílio do trabalho de profissionais, como no caso do magistrado Sami Storch que citado acima, visam realizar uma abordagem sistêmica do Direito através de técnicas alternativas para a resolução de conflitos levados ao Judiciário, sendo possível afirmar através do estudo desta pesquisa que a aplicação das Constelações Familiares gera resultados efetivos na solução duradoura, pacífica e eficaz entre os problemas ocasionados nos membros do sistema familiar.

Com isso, vemos a importância da Constelação Familiar para o Direito, especificamente neste caso no âmbito familiar, e também para a sociedade, pois, sendo os conflitos resolvidos a partir da revelação de suas causas mais profundas, isto é, da origem do qual desencadeou aquele problema, eles não retornarão mais ao Judiciário devido a insatisfação dos envolvidos sobre as decisões proferidas, acarretando conseqüentemente em economia para o Estado e o descongestionamento da máquina judiciária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da situação atual de congestionamento processual em que se encontram os órgãos jurisdicionais brasileiros e com o advento do novo Código de Processo Civil que permite a introdução de novas maneiras de meios que levem a resolução dos conflitos, a busca pela solução consensual

entre as partes através de novos métodos vem se tornando mais comum. O Poder Judiciário juntamente com a sociedade tem caminhado ao encontro destas técnicas de ação para resolverem a raiz do problema de uma maneira duradoura e eficaz. O método de Constelação Familiar por exemplo, pode ser empregado para auxiliar pessoas a identificar a origem do problema através de emaranhamentos presentes em sua vida e a partir disso, solucionar o conflito apresentando, reestabelecendo as ordens sistêmicas ocultas do amor que são responsáveis pelo equilíbrio do sistema familiar.

As Ordens do Amor ou Lei Sistêmicas são a base para se criar o pensamento sistêmico, pois quando elas estão em harmonia, ou seja, são respeitadas dentro do sistema familiar, existe o equilíbrio entre as relações. Quando são desrespeitadas, acarretam em emaranhamento nas gerações e consequentemente em conflitos familiares. Através da aplicação da constelação, é possível que os operadores de direito identifiquem se essas ordens estão em desequilíbrio e encontrem a solução para o problema apresentado ao judiciário, desencadeando em uma decisão pacífica e harmônica, devido a aceitação da mesma por ambas as partes.

O Poder Judiciário vem utilizando o emprego da técnica de Constelação Familiar aliada ao Direito de Família, por exemplo, em questões como divórcio, pensão, guarda de filhos e em alguns casos, até mesmo em inventários. Tem se tornado cada vez mais aplicada na esfera jurisdicional. Com a aplicação deste meio, os processos tradicionais estão sendo tratados de uma forma mais humanizada, aumentando o maior número de acordos.

Por fim, conclui-se que apesar da técnica psicoterapêutica de Constelação Familiar ser algo novo no âmbito jurisdicional, tal instrumento é de grande relevância na solução dos conflitos familiares, por identificar o real motivo do problema naquele determinado sistema familiar e de fato resolvê-lo, crescendo a cada dia mais, por ser um instituto que proporciona um suporte eficaz em benefício tanto aos operadores do direito, bem como para a sociedade.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constelação familiar: técnica terapêutica é usada na Justiça para facilitar acordos e 'propagar cultura de paz'. G1. Disponível em: . Acesso em: 29 de abr. 2018.

CONTELAÇÃO FAMILIAR E SISTÊMICA SEGUNDO BERT HELLINGER. Disponível em: < <https://iperoxo.com/2016/01/19/as-3-leis-do-relacionamento-humano-trazidas-por-hellinger-e-que-sao-a-base-das-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 08 de mai. 2018.

DIREITO SISTÊMICO. O que é o direito sistêmico?. Disponível em: . Acesso em: 19 de mai. 2018.

HELLINGER, Bert. Ordens do Amor: Um Guia Para o Trabalho com Constelações Familiares. São Paulo: Cultrix, 2003.

_____. **Ordens do Amor.** São Paulo: Editora Cultrix, 2016.

_____; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações Familiares: O Reconhecimento das**

Ordens do Amor. São Paulo: Cultrix, 2004.

_____; WEBER, G.; BEAUMONT, H. **A Simetria Oculta do Amor: Por que o amor**

faz os relacionamentos darem certo: 3. Ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

LUCACHINSKI, Camila Schroeder. **Constelações Sistêmicas como Técnica de Resolução de Conflitos Familiares.** ANAIS DO CONGRESSO CATARINENSE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, Campos Itajaí, 3. Ed., p.434-452, ago. 2017.

JUIZ CONSEGUE 100% DE ACORDOS USANDO TÉCNICA ALEMÃ ANTES DAS SESSÕES DE CONCILIAÇÃO. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao>>. Acesso em: 18 de mai. 2018.

ROBERT, J. **A Prática das Constelações Familiares: Bases e Procedimentos:** 1 ed. Pato de Minas: Atman, 2007.

VIRGÍLIO - Paulo - **Seminário discute aplicação da constelação familiar no**

Poder Judiciário. Disponível em: . Acesso em: 13 de mai. 2018.

NOTA:

[1] Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Católica do Tocantins. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE) e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) e Advogado. E-mail: murilo@catolica-to.edu.br

CSI-INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OS MEIOS DE PROVA

LAILAH GOLGHETTO MOREIRA DE SOUSA:

Bacharelado em Direito pela Universidade Barsil, campus FERNADÓPOLIS.

ANDRÉ DE PAULA VIANA^[1]

RESUMO: A Investigação Criminal é o meio mais conhecido dentro do Inquérito Policial para a coleta de provas e deve ser conduzido pela polícia. Após as apurações legais o resultado deve ser apresentado ao Ministério Público, que fará a denúncia criminal, ou seja, a proposição de ação penal. Para tanto, o valor probatório do inquérito policial é relativo e os prazos devem ser observados pelas autoridades judiciárias para a sua conclusão. Seu arquivamento deve ser um ato complexo de vontades, pois depende de pedido do Ministério Público e decisão do Magistrado, por intermédio da homologação. Todo trabalho converge para a reflexão e esclarecimentos acerca de Investigação Criminal dentro do Inquérito Policial.

Palavras chaves: Investigação Criminal – Meios – Inquérito Policial

ABSTRACT: The Criminal inquiry is the half one more known inside of the Police inquest for the collection of tests and must be lead by the policy. After the legal verifications the result must be presented to the Public prosecution service, that will make the criminal denunciation, that is, the proposal of criminal action. For in such a way, the probatory value of the police inquest is relative and the stated periods must be observed by the judiciary authorities for its conclusion. Its filling must be a complex act of wills, therefore it depends on order of the Public prosecution service and decision of the Magistrate, for intermediary of the homologation. All work inside converges to the reflection and clarifications concerning Criminal Inquiry of the Police inquest

Words keys: Criminal inquiry - Half - Police inquest

INTRODUÇÃO

A Investigação Criminal é a ação mais importante dentro do Inquérito Policial. O artigo 4º do Código de Processo Penal e o artigo 2º §1º da Lei 12830/2013 apresentam o conceito de Inquérito Policial como sendo um procedimento administrativo, construído por um conjunto de diligências realizadas e dirigidas pela polícia judiciária. É um preparatório para ação penal, com propósito de procurar indícios de autoria e provas materiais de infrações penais. Neste cenário, cabe ao Ministério público sustentar e aplicar uma ação penal.

A Investigação Criminal pode ser descrita como um procedimento preliminar, de caráter administrativo e investigatório que não se ocupa por apenas uma modalidade de investigação. Entende-se relevante como fundamento as acusações apresentadas pelo representante do Ministério Público que é o principal titular da ação penal pública, ou para vítima, nas ações penais privadas, para a busca de provas necessárias ao esclarecimento dos fatos investigados e em vinculação ao propósito de buscar elementos para a outorga das medidas cautelares pelo juiz.

Conforme Lima (2012) o fato do inquérito policial ter o seu caráter inquisitivo, no Brasil o sistema é acusatório. Nesse processo administrativo, suas funções são centralizadas por um único indivíduo, não cabendo lide, já que não temos conflito de interesses, nem partes. Temos apenas a permanência do indiciado ou acusado.

Dessa forma, se exclui os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois a polícia exerce apenas função administrativa e não jurisdicional. O princípio legal deve ser a busca da verdade, ou seja, a apuração do fato criminoso e sua autoria, para que estes possam ser utilizados no processo como meio de prova direta ou indireta, o que servirá para convencer o juiz.

1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Não se pode negar que dentro do ordenamento jurídico, muitas são as análises que devem ser feitas, principalmente para a compreensão do sistema acusatório, afinal, não se tem, em vias de regra um consenso sobre qual sistema processual penal deve ser adotado. Para tanto, encontrou-se

dentro do Código de Processo Penal (CPP), mais precisamente no Art. 4 a seguinte definição:

“Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.” ([Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995](#))

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Na literatura de Capez (2006) encontra-se o conceito de Inquérito Policial como sendo “o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria”. Esse procedimento acontece para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, ou seja, que aconteça instauração de um inquérito de caráter investigativo, com vias eminentemente administrativo.

Conforme Camargo (1987):

“o inquérito serve para colheita de dados circunstâncias que podem ser comprovadas ou corroboradas pela prova judicial e do elemento subsidiário para reforçar o que for apurado em juízo. Não se pode, porém, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio constitucional do contraditório.”

Para o Ministério Público (MP) é absolutamente possível que o órgão providencie a colheita de alguns elementos de meios de prova que tenham por finalidade demonstrar a existência de autoria e de materialidade de certo ilícito. Para o Supremo Tribunal Federal (STF):

“não significa que a Polícia Judiciária terá que se retirar de suas atribuições previstas constitucionalmente, mas, harmonizar o que está previsto em nossa Constituição Federal (Arts. 129 e 144) para permitir assim, não somente a correta averiguação dos fatos aparentemente delituosos, mas

a formação da 'opinio delicti.' (STF. HC 91661/PE – PERNAMBUCO. Min. Ellen Gracie). (INFO 538 DO STF).

Dentro deste cenário, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) já elaborou uma regra sobre a investigação criminal no tocante ao Ministério Público, por interposto da Resolução nº 13:

"Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências". CNMP

No âmbito do ordenamento Jurídico já existem os trâmites a serem seguidos, ou seja, providências burocráticas que regularizam a autuação e instauração do Inquérito Policial. Dentro destes procedimentos estão: a autuação, rubricação de folhas, recebimento, certidões, datas, termos de conclusão. Todo este processo gera delongas excessivas entre a Polícia, Ministério Público e Judiciário.

Para Pereira (2011) Investigação criminal:

"pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, no curso da qual incidem certos conhecimentos operativos oriundos da teoria dos tipos e da teoria das provas, apresentando uma teorização sob várias perspectivas que concorrem para a compreensão de uma investigação criminal científica e juridicamente ponderada pelo respeito aos direitos fundamentais, segundo a doutrina do garantismo penal."

Conforme Viana (2008) a principal finalidade do Inquérito Policial é a de servir como ponto de partida para que o Ministério Público inicie os procedimentos de apuração da existência de infração delituosa, bem como investigar seus possíveis autores ou autor.

Pode-se afirmar que, o inquérito policial, é o instrumento legal, que materializa a investigação criminal, conforme consta no CPP, art. 4º. Para

Pitombo, os meios de provas contidos no inquérito policial, colaboram para rejeitar ou aceitar a acusação sobre um crime, conceder a liberdade provisória e até mesmo o sequestro de bens.

E é Tonini que corrobora afirmando alguns elementos devem ser levados em conta em relação de investigação da prova, principalmente o elemento surpresa, afinal, estes podem ser produzidos no decorrer do inquérito policial.

Vale salientar que muitos autores, embora reconheçam a importância do inquérito policial, afirmam que algumas medidas cautelares precisam ser levadas em consideração, tais como provas renováveis, descartando as acareações e reconhecimentos, por serem irrepetíveis.

A nova redação dada pela Lei 11. 690/2008 do Art.155 do CPP reforça a citação anterior:

*“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as *provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*”*

O que verifica é que o CPP dá total autorização ao juiz para que o mesmo utilize-se das provas produzidas nessas modalidades, na formação de sua convicção. Contudo, observa-se o papel fundamental neste processo é a Polícia Judiciária, afinal, a fase preliminar da investigação é decisiva para que se possam decretar medidas cautelares que não afetem diretamente o investigado.

Vale destacar que apenas a oitiva de testemunhas e eventual acareação podem ser medidas repetidas em juízo.

Outros meios de provas devem ser utilizados na ação penal. Nucci (2014) sustenta que:

“As provas cautelares devem ser produzidas de maneira urgente, isso para que não percam no tempo. No caso das provas não repetíveis, como o laudo necroscópico, é aconselhável que a autoridade policial possibilite que o investigado ou seu

advogado, acompanhem sua produção, sendo importante, inclusive que, seja realizado um incidente de produção antecipada de prova (isso, é bom que se repita, durante o inquérito), perante o Magistrado e diante das possíveis futuras partes do processo. Para as provas antecipadas, são aquelas produzidas no inquérito policial, mas que, admitem, a depender de circunstâncias futuras, serem repetidas.

Na jurisprudência, (STJ, 6ª T., rel. Min. Pedro Aciole, DJU, 18 de abr. 1994, p.8525) verificou-se:

“o inquérito policial é peça informativa destinada à formação da opinio delicti do Parquet. É uma simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, mesmo que existisse irregularidades no inquérito policial, tais falhas não contaminariam a ação penal.”

Verifica-se que a jurisprudência, a doutrina e a lei consideram apenas a prova produzida em juízo, ou seja, durante o inquérito como mero reforço de indícios, ou reforço para o convencimento do julgador. Contudo, para Capez (2009) o valor probatório do inquérito policial é relativo, pois:

“Tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual.”

Neste mesmo contexto, o CPP em seu Art. 155 prescreve que:

“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão

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

Sendo assim, verifica-se que o Inquérito Policial tem validade mediante a presença das provas periciais, inviabilizando a condenação de alguém apenas com base no inquérito policial.

2. MEIOS DE PROVA

Dentro do ordenamento jurídico os meios de prova são entendidos como os meios úteis para a formação direta ou indireta da verdade real. Disposto de forma legal, porém não taxativa no artigo 144 à 250 produzem efeitos classificatórios dentro do processo. Para tanto, as provas devem seguir os seguintes critérios: o do objeto, o do sujeito e o da forma.

No critério da prova, como o próprio nome diz, deve-se provar de forma direta ou indireta o fato a ser provado. A prova direta aponta claramente o fato ocorrido, já a prova indireta ou circunstancial é a pressuposição ou indício do fato ocorrido.

Quanto ao sujeito, este é a pessoa ou coisa que afirma a existência do fato ocorrido. A prova pessoal, diz respeito à prova consciente, ou seja, a que confirmará o fato, sendo ele a testemunha que fará a fé dos fatos. Já a prova real, é o lugar, a arma, o cadáver, a ferida, dentre outras coisas, o que consiste a atestação do inconsciente.

Na forma da prova, esta diz respeito à maneira com que se apresenta em juízo, o que pode ser de forma documental, testemunhal ou material. Nesses três critérios de meios de forma de prova, a documental pode ser escrita ou gravada. A testemunhal é caracterizada pela afirmação ou declaração da vítima e do réu de forma oral. A prova material é tudo aquilo que consiste na materialidade da existência, de um crime, de uma violência, ou seja, os instrumentos do crime.

2.1 Arts. 158 à 184 – DAS PROVAS EM ESPÉCIE

As provas em espécie, ou material, colaboram para obtenção das informações específicas sobre os fatos. A coleta é realizada pelo perito que tem como função elaborar o laudo pericial, documento que será utilizado pelo juiz para julgar a procedência dos fatos. Podendo ser realizada a qualquer momento do dia ou da noite, deve respeitar os dez dias exigidos por Lei para a apresentação do laudo.

A coleta de prova em espécie é determinada pela autoridade oficial que indica um perito formado. No entanto, não cabe ao acusado, ao assistente técnico e nem ao ministério público oferecer quesitos na busca de provas.

2.2 Arts. 185 a 196- DO INTERROGATÓRIO

No caso do interrogatório, o acusado é ouvido sobre a imputação a ele ofendida e serve como meio de prova e por levar elementos de convicção ao julgador. Pode servir como elemento de defesa do acusado, afinal, é neste momento que o mesmo pode se defender sobre a imputação que lhe pesa. O acusado pode exercer sua autodefesa a qualquer momento, desde que haja a renovação do ato, devendo ser interrogado sempre na presença de seu defensor, que pode ser um defensor público. Contudo, antes de iniciar o interrogatório, o acusado deve ser alertado pelas autoridades sobre seu direito ao silêncio, ou seja, pode-se recusar a responder as perguntas que lhe forem imputadas.

Primeiramente, o juiz deverá questionar o acusado a respeito de sua vida pessoal. Posteriormente, o interrogatório deverá estar voltado para o fato (crime) em si. Caso o acusado se negue a depor, o mesmo poderá indicar provas e prestar esclarecimentos. No entanto, se confessar o crime, o juiz deverá indagar sobre as circunstâncias e as motivações que o levaram a tal infração, bem como se outras pessoas colaboraram para a prática do crime.

2.3 Arts. 197 a 200- DA CONFISSÃO

Conforme consta nos Art. 197 a 200 do Código do Processo Penal, a confissão é o reconhecimento realizado em juízo a respeito da verdade dos fatos e ocorre no ato do interrogatório. Pode ser feito por uma das partes em qualquer momento no curso do processo. De acordo com Mirabete (2015) é "a expressão designativa da aceitação, pelo autor da prática criminosa, da realidade da imputação que lhe é feita".

Por não existir confissão ficta no processo penal, não se presumem verdadeiros os fatos a ele imputados, mesmo que o acusado não exerça a sua autodefesa. O CPP corrobora indicando que a confissão poderá ser divisível. Para tanto, o acusado pode voltar atrás, ou seja, retratar-se e ser aceita em partes a sua confissão. Existe duas a confissão simples, na qual o réu reconhece a sua prática delituosa, sem a presença de outro elemento,

bem como a qualificada, cujo réu apresenta algo em seu fator e reconhece a prática do crime.

2.4 Art. 201 – DA DECLARAÇÃO DO OFENDIDO

O juiz é a pessoa apta a realizar a oitiva do ofendido, bem como o responsável a fornecer informações no que diz respeito ao fato criminoso. Caso o acusado não compareça para prestar esclarecimentos, após ser intimado, este deverá ser conduzido coercitivamente e será questionado sobre a infração, sobre as provas e autor.

Conforme os termos do código, o ofendido terá proteção sobre a sua integridade vital, honra e imagem, podendo ser comunicado sobre os atos processuais relativos ao ingresso e a sua saída da prisão. O juiz poderá determinar o caso aconteça em segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras provas. Durante a audiência, o ofendido terá espaço reservado e protegido para o mesmo tenha seus direitos garantidos, principalmente pela sua exposição.

2.5 Arts. 202 a 225- DA TESTEMUNHA

A testemunha é a pessoa que narra os fatos acontecidos, acerca do objeto acusador. São consideradas características da prova testemunhal: a oralidade, objetividade e a retrospectividade, conforme conta no art. 202 do CPP. No artigo consta também, que toda pessoa poderá ser testemunha, contudo, assume o papel de dizer a verdade sob pena de responder por falso testemunho, o que é caracterizado crime. Outras pessoas que venham a depor, sem o real compromisso, são consideradas informantes do juiz ou declarantes.

Durante a audiência, cada testemunha deverá ser ouvida de per si, para que uma não tenha conhecimento do depoimento da outra. Isso, para que não haja influência da fala, humilhação, temor ou constrangimento à testemunha e essas situações não prejudiquem a veracidade do depoimento. Em alguns casos, a vídeo conferência é utilizada e deverá estar constando no termo esta necessidade.

2.6 Art. 226 a 288- RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS

O reconhecimento de pessoas e de coisas é um meio de prova pelo qual se afirma a identidade de uma pessoa ou a qualidade de uma coisa. Nestas situações, várias pessoas são colocadas dispostas para que o reconhecedor possa fazer o reconhecimento. Contudo, deve-ser observar e tomar cuidado para que não haja dúvidas em relação à outra pessoa

apontada. Caso haja varias pessoas com a mesma fisionomia, características físicas, haverá a necessidade de o ato do reconhecimento acontecer de forma isolada. Após o reconhecimento, deverá lavrar-se o termo, a autoridade assinar, a pessoa chamada pelo reconhecimento e duas testemunhas. A mesma conduta deverá ocorrer se o reconhecimento for de coisas relativas ao delito.

2.7 Arts. 229 e 230- DA ACAREAÇÃO

A acareação é o ato processual no qual duas pessoas que fizeram declarações contraditórias sobre o mesmo fato são colocadas frente a frente. Isso pode ser realizado entre acusado e testemunha, entre acusados, entre testemunhas, acusado ou testemunha e vítima e entre vítimas. Contudo, é necessário que as declarações já tenham sido prestadas e os pontos de conflitos sejam apontados.

Prevista no Código de Processo Penal, no cap. VIII, a acareação é um meio de prova de caráter intimidatória. Os artigos que apontam o assunto são:

Art. 229 - A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Art. 230 - Se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se

realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.

Pode-se dizer que é um procedimento simples, contudo, as pessoas envolvidas devem ser notificadas a comparecer perante a autoridade para que possam dar os devidos esclarecimentos acerca dos fatos. Sendo assim, a acareação pode acontecer *rectius*, tão logo os depoimentos sejam prestados, o que dispensa a prévia notificação.

2.8 Arts. 231 a 238- DOS DOCUMENTOS

Consideram-se documentos como meios de prova todo e qualquer escrito, instrumento ou papéis público ou particular. O instrumento considerado um documento celebrado por oficial público, no exercício de sua função, conforme forma prevista em lei e serve para provar o ato ali representado. Pode ser uma procuração, com a finalidade de delegar poderes a alguém.

No art. 365, consta-se que se faz necessário a preservação e integridade dos documentos originais até o prazo final para interposição de ação rescisória, caso contrário perdem a sua força e originalidade.

2.9 Art. 239- DA PROVA INDICIÁRIA

No art. 239 do Código de Processo Penal, considera-se indício “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.” Esse tipo de prova tem o mesmo valor que qualquer outra e pode levar o acusado a condenação, principalmente porque pode convencer o juiz.

CONCLUSÃO

Verificou-se que o Inquérito Policial é o instrumento de coleta de meios de prova na Investigação Criminal e deve seguir rigorosamente seus critérios conforme a propositura da ação penal.

Observou-se que para que se possa garantir o sucesso dos procedimentos através dos meios de prova é preciso a verificação da veracidade das alegações sobre o ato. Pode afirmar que é importante que o relatório final, seja bem redigido, rico em conhecimento e detalhes, o que tornará a elucidação dos fatos mais fácil. Quando isso não acontece, pode-se justificar as idas e vindas dos inquéritos, o que dificulta a sentença final que será proposta.

Dentro do Inquérito policial, os meios de provas podem ser pessoais, ou seja, as informações são coletadas diretamente das pessoas, no caso a prova testemunhal. As provas de coisas serão interpretadas por pessoas que a examinarão, no caso a prova pericial. O que não se admite é a ineficiência estatal, ou seja, o investigado, indiciado ou réu, ser prejudicado pela hipossuficiência da demanda, ou seja, falta de provas ou alteração das mesmas.

Após todas as leituras sobre as proposituras da Lei, entende-se, portanto, que os meios de prova têm como objetivo identificar a veracidade dos fatos, de maneira que o juiz se convença da verdade e possa dar solução jurídica ao fato.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, A. F. Lições de Direito Processual Civil. 20. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010

CAMARGO ARANHA, A. J. Q. T. **Da Prova no Processo Penal**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.184.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 16ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.75.

CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CPP- Código de Processo Penal. Edição atualizada (2017)

Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 144.

CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público)

DUARTE, G. A. As principais características do inquérito policial. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 dez. 2014. Disponível em: .Acesso em: 04 maio 2018.

FEITOZA, D. Direito processual penal, teoria crítica e práxis. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009

FILHO, V. G. Manual de Processo Penal, p. 82.

Lei Federal nº 8.906/94.

LOPES JR., A. Direito Processual penal. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, R. B de. Manual de processo penal. V. I. Rio de Janeiro (2012)

NUCCI, G. de S. [Código de Processo Penal](#) Comentado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PÂNCARO AVENA, N. C. Processo penal, série cursos e concursos. 2ª edição. São Paulo: Método, 2006.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2011.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. **Revista dos Tribunais**, n. 577, p. 313.

Supremo Tribunal Federal (STF) INF. 538. Artigo publicado em <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=CONCURSO+PUBLICO&pagina=538&base=INFO> acesso em 04-05-2018

VIANA, J. C. S. C. in Como Peticionar no Juízo Criminal. 2018. ed. Forense.

A GUARDA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NOS CASOS DE DISSOLUÇÃO DA CONJUGALIDADE

KAROLINE MARZOCHIO DA SILVA:

Bacharelanda do curso de Direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis/SP.

THALITA TOFFOLI PAEZ

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo trata da guarda de animais domésticos em caso de dissolução da conjugalidade, contextualizando a socialização e domesticação do animal, as mudanças que acarretaram para a sociedade, como o direito trata dessa matéria, trazendo também a lei que rege a guarda dos animais, seguindo da explicação do procedimento de guarda, quando o Estado tem que interferir ou quando as próprias partes entram em acordo, optando pela guarda unilateral ou compartilhada, e, em certos casos, pensão para custear as necessidades do animal. E por último, o estudo traz à luz da matéria, decisões que já versaram acerca desse assunto que está cada vez mais presente no dia-a-dia do Poder Judiciário.

Palavras-Chave: Animais de estimação. Família. Divórcio. Decisões. Lei.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 A inserção dos animais no meio familiar. 2.2 Os animais e o Direito. 2.3 O Processo de guarda. 2.4 Decisões. 3 CONCLUSÃO. 4 REFERÊNCIA.

1 INTRODUÇÃO

A escolha desse tema pode até causar estranheza, mas a verdade é que a idéia foi de trazer um tema que está em alta na nossa sociedade e por que não falar dos animais, já que eles têm ganhado cada vez mais espaço em nosso meio, fazendo com que a sociedade também se modifique para atender às suas necessidades.

Visto que cada vez as pessoas têm menos tempo na correria da vida cotidiana entre vários outros motivos, foi que os animais tomaram os

lugares de outras pessoas, de crianças e até de bens móveis em nossas vidas. Quem não gosta de chegar em casa depois de um dia cansativo e ser recebido com um afeto inexplicável de um ser que por muitos é considerado irracional, mas que nos proporciona certos sentimentos e experiências que as vezes um ser racional não nos proporcionaria?

Por isso é que a sociedade foi cada vez mais se adaptando aos animais, em questões de convivência, alimentação, vestuário e porque não no poder judiciário, que é onde buscamos cada vez mais as soluções de conflitos decorrentes dessa evolução cada vez mais presente na sociedade.

Assim, este artigo tem como objetivo abordar tal problemática, trazendo todo um contexto, desde quando o animal começou a ser inserido cada vez mais em nosso meio e as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros acerca desse tema. É indispensável que o direito acompanhe as mudanças da nossa sociedade, tratando os animais não mais como um objeto, mas como detentores de direitos que o protejam como espécie.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A inserção dos animais no meio familiar

A modificação da vida em sociedade vem trazendo grandes mudanças em nosso meio, tendo como um deles a relação entre as pessoas e os animais. Com a urbanização, os indivíduos têm estabelecido fortes laços afetivos com animais de estimação, os quais deixaram de ser vistos apenas como propriedade e passaram a ser vistos como parte da família.

Podemos demonstrar essa mudança, analisando nossos avós, que tratavam os animais como sendo de "criação", onde dormiam no quintal, comiam a comida que sobrava das refeições, seus banhos eram tomados ali no quintal mesmo com produtos de limpeza e sua principal "utilidade" era a segurança da casa. Hoje os animais são tratados como filhos têm suas próprias camas, sendo elas até a mesma que a dos donos, comem ração própria para sua espécie e tamanho e sua higiene é feita em local próprio, com profissionais qualificados e sua principal "utilidade" é apenas a companhia.

Sendo assim, os animais ganham cada vez mais espaço, como mostra dados recentes do IBGE, onde as famílias brasileiras possuem mais cachorros e gatos do que crianças em suas casas, sendo que várias vezes, eles sustentam a condição de filhos, netos e irmãos.

Mas também visto como uma realidade da sociedade, cada vez mais os casais se separam, recorrendo ao Poder Judiciário para decidirem sobre patrimônio, guarda dos filhos, pedidos de pensão, etc.

Como o animal é visto pelos integrantes da família como parte dela, surgiu a necessidade de que a guarda dos animais também fosse inserida nessas questões da separação conjugal.

2.2 Os animais e o Direito

Os animais como sujeitos de direito já são concebidos por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo mundo. Um dos argumentos mais comuns para a defesa dessa concepção é que assim como as pessoas possuem seus direitos e podem comparecer em Juízo para pleiteá-los, assim também são os animais, que se tornam sujeitos de direitos subjetivos, pela lei que os protegem, sendo representados, assim como acontece com as pessoas incapazes.

Os animais têm natureza jurídica de bem móvel por serem suscetíveis de movimento próprio, classificados, portanto, como semoventes. Dessa forma, por ser um bem, estão sujeitos à partilha na ocasião da dissolução da sociedade conjugal.

No [Código Civil](#), o Livro III trata do Direito das Coisas, tal a sua importância para a sociedade. Vale destacar a diferença entre coisas e bens.

(Venosa, S. S. 2007) "sob o nome de coisa, pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como bem só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém com o requisito essencial de ficar suscetível de apropriação".

Então, podemos concluir que os direitos dos animais e os direitos de uma pessoa humana, são bem parecidos, sendo que ambos têm direito a defesa de seus direitos essenciais, como o direito a vida, ao livre desenvolvimento de sua espécie, da integridade de seu organismo e de seu corpo, bem como o direito ao não sofrimento.

Um Projeto Lei também está em tramitação na Câmara dos Deputados que é a PL 1058/11 que versa sobre a guarda compartilhada ou unilateral dos animais, quando não houver acordo entre as partes, devendo ser decidida pela Justiça, ficando assim, mais fácil para os magistrados decidirem sobre esse assunto.

2.3 O Processo de guarda

Com o crescimento do número de divórcios no país, surgiram novos tipos de demanda para a apreciação do Poder Judiciário, sendo uma delas a situação sobre a guarda dos animais de estimação, cada vez mais presentes nas famílias brasileiras.

O processo é basicamente igual ao de guarda dos filhos, onde o Juíz tenta primeiramente um acordo entre as partes, onde deixaria a cargo destas, a decisão de como seria essa guarda e os direitos de visitas sobre ele. Caso não haja acordo, a interpretação majoritária é de que o animal seja deixado com quem possui o seu registro, para aqueles que possuem o pedigree, e no caso dos que não possuem, ficaria com quem provar ser o responsável, já que o animal não tem poder de escolha. A Guarda unilateral, segundo a Lei 7.196/10, ficaria com aquele que mostrar ter melhores condições de cuidar do animal, sendo levado em consideração o afeto com o genitor e o grupo familiar, saúde, segurança, educação, aquele que melhor dispôr de um ambiente confortável para o animal e de tempo.

No caso de guarda compartilhada, os dois são responsáveis pelo animal e também na divisão das despesas de custos com alimentação, remédios, transportes, cabendo aqui o direito de visita ou alternância da moradia do animal, de tempos em tempos.

Outra hipótese também cabível no caso de guarda de animais, mas ainda um pouco discutida, é a pensão alimentícia, onde o ex-cônjuge tem o dever de arcar com as despesas do referido animal.

2.4 Decisões

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na 22ª Câmara Cível, houve uma decisão em um caso onde um casal separado brigava pela guarda do seu cão. Na decisão, a guarda de Dully, um cãozinho da raça Coker Spaniel e de idade já avançada, foi dada a mulher. Porém, o ex-companheiro dela conseguiu garantir o direito de ficar com o *pet* em fins de semana alternados. A decisão é uma das poucas proferidas no Brasil sobre o compartilhamento da posse de animais de estimação após a separação.

*“Outrossim, e atento a todos os parâmetros até aqui apresentados, aos quais acresço o fato de que o animal em questão, até por sua idade (avançada), demanda cuidados que recomendam a divisão de tarefas que lhe digam respeito é que, a despeito da propriedade reconhecidamente conferida à apelada, seja **permitido** ao recorrente **ter consigo a companhia do cão Dully**, exercendo a sua **posse provisória**, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 08:00hs de sábado, restituindo-lhe às 17:00hs do domingo, na residência da apelada.”*

Outro caso aconteceu na 7ª Câmara Cível do Rio de Janeiro que decidiu, a pedido de uma mulher, que o ex-companheiro dela arque com a metade dos gastos que tem com seis cães e uma gata, adquiridos durante a união estável de 20 anos. O homem terá que desembolsar R\$ 1.050 reais por mês (R\$ 150 para cada animal). Uma decisão de uma apelação cível interposta na Sétima Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, o marido recorreu para que a decisão de primeira instância fosse modificada em alguns pontos, entre eles a determinação de que o cachorro de estimação do casal ficasse sob a guarda da mulher, para tanto, sustentou

que o animal foi um presente paterno, razão pela qual ele deveria deter a guarda do cãozinho, contudo, não obteve êxito, já que os desembargadores negaram o pedido alegando que na caderneta de vacinação do cão chamado Julinho, não constava o nome do homem como proprietário, mas sim da mulher, o que levou a concluir que era ela quem cuidava do animal de estimação, devendo a guarda permanecer com ela. Animal de estimação:

*“Mantém-se o cachorro com a mulher quando não comprovada a propriedade exclusiva do varão e demonstrado que os cuidados com o animal ficavam a cargo da convivente. **Apelo desprovido.**”*

... Igualmente não merece acolhida o recurso no que diz com o pedido do varão de ficar com o cachorro que pertencia ao casal. Alega que este foi presente de seu genitor, mas não comprova suas assertivas. E, ao contrário, na caderneta de vacinação consta o nome da mulher como proprietária (fl. 83), o que permite inferir que Julinho ficava sob seus cuidados, devendo permanecer com a recorrida.”

No mesmo sentido:

“Decisão agravo regimental – modificação de guarda. Inconformismo contra decisão que determinou a entrega do cão de estimação do casal à mulher, no prazo de 48 horas, sob pena de multa. Em recurso de agravo de instrumento anterior foi autorizada a guarda do animal pela agravada, no entanto, entre junho de 2012 e fevereiro de 2013, a agravada não deu mostras de possuir interesse em ficar com o animal, evidenciado pela ausência de diligência. Autorizada a manutenção da situação fática. Recurso provido. Agravo regimental improvido.

O comportamento evidenciado pela agravada, portanto, não demonstra o efetivo interesse em reaver o animal de estimação, que conforme já restou

consignado pelo recurso de agravo de instrumento fora doado para ambos, uma vez constante no título de propriedade do animal o nome, não só da agravada, como também do agravante, ainda que em menor destaque, podendo-se inferir sua igual titularidade para o domínio. Verificados elementos que demonstram a ausência de interesse da agravada em reaver o animal de titularidade do casal, justifica-se sua manutenção sob a titularidade do agravante que dele tem cuidado desde a separação fática dos litigantes.”

3 CONCLUSÃO

A sociedade e o direito mudam de acordo com a evolução que os modificam com o passar do tempo e das circunstâncias. As leis não são estáticas, pelo contrário, devem se movimentar para acompanhar a sociedade e ouvir os clamores de tudo que é relevante para o mundo jurídico. A lei precisa socorrer aqueles que necessitam dela, razão pela qual se entende ser relevante a inclusão no âmbito do Direito de Família, essa questão que trata da guarda, visitas e pensões de animais de estimação no caso de dissolução da conjugalidade.

Os animais não são meros bens móveis, não temos como ouvi-los de certa forma, mas sabemos que eles conseguem se expressar. Eles sentem os mesmos sentimentos que nós, amor, raiva, tristeza, dor, saudade e por isso merecem uma atenção e um respeito no que tange aos seus interesses. Por esses e outros motivos é que o Judiciário merece aplausos, pois ele está acompanhando a sociedade de acordo com os seus interesses, sua evolução, tornando o caminho da Justiça cada vez mais certo à aqueles que precisam.

Estamos caminhando cada vez mais para novos interesses, novos entendimentos, novas decisões, fazendo com que entendamos que é normal duas pessoas não quererem mais dividir o mesmo teto, mas que podem dividir o mesmo amor, sendo este o do animal de estimação, que muitas vezes não podem se expressar como queríamos, mas nos ensina

muito. Ainda estamos caminhando, mas tudo indica que estamos na direção certa.

4 REFERÊNCIAS

<https://kleusaribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/213168247/novos-conflitos-na-familia-a-dissolucao-do-vinculo-e-a-guarda-dos-animais-de-estimacao>. Acessado em 14/05/2018 às 19h30m.

<https://misanches.jusbrasil.com.br/artigos/221509530/guarda-compartilhada-de-animais-no-divorcio>. Acessado em 14/05/2018 às 19h50m.

<http://franzoni.adv.br/guarda-do-animais-de-estimacao/>. Acessado em 14/05/2018 às 20h40m.

http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/PL%201058_2011%20guarda%20animais.pdf. Acessado em 15/05/2018 às 15h16m.

JUSBRASIL. Casal que se separou obtém a guarda compartilhada de cachorro. Acessado em 15/05/2018 às 17h32m.

<http://docplayer.com.br/13788442-guarda-compartilhada-de-animais-no-divorcio.html>. Acessado em 15/05/2018 às 18h29m.

<http://www.oab-sc.org.br/artigos/partilha-dos-animais-estimacao-na-dissolucao-sociedade-conjugal/1782>. Acesso em 15/05/2018 às 18h49m

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL

SELMA AZEVEDO DE ALMEIDA:

Bacharelada do Curso de Direito, na Faculdade Serra do Carmo-FASEC, em Palmas -TO.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO

(Orientador)[1]

RESUMO: Este artigo faz um breve relato sobre os "Vícios no Inquérito Policial" e as implicações processuais na sua condução e elaboração no Brasil. Aborda-se o contexto histórico do Inquérito Policial, mostrando todo o processo de evolução e mudanças históricas que esse procedimento administrativo enfrentou desde o Egito até o Brasil, na atualidade. O estudo demonstra ainda que o Inquérito Policial é uma espécie de Investigação Preliminar, feita pela Polícia Judiciária e destinada à apuração das infrações penais e sua autoria, tendo natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual. O trabalho também mostra que os vícios no Inquérito Policial são classificados em irregularidades, invalidações ou inexistências, que surgem no decorrer dessa espécie de Investigação Preliminar, podendo ensejar trancamento ou nulidade do próprio Inquérito Policial, bem como gerar eventuais nulidades no processo penal subsequente.

PALAVRAS-CHAVE: investigação preliminar; inquérito policial; vícios.

ABSTRACT: This article makes a brief report about the "Vices in the Police Inquiry" and the procedural implications in its conduction and elaboration in Brazil. The historical context of the Police Inquiry is discussed, showing the whole process of evolution and historical changes that this administrative procedure faced from Egypt to Brazil, at the present time. The study also shows that the Police Inquiry is a kind of Preliminary Investigation, made by the Judiciary Police and intended for the determination of criminal offenses and its authorship, having the legal nature of a pre-procedural administrative procedure. The work also shows that the vices in the Police Inquiry are classified in irregularities, invalidations or non-existences, which arise during this type of Preliminary

Investigation, which may lead to a foreclosure or nullity of the Police Inquiry itself, as well as to generate eventual nullities in subsequent criminal proceedings.

KEYWORDS: preliminary investigation; police investigation; addictions.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do contexto histórico do Inquérito Policial. 3 Do Inquérito Policial como espécie de Investigação Preliminar. 4 Dos vícios no Inquérito Policial e suas consequências. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o Inquérito Policial é um procedimento investigatório, presidido pela autoridade policial, que para efeitos processuais, consoante à Lei 12.830/2013 em seu art. 2, §2º, trata-se de delegado de polícia de carreira, cuja finalidade é a apuração da autoria e da materialidade das infrações penais, conforme o Artigo 4º do Código de Processo Penal. Entretanto, eventuais irregularidades ou ilegalidades na condução do inquérito podem vir a contaminar o consequente processo criminal, gerando eventuais nulidades. Algumas ilegalidades poderão, ao seu turno, ensejar o próprio trancamento do Inquérito Policial ou a nulidade do próprio inquérito.

Este trabalho tem por objetivo principal levar o leitor a compreender como os vícios no Inquérito Policial podem influenciar na sentença proferida pela Autoridade Judicial no âmbito do Processo Penal, sendo contextualizada sua fundamentação legal e caracterizada sua natureza, bem como demonstrados os vícios porventura existentes e suas consequências.

O Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal - CPP), em seu Livro I, Título II, artigos 4º a 23, trata o Inquérito Policial como um procedimento preparatório, a ser proposto pelo Ministério Público. Os dispositivos legais mencionados, por si só, já são suficientes para mostrar a importância desse procedimento investigatório na apuração das infrações penais e sua autoria. Além disso, vale a pena ressaltar que esse instrumento investigatório é inquisitivo, indisponível,

oficial, escrito, dispensável, discricionário, sigiloso, administrativo e informativo, sendo estas suas principais características.

Ademais, o Inquérito Policial é uma das tantas modalidades do gênero Investigação Preliminar (que pode ser: CPI, PIC, Investigação defensiva, etc.), bem como um pressuposto da Ação Penal, sendo dispensável pelo Ministério Público, caso já existam informações suficientes para embasá-la, conforme preceitua o Art. 46, §1º, do Código de Processo Penal, podendo também requisitar novas diligências, que devem ser especificadas, com fulcro no Art. 47 dessa mesma lei. Além disso, o juiz não fundamentará sua decisão com base unicamente nos elementos colhidos na investigação, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, tomando por base o Art. 155 do dispositivo legal supracitado.

Por isso, estando uma denúncia fundada em Inquérito Policial que contenha em seu bojo provas ilegais, ilícitas e aptas a ensejar o seu desentranhamento, torna-se possível a rejeição da inicial acusatória sob fundamento de ausência de lastro probatório mínimo, ensejando a rejeição prevista no art. 395 CPP. Aliás, já existem muitas decisões judiciais, conforme será visto adiante, versando no sentido de que os vícios no Inquérito Policial contaminam o processo penal subsequente, quando o lastro probatório que iniciou a ação penal baseia-se em prova ilícita produzida no âmbito do processo, sem a qual não se receberia a inicial acusatória.

2. DO CONTEXTO HISTÓRICO DO INQUÉRITO POLICIAL

O Inquérito Policial enfrentou e acompanhou todo um processo de evolução histórica à medida que o mundo passava por profundas mudanças. Oliveira Filho (2016, p.23-24) aduz que:

Durante os diversos períodos históricos, as sociedades se organizaram buscando maneiras de coibir as condutas consideradas antissociais, em um processo que oscilou entre períodos de punitivismo e instrumentalismo extremados e de democracia e diálogo no âmbito dos procedimentos penais. Para entender o momento atual do processo penal brasileiro é importante perscrutar o passado, dialogar com os vários períodos históricos pretéritos para

saber como se construiu, historicamente falando, o sistema que utilizamos em nossa atualidade para entender se efetivamente evoluímos com os erros e acertos do passado a um sistema aperfeiçoado de justiça penal.

Iniciaremos nosso estudo sobre o processo de evolução histórica do Inquérito Policial pelo Egito, uma das civilizações mais antigas do mundo. Oliveira Filho (2016, p.27) expressa que "No sistema egípcio de justiça penal já era possível delinear a atuação de um órgão que podemos dizer correlato ao que temos hoje nas polícias do Brasil". Na visão desse autor, somando as funções repressivas e preventivas, a polícia egípcia tinha o poder de atuação do Delegado, em regra, por um juiz, que era o regente do poder administrativo e judicial de cada província egípcia, mas o poder jurisdicional destes regentes era limitado apenas aos crimes leves, permitindo-se a aplicação imediata de penas sem o devido processo legal, em um procedimento em que havia, segundo Almeida Júnior *apud* Oliveira Filho (2016, p.27), "delegados incumbidos, como funcionários policiais, de reprimir a chicotadas e bastonadas as infrações de menores consequências".

Nesse sentido, Oliveira Filho (2016, p.29) segue discorrendo que "No Egito sequer pode se considerar que existia um sistema, na verdade existia uma utilização totalmente discricionária de força para a grande maioria da população". Para ele, existia alguns aspectos de legalidade para crimes cometidos por pessoas de posição social elevada, pois o poder jurídico naquele tempo estava concentrado na classe dos sacerdotes como um tribunal supremo que julgava os crimes mais graves. Segundo Almeida Júnior *apud* Oliveira Filho (2016, p.29-30), o rito que esses crimes seguiam "não era inferior, pelo mérito ou pelas luzes, ao Areópago de Athenas", havendo apenas um processo em que existia acusação e defesa, o qual era julgado pelos reis e pelas pessoas mais importantes do Estado, todos abaixo do intocável Faraó, tendo como características a notícia do crime como obrigação das testemunhas do fato, a polícia repressiva auxiliar da justiça, a instrução pública, mas escrita, o julgamento secreto e a decisão simbólica não motivada.

Dando continuidade ao processo evolutivo do Inquérito Policial, merece destacar aqui a região da Palestina, palco de intensos conflitos e diversas civilizações. Almeida Júnior *apud* Oliveira Filho (2016, p.31), expõe que:

No sistema palestino existia uma confusão entre um órgão julgador e a atribuição preliminar de coleta de provas, hoje atribuição da polícia judiciária, confusão esta que permaneceu ao longo da história em diversos pontos da civilização como mácula à imparcialidade do órgão julgador. A ausência de separação entre acusador, julgador, investigador causava uma concentração de poder que levava não raras vezes à arbitrariedades devido à ausência de partes e a existência de um sistema que visava tão somente como valor axiológico a punição de um infrator, não diferente do que ainda hoje acontece em grande medida no Brasil, inclusive por determinação legal na sistemática processual vigente em nosso Código de Processo Penal.

Roma também merece lugar de destaque dentro do contexto histórico do Inquérito Policial, visto que seu legado civilizatório perdurou desde a antiguidade até os dias atuais, principalmente no âmbito jurídico. Oliveira Filho (2016, p.34) coloca que na tripartição da organização política romana (Monarquia, República e Império), existiram três sistemas penais principais, que eram reflexo da maior democracia ou ditadura existente no campo político romano, sendo que os sistemas, consoante Khaled Jr. *apud* Oliveira Filho (2016, p.34), partiu da "*cognitio*, praticada durante a Monarquia, chegou-se ao sistema acusatório - *accusatio* - da época republicana, que decaiu posteriormente no Império, impondo-se as características do sistema inquisitório". Logo após, Oliveira Filho (2016, p.41-42) discorre com propriedade que, como em grande parte de nosso direito, Roma trouxe o berço do procedimento inquisitorial que atualmente é utilizado no Brasil para a preparação do procedimento penal, que da mesma forma hoje consubstancia a *opinio delicti* do acusador como uma peça escrita,

secreta e unilateral, que "coisificava" o investigado antes que o processo chegasse ao diálogo do jogo processual público.

Na idade média, houve um predomínio total do sistema inquisitório, herdado do Império Romano, em virtude da centralização tanto do poder Estatal quanto do Eclesiástico. Oliveira Filho (2016, p.43) lembra que:

Após a dissolução de Roma, o sistema inquisitório tornou-se preferência em toda a Europa Medieval por ser a forma mais fácil de legitimação do poder por meio da instrumentalização dos "inimigos", tanto dos Estados quanto das Igrejas, transformando o sistema penal em uma máquina burocratizada de imposição de pena a quem quer que pensasse diferente ou postasse-se contra o poder instituído. Era um sistema behaviorista que buscava a manutenção do poder por meio da força em um sistema que resistiu por longo tempo e que ainda mantém-se vivo até hoje em alguns lugares e fragmentos de sistemas vigentes em pleno século XXI, tal qual é a solução desta ferramenta por parte de quem está no poder.

Nas Ordenações Portuguesas, Oliveira Filho (2016, p.68) aponta que houve "uma mescla das legislações romanas do principado, somada com as codificações de Justiniano e cunhadas com a marca da arbitrariedade da Inquisição, por influência direta do "sucesso" empreendido pela Santa Sé na "caça" dos inimigos da Igreja". Quanto ao Inquérito Policial nesse período, Pirangelli *apud* Oliveira Filho (2016, p.69) pontua que:

Quanto ao inquérito ou a investigação criminal, permaneceram como prática remanescente da inquisição os procedimentos chamados *inquirições devassas*. Em tais procedimentos, feitos pelo magistrado na concentração de poderes característicos de um sistema inquisitório, era aceita amplamente a delação decreta (inclusive sendo fomentada), conseqüentemente o processamento de acusados era feito *ex officio*. Todo o necessário para a devassa de alguém era a suspeita, independentemente se a fonte era qualificada ou inqualificada, o que se

queria era a descoberta de um *inimigo* para se iniciar a *caçada*. Como herança do sistema inquisitório, persistia a confusão entre o magistrado e o investigador e acusador, já que este determinava o procedimento de investigação preliminar da devassa, suas inquirições, torturas e todas as formas de flagelos para a obtenção da rainha das provas e objeto de obsessão, sempre a *confissão do acusado*.

Com o surgimento dos Sistemas Mistos na França Napoleônica, ocorreu o fim do Sistema Inquisitivo, que vigorou desde a Idade Média, passando pelas Ordenações Portuguesas e entrando em declínio após a Revolução Francesa. Para Oliveira Filho (2016, p.72):

Do ocaso do período inquisitivo surgiram os sistemas mistos, eminentemente na França, que tinham como característica a manutenção de um sistema inquisitivo inicial, na etapa investigatória, com um procedimento posterior acusatório, tendo como sistema modelo o Código Processual Penal de Napoleão, de 1808. Este novo conjunto legislativo marcou o fim do sistema inquisitivo puro, inaugurando-se, em muitas legislações, como as que viriam a ser adotadas no Brasil, esta mistura de características de sistemas totalmente antagônicos.

Prado *apud* Oliveira Filho (2016, p.72), de forma magistral, explica como funcionava esse Sistema Francês:

O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à Revolução, para com as guerras Napoleônicas chegar a outros países, disciplinava o processo em duas fases. Na primeira delas, denominada de instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a

preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade. Salientou Pietro Fredas que esta estrutura foi consagrada no Código de Instrução Criminal de 1808, difundindo-se rapidamente pelos códigos modernos, com a proclamação da necessidade de uma investigação secreta e dirigida pelo Juiz, e com tímida atuação da defesa nesta etapa, razão por que se consagra como sistema de tipo misto.

O Brasil, após sua descoberta pelos portugueses, inicialmente, adotou como Sistema de Investigação criminal o Inquisitivo. Oliveira Filho (2016, p.84), com maestria, discorre como esse Sistema se formou no Brasil:

Assim se formou a estrutura do que viria a consolidar-se no Brasil, perdurando um sistema arbitrário, seletivo, burocrático, punitivista controlado pelo poderio financeiro na instrumentalização do sistema penal, um reflexo perfeito do que se buscava na colônia, algo para além da ordem social: a exploração dos recursos desta terra.

No entanto, o processo de criação da legislação penal no Brasil teve início somente em 1808, com a chegada da família real portuguesa no País. Na visão de Pirangelli *apud* Oliveira Filho (2016, p.84), a partir desse momento:

Vários alvarás inicialmente regulamentavam algumas questões criminais à época, como a regulação das casas de suplicação, perdões a criminosos, proibições de sociedades secretas, prerrogativas de foro, outros tantos decretos regulamentaram a pena de morte.

A primeira Constituição Brasileira, outorgada em 1824, após a Proclamação da Independência, trouxe as bases do que viria a ser o primeiro Código de Processo Penal do País. Nesse período, conhecido por Primeiro Reinado, começou a formação de um conjunto formal inspirado nas legislações francesas, buscando a exclusão do arbítrio e o abandono de práticas inquisitivas, como as devassas e as tormentas. Assim, mesmo com a persistência de um poder paralelo e discricionário, de uma seletividade que viria a ser plasmada na justiça penal brasileira, a construção deste conjunto fortaleceu as garantias do acusado, e o refreamento de sua instrumentalização na consolidação do que após quase dez anos de Constituição viria a ser o primeiro diploma processual penal brasileiro. Nessa esteira, Oliveira Filho (2016, p.88) relata que:

A influência do sistema gestacionado nos primeiros anos do Império Brasileiro em decorrência clara da codificação de 1808 de Napoleão, em procedimento mascarado de acusatório, mas com sua essência inquisitória, como na manutenção de uma tradição que remontava do século XIII de perpetuação do poder e da arbitrariedade sob a justificativa de se estar efetivando a justiça.

No Segundo Reinado, para Oliveira Filho (2016, p.93) "o que se busca é uma apuração do sistema criado, denunciando-se a parca representação popular feita pelos votos que além de censitários eram marcados pelo cabresto". Segundo ele, somando-se este sistema de votos com a escolha dos atores processuais do primeiro momento da persecução, percebe-se claramente a influência decisiva do poder naqueles que seriam os atores processuais e principalmente a quem estes defenderiam em seus protagonismos. Uma relação um tanto quanto perniciosa e íntima entre o sistema de poder e a escolha, que tinha como pano de fundo um arremedo de democracia, uma aparência dada pelo sistema de escolha. Boschi *apud* Oliveira Filho (2016, p. 95) acrescenta que:

A atenção mais acurada do legislador quanto ao Inquérito Policial só viria a aparecer no ordenamento jurídico com a lei 261 de 1841 e o regulamento 122 de

2 de fevereiro de 1842. A lei 261 que reformou o Código de Processo Criminal criou a figura dos Chefes de Polícia, que deveriam ser nomeados entre Desembargadores e Juízes de Direito, persistindo a confusão entre a figura que realizaria a instrução pré-processual e processual. Os delegados eram nomeados entre juízes e cidadãos.

Inclusive, a palavra "Inquérito Policial" foi utilizada pela primeira vez no Decreto nº 4.824/1871, onde foi dedicada uma seção exclusiva para tratar as atribuições de Chefe de Polícia, Delegados e subdelegados, conforme Brasil *apud* Oliveira Filho (2016, p.101), senão vejamos:

Art. 11 - Compete-lhes porém: (...)

2º - Proceder ao inquerito policial e a todas as diligencias para o decobrimento dos factos criminosos e suas circunstancias, inclusive o corpo de deicto.

Ao final, cabe ressaltar que o Sistema Investigatório Brasileiro, adotado no Primeiro Reinado do Império do Brasil, perpetuou-se no tempo até a atualidade, sem se adequar às mudanças pelas quais o País enfrentou durante esse longo período. Oliveira Filho (2016, p.109-110) conclui que:

Neste sistema formulado ainda no Império brasileiro, que se quer dizer misto, criou-se um sistema que perdura até hoje no Brasil, sem nenhuma evolução em sua etapa inquisitória. Afora os requintes de crueldade próprios da tortura física, que pelo menos oficialmente foram extirpados deste procedimento, manteve-se a herança da inquisição viva, permitindo que cada dia mais no Brasil se amplie uma política de segurança pública guiada pela instrumentalidade do acusado, pela seletividade de atuação, pela opressão com vestes de legalidade. É como se as fogueiras da inquisição nunca tivessem sido apagadas de todo, mas mantidas de maneiras diferentes em cada tempo, direcionadas para pessoas

e fatias sociais diferentes, sempre sob a perspectiva da manutenção deste poder opressor. Modificar a roupagem, mas manter a essência não fez com que, efetivamente, tivéssemos até os dias atuais uma evolução de todo o procedimento (...).

3. DO INQUÉRITO POLICIAL COMO ESPÉCIE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

No Brasil, o Inquérito Policial é uma espécie de Investigação Preliminar feita pela Polícia Judiciária e destina-se à apuração das infrações penais e da sua autoria, possuindo natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual. Pereira *apud* Hoffmann (2017, p.62) define investigação preliminar como:

Pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, no curso da qual incidem certos conhecimentos operativos oriundos da teoria dos tipos e da teoria das provas, apresentando uma teorização sob várias perspectivas que concorrem para a compreensão de uma investigação criminal científica e juridicamente ponderada pelo respeito aos direitos fundamentais, segundo a doutrina do garantismo penal.

Ao justificar o principal motivo de se estudar a Investigação Preliminar, Lopes Jr. *apud* Hoffmann (2017, p.264), aponta que:

O processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista. Ela é uma peça fundamental para o processo penal e, no Brasil, provavelmente por culpa das deficiências do sistema adotado (inquérito policial), tem sido relegada a um segundo plano. Não se deve julgar de imediato,

principalmente em um modelo como o nosso, que não contempla uma fase 'intermediária' contraditória.

Comungando dessa opinião, Cavalcanti *apud* Hoffmann (2017, p. 265) dá seguimento ao raciocínio acerca da Investigação Preliminar, salientando que:

A investigação preliminar é assunto crucial ao estudo do processo penal, na medida em que permite a reunião de elementos que justifiquem a instauração ou não da persecução judicial, além de impedir a formulação de acusações açodadas, exercendo assim relevantes funções preventiva e preparatória do processo.

Por sua vez, o Inquérito Policial é o instrumento, no direito processual penal, que legalmente materializa a investigação preliminar, presidida pela autoridade policial, nos termos do Art. 4º, do Código de Processo Penal Brasileiro - CPPB, que assim prenuncia "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria". Acerca o Inquérito Policial, Pitombo *apud* Hoffmann (2017, p.62-63) destaca que:

Não guarda cabimento asserir-se que surge como simples peça informativa; para, em seguida, afirmar que os meios de prova constantes no inquérito, servem para receber, ou rejeitar a acusação; prestam para decretar a prisão preventiva; ou para conceder a liberdade provisória; bastam, ainda, para determinar o arresto e o seqüestro de bens, por exemplo.

Além do mais, quase todos os elementos probatórios carreados às ações penais são identificados ou produzidos no curso da investigação preliminar, na fase pré-processual, ou seja, no curso do Inquérito Policial. As Operações Policiais representam uma fase do Inquérito Policial, destinada à arrecadação de provas e indícios de autoria e materialidade de infrações penais. Nessa esteira, Lopes Jr. (2015, p.181) assevera que:

O inquérito policial é um típico modelo de investigação preliminar policial, de modo que a polícia judiciária realiza a investigação com autonomia e controle, dependendo de intervenção judicial apenas para adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais (v.g interceptações telefônicas, busca e apreensão, prisão cautelar, etc.). O Ministério Público pode requerer a abertura do inquérito, acompanhar sua realização e fazer, ainda, o controle externo da atividade policial. É bastante discutida a chamada "investigação direta pelo Ministério Público", ou seja, se o modelo brasileiro admite a figura do "promotor-investigador". Existem algumas manifestações favoráveis por parte do STF, mas a questão não é pacífica ainda. Quanto à posição do juiz no inquérito, é a de garantidor e não de instrutor (inquisidor). O juiz, no modelo brasileiro, não é encarregado da investigação e somente atua quando invocado, para autorizar ou não as medidas restritivas de direitos fundamentais. É uma intervenção excepcional, contingencial. Sublinhe-se, contudo, que a redação do art. 156, I, do CPP permite que o juiz, de ofício, determine a realização de provas urgentes e relevantes ainda na fase pré-processual. Tal dispositivo é objeto de severas críticas, pois viola a garantia do sistema acusatório e quebra a imparcialidade do julgador.

Frise-se ainda, que o Inquérito Policial visa a investigação do fato supostamente criminoso constante na notícia-crime ou desvendado de ofício pela autoridade policial, nascendo na possibilidade da existência de um fato punível e objetivando atingir o grau de probabilidade para o exercício da acusação. Configura-se como um modelo normativo sumário, que às vezes retrocede para um modelo plenário e se estende demasiadamente, tratando-se de prazo sem sanção, mesmo que exista limitação temporal. Lopes Jr. (2015, p. 181-182) leciona que:

O início do inquérito se dará nos termos do art. 5º do CPP, podendo ser: de ofício; mediante requisição do MP; a requerimento do ofendido; por comunicação oral ou por escrito (notícia-crime); por representação (nos crimes de ação penal pública condicionada); ou a requerimento da vítima (nos crimes de ação penal de iniciativa privada). Quanto ao desenvolvimento, no curso do inquérito são praticados diversos atos, previstos nos arts. 6º e 7º do CPP, inclusive a problemática coleta de DNA (Lei nº 12.654) A conclusão do inquérito será por meio de relatório da autoridade policial, não podendo esta arquivar os autos do inquérito policial (art. 17 do CPP). Concluído, será enviado para o Ministério Público, que poderá: oferecer denúncia; requisitar diligências complementares (art. 16 do CPP); ou requerer ao juiz o arquivamento. Se o juiz concordar, o inquérito será arquivado, não podendo ser reaberto sem novas provas (Súmula n. 524 do STF). Discordando do pedido de arquivamento, o juiz remeterá os autos para o órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28 do CPP. A figura do arquivamento tácito ou implícito não é pacífica, ocorrendo quando o Ministério Público deixa de oferecer denúncia, mas também não pede expressamente o arquivamento, em relação a algum dos imputados do inquérito.

Quanto à forma dos atos, o Inquérito Policial é caracterizado como um procedimento inquisitivo, indisponível, oficial, escrito, dispensável, discricionário, sigiloso, administrativo e informativo, sendo que seus atos possuem valor probatório limitado, não servindo, por si só, para justificar uma condenação. Deve-se compreender a diferença entre Atos de Investigação, que são feitos no Inquérito, e Atos de Prova, que são realizados no processo.

Os Atos de Investigação não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-

processual e para o cumprimento de seus objetivos; servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidos; servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus comissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); têm função endoprocedimental, isto é, interna ao procedimento, para legitimar os atos da própria investigação (indiciamento e/ou adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional); podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

Já os Atos de Prova estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; estão a serviço do processo e integram o processo penal; dirigem-se a formar um juízo de certeza - tutela de segurança; exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; servem à sentença, logo, são destinados ao julgador; destinados a formar o convencimento do juiz, para condenar ou absolver o réu; a produção da prova é essencial para o processo, destinando-se a (re)cognição do juiz acerca do crime (fato passado) para formar sua convicção (função persuasiva); são praticados pelas partes, em contraditório, perante o juiz que julgará o processo.

Ainda em relação ao valor probatório dos atos no Inquérito Policial, Lopes Jr. (2015, p. 183) assim discorre:

É fundamental compreender que a garantia da jurisdicionalidade assegura o direito de ser julgado com base na prova produzida no processo, à luz do contraditório e perante o juiz competente. Excepcionalmente as provas técnicas, irrepetíveis, produzidas no inquérito (exame de corpo de delito, necropsia, etc.) serão submetidas a contraditório posterior, não sendo repetidas por absoluta impossibilidade. Todas as demais provas repetíveis (testemunhal, acareações, etc.) devem ser jurisdicionalizadas. Havendo risco de perecimento de

uma prova testemunhal, poderá ser feito o incidente de produção antecipada de provas (Art. 225 do CPP c/c os arts. 846 a 851 do CPC).

No tocante à contaminação do julgador e exclusão física dos autos da investigação, deve-se observar o Princípio da Livre Apreciação das Provas pelo Juiz, merecendo destaque a visão de Lopes Jr. (2015, p.183):

Considerando que o inquérito policial ingressa inteiramente no processo, é inegável a contaminação consciente ou inconsciente do julgador. O art. 155 do CPP estabelece que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório, não podendo fundamentar sua decisão, exclusivamente, com base no inquérito. O ideal seria a exclusão física dos autos do inquérito - mas isso não está previsto no sistema brasileiro - para assegurar a máxima originalidade do julgamento (isto é, convicção formada a partir da prova produzida originariamente no processo), mantendo-se apenas as provas técnicas irrepetíveis e as produzidas no incidente de produção antecipada. O problema está na falta de previsão da exclusão física e na possibilidade de o juiz condenar utilizando (também) os elementos do inquérito, sem contraditório efetivo.

13

Pereira *apud* Hoffmann (2017, p.65-66) comenta que embora não existam partes e contraditório, no inquérito policial considerado como procedimento penal de investigação no Brasil, há um sujeito de direito com interesses legítimos à defesa, talvez não ampla, mas em alguma medida proporcional aos atos de restrição ao âmbito de proteção de direitos fundamentais do investigado.

A respeito do Indiciamento no Inquérito Policial, cabe salientar a figura do indiciado como indivíduo que é apontado como possível autor de um suposto fato criminoso. Lopes Jr. (2015, p. 183) conceitua que:

O indiciamento é um ato formal e fundamentado, através do qual a autoridade policial afirma a existência de um 'feixe de indícios convergentes' que apontam para certa pessoa como autora de um fato aparentemente criminoso. Erroneamente, não há previsão no CPP do momento no qual deve ocorrer o indiciamento, se no final do inquérito (no relatório) ou no curso da investigação (tão logo surjam elementos que apontem concretamente para alguém). O indiciamento é situacional, provisório, pois o indiciado de hoje pode não ser acusado depois no processo, e tampouco vincula o Ministério Público.

Por último, vale ressaltar que o direito ao contraditório e à ampla defesa no Inquérito Policial foi assegurado ao indiciado, mas não de forma plena. Lopes Jr. (2015, p.183-184) entende que:

É um reducionismo afirmar que no inquérito não existem defesa e contraditório. Não há plenitude, mas é possível o direito de defesa pessoal positiva ou negativa, bem como a presença de advogado. Quanto ao contraditório, é restrito ao primeiro momento, qual seja, o da informação (art. 5º, LV, da CB; 8.2 da CADH e Súmula Vinculante n. 14 do STF). Denegado o pedido de vista do inquérito, poderá a defesa utilizar a reclamação (art. 102, I, e "I", da CB) ou, ainda, Mandado de Segurança a ser interposto em primeiro grau (quando a recusa for da autoridade policial).

4. DOS VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A Investigação Preliminar, devido a sua importância, costuma ser propícia para reducionismos e generalizações, principalmente quanto a vícios que ocorrem no Inquérito Policial e suas consequências. É comum afirmarem que as irregularidades, máculas e vícios ocorridos no Inquérito Policial não contaminem a ação penal, nem se transmitem

automaticamente para o processo. Isso se baseia no fato do Inquérito Policial consistir em procedimento apenas informativo e inquisitório.

Atualmente, ainda se entende que os defeitos no Inquérito Policial consistem em meras irregularidades que não afetam a substância do ato, nem atingem o processo penal subsequente. Nesse caso, as imperfeições nos atos investigatórios não provocam nulidades, que é uma sanção aplicável ao ato defeituoso, para que não produza seus regulares efeitos.

Contudo, deve-se investigar mais profundamente o regime aplicável aos vícios do Inquérito Policial e suas consequências na ação e no processo penal. Primeiramente, vale lembrar que o Inquérito Policial não produz somente elementos de informação, mas também provas. Hoffmann (2017, p.21-22) ensina que:

A inquisitorialidade (...) não impede que o contraditório e ampla defesa quanto a um elemento produzido pela Polícia Judiciária incidam de modo obrigatório, postergado para o processo penal. É o que ocorre com as provas cautelares e não repetíveis, elementos de convicção presentes na esmagadora maioria dos inquéritos policiais. Nesses casos, a atuação da defesa ocorrerá necessariamente, conquanto de maneira diferida (na fase processual), conferindo valor probatório a essas informações. (...) Logo, é totalmente equivocada a afirmação de que o "inquérito policial produz apenas elementos informativos" ou que o "inquérito policial é mera peça informativa".

Seguindo esse raciocínio, merece salientar que a primeira etapa da persecução criminal deve ir de encontro às garantias constitucionais e à legalidade, pois estas não se restringem apenas à fase processual da persecução penal. Nesse ponto, Lopes Jr. *apud* Hoffmann (2017, p.22) preleciona que:

A natureza administrativa do inquérito policial não o blindava contra as garantias processuais próprias do sistema processual penal constitucional brasileiro. (...) A não transmissibilidade de um vício do plano administrativo ao judicial (...) significaria que haveria um nível de proteção de direitos fundamentais diferente conforme se trate de um e outro plano jurídicos (...). A alusão de que o inquérito policial não se subsume ao controle de legalidade equivale a uma declaração de presunção absoluta de sua regularidade. (...) Imunizar esse ato contra qualquer declaração de invalidade é blindá-lo contra o exame de legalidade. Assim, o magistrado utilizaria os autos da investigação em sua sentença como elemento de motivação, mas paralelamente o acusado não poderia alegar sua invalidade.

Assim, admite-se a probabilidade de vícios no Inquérito Policial, em virtude da existência da formalidade dos atos, além da forma como garantia do cidadão perante atos do Estado, na esfera criminal. De igual forma, existe uma extensão processual dos atos policiais, ou seja, os elementos informativos e probatórios são incorporados na sentença como motivação, convertendo-se os atos do Inquérito Policial em atos processuais decisórios. Por isso, os atos investigatórios, quando ingressam na esfera processual, submetem-se aos mesmos critérios de legalidade e constitucionalidade da própria sentença, transmitindo-se a esta suas virtudes e defeitos.

Nessa seara, tomando-se por base que na tipicidade processual a atividade estatal no processo penal é regulada por meio de formas a serem seguidas, existe uma tipicidade a ser respeitada no Inquérito Policial, tanto em relação aos atos administrativos ordenados pela autoridade própria do Delegado, quanto às medidas cautelares determinadas pela autoridade policial após homologação judicial. Isto significa que a teoria da ilicitude de provas é perfeitamente aplicável à fase policial da persecução penal.

Levando-se em conta a doutrina processual penal e também a administrativa, Hoffmann (2017, p.23) classifica os vícios em:

a) irregularidades (ato irregular): imperfeições sem consequência - ex: não entrega da nota de culpa ao preso em flagrante que em seu interrogatório foi cientificado de suas garantias constitucionais, do motivo da prisão e dos nomes do condutor e testemunhas;

b) invalidações (ato anulável ou ato nulo): defeitos que acarretam a invalidação do ato, seja por nulidade relativa (prejuízo precisa ser comprovado - ex: decisão de indiciamento não fundamentada) ou absoluta (presume-se a perda - ex: interceptação telefônica sem autorização judicial);

c) inexistências: deficiências que acarretam a não existência do ato, pois a imperfeição antecede a própria consideração sobre a validade do ato - ex: relatório de inquérito policial assinado não pelo Delegado, mas pelo Escrivão.

É importante destacar que o reconhecimento da nulidade do elemento informativo ou probatório produzido no Inquérito Policial pode ser feito, de ofício ou a requerimento, tanto judicialmente pelo Juiz, em razão da inafastabilidade da jurisdição, quanto administrativamente pelo Delegado, em virtude do Princípio da Autotutela. Porém, o reconhecimento da nulidade não significa necessariamente o insucesso do processo penal, porque a imperfeição pode ser convalidada pela repetição, tanto no Inquérito Policial, quanto no processo penal, sendo que o elemento viciado pode estar acompanhado de outras provas válidas.

Com isso, a análise das nulidades do Inquérito Policial e o grau de contaminação do respectivo processo penal levam em consideração a individualidade ou pluralidade do elemento informativo ou probatório viciado, o efetivo saneamento do vício e a derivação das demais provas. Sobre isso, Hoffmann (2017, p.24) explica que:

De um lado, o processo penal restará prejudicado se o elemento de convicção nulo for o único a amparar a denúncia e não puder ser produzido novamente, ou se apesar de existirem outras provas elas decorrerem exclusivamente do vestígio viciado (teoria dos frutos da árvore envenenada). De outra banda, a persecução poderá seguir seu curso normalmente se for possível convalidar o elemento informativo ou probatório, ou se apesar de não saneada a nulidade do vestígio ele estiver acompanhado de outros elementos que dele não derivarem.

Destaca-se ainda que o recebimento da denúncia não convalida todas as nulidades da fase pré-processual, pois os vícios em elementos investigatórios não podem ser superados simplesmente pelo início do processo. Por isso, o recebimento da denúncia não supera as irregularidades que surgiram no Inquérito Policial, bem como não exaure sua suposta função meramente informativa. Nesse sentido, Hoffmann (2017, p.24), comentando alguns julgados das cortes superiores sobre esse tema, cita o seguinte:

Não obstante as cortes superiores não admitirem com todas as letras o regime de nulidades do inquérito policial, em inúmeros julgados acabam por invalidar os atos investigativos praticados sem a observância das formalidades e garantias devidas. São exemplos: a) busca e apreensão domiciliar cumprida em endereço não especificado no mandado judicial; b) quebra de sigilo de dados amparada exclusivamente em denúncia anônima; c) interceptação telefônica executada por agentes não policiais civis ou federais; d) interceptação telefônica iniciada por denúncia anônima desacompanhada de diligências preliminares.

Percebe-se que as próprias cortes superiores reconhecem que a investigação policial possui força probante e reconhecem nulidades, afastando a imunidade dos atos policiais contra qualquer declaração de invalidade. Agindo dessa forma, entram em contradição com seus próprios julgados, os quais difundem que não existe nulidade no Inquérito Policial.

Acrescenta-se ainda, mesmo a legislação não explicitando de forma clara essa sistemática, que uma evolução pode ser evidenciada no Art. 7º, Inciso XXI, do Estatuto do OAB (Lei nº 8.906/94), consoante o qual:

Art. 7º - São direitos do advogado:

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos.

Por fim, o direito à prova, como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, inadmitindo-se provas ilícitas, conforme o Art. 5º, Inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, o qual assim discrimina: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Logo, a busca da verdade probatória não pode conter imperfeições, devendo-se sempre estar respaldada no respeito às garantias constitucionais e legais. Sobre esse assunto, Lopes Jr. *apud* Hoffmann (2017, p.25), de forma célebre, argumenta que:

É preciso que se compreenda, definitivamente, que em um processo penal democrático e constitucional, forma é garantia e limite de poder. À luz da legalidade processual, todo poder é condicionado e precisa ter seu espaço de exercício claramente demarcado. É uma decorrência lógica e inafastável da "tipicidade processual". (...) Também não se pode esquecer que, com base nos atos do inquérito, se pode retirar a liberdade (prisões cautelares) e os bens de uma pessoa (medidas assecuratórias), ou seja, com base nessa peça

"meramente informativa" (como reducionistamente foi rotulado ao longo de décadas), podemos retirar o "eu" e "minhas circunstâncias".

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que foi explanado neste trabalho, pode-se perceber a importância do Inquérito Policial no Brasil, como um Procedimento Investigatório, presidido pela autoridade policial, cuja finalidade é a apuração da autoria e da materialidade das infrações penais. Porém, esse instrumento investigativo não está imune à contaminação por vícios em seus atos procedimentais, os quais poderão gerar irregularidades, invalidações ou inexistências, conforme o caso. Tais vícios não tornarão nulo o processo penal subsequente, se descobertos a tempo e sanados pela convalidação. Caso não sejam convalidados tempestivamente, nem puder ser reproduzido o ato nulo que fundamentou unicamente a denúncia, o processo penal ficará prejudicado, pois não fornecerá elementos suficientes à formação do livre convencimento Juiz para a prolação de sua decisão.

Foi feita uma breve contextualização acerca de toda a trajetória histórica que o Inquérito Policial percorreu, desde o Egito, passando pela Palestina, Roma, Idade Média, Ordenações Portuguesas, Sistemas Mistos na França Napoleônica, e, por último, chegando ao Brasil, que começou adotando o Sistema de Investigação criminal Inquisitivo, avançando depois para um Sistema Misto aos moldes do Código Processual Penal de Napoleão de 1808, que mesclou um sistema inquisitivo inicial, na fase investigatória, com um Sistema Acusatório posterior. Este Sistema Misto perpetuou-se no Brasil até os tempos atuais, permanecendo imutável diante das transformações que o País enfrentou nesse extenso período.

Em seguida, foi abordada de forma bastante ampla a questão do Inquérito Policial como espécie de Investigação Preliminar no Brasil. Mostrou-se que esta é feita pela Polícia Judiciária, através do Inquérito, presidido pela autoridade policial e instrumento do direito processual penal cuja finalidade é apurar as infrações penais e sua autoria. Frisou-se que a maioria dos elementos probatórios juntados às ações penais são frutos do Inquérito Policial, que investiga suposto fato criminoso, podendo transformá-lo em fato punível, propício ao exercício da acusação. Delineou-se que a forma dos atos no Inquérito Policial possui como características a inquisitorialidade, indisponibilidade, oficialidade, dispensabilidade,

discricionariedade, sigilosidade, sendo ainda um procedimento escrito, administrativo e informativo, no qual se diferenciam os Atos de Investigação dos Atos de Prova. Exaltou-se a observância ao Princípio da Livre Avaliação das Provas pelo Juiz quanto à contaminação do julgador e exclusão física dos autos da investigação. Finalizou-se tratando do Indiciamento, especialmente do indiciado como possível autor do delito, e seu relativo direito ao contraditório e à ampla defesa.

Foram salientados também os vícios que afetam o Inquérito Policial e suas consequências na ação e no processo criminal. Restou provado que o Inquérito Policial produz tanto elementos de informação quanto de provas, estando sujeito às garantias constitucionais e legais, dentre elas o direito do advogado de assistir seu cliente investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente. Deste modo, a probabilidade de vícios no Inquérito Policial é admissível, sendo aplicável a ilicitude de provas nessa Investigação Preliminar, podendo tais vícios estenderem-se ao processo penal quando a este for incorporado. Analisou-se que as nulidades no Inquérito Policial, reconhecidas tanto pelo Juiz como pelo Delegado, e sua contaminação ao processo criminal, leva em conta a individualidade ou pluralidade do elemento informativo ou probatório viciado, o efetivo saneamento do vício e a derivação das demais provas, não convalidando as nulidades com o recebimento da denúncia.

Portanto, observa-se que a Polícia Judiciária desempenha papel fundamental na condução do Inquérito Policial, cuja atuação é imperativa para a fase de persecução penal consubstanciada na ação penal. Some-se ainda o fato de que os elementos angariados pelo Delegado no curso do Inquérito Policial são a base para a decretação das medidas cautelares que afetam diretamente direitos fundamentais do investigado, tais como a quebra de sigilo das comunicações telefônicas e os sigilos bancário e fiscal.

Contudo, o reconhecimento de nulidades no Inquérito Policial deve ser feito com cautela, para impedir o formalismo estéril e o desvirtuamento da finalidade da Investigação Preliminar, que é servir como ferramenta para a aplicação do direito penal. No entanto, não se pode admitir uma informalidade que se desvie da formalidade garantida pela

persecução penal, bem como se deve evitar que o Inquérito Policial seja ambiente propício para chacinas jurídicas.

Finalmente, reitera-se que o Inquérito Policial, instrumento de Investigação Preliminar legalmente previsto no Código de Processo penal, precisa ser objeto de constantes aperfeiçoamentos e estudos acadêmicos, porém desprovidos dos preconceitos e rancores institucionais, os quais têm permeado esse debate nos últimos tempos, visando, assim, a obtenção de vantagens para o sistema de justiça criminal, para o investigado e para a sociedade em geral.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal Brasileiro. Vol. 1. Laemmert & C., São Paulo, 1901A.

BOSCHI, José Antônio P. Persecução Penal: inquérito policial, ação penal e Ministério Público. AIDE. Rio de Janeiro, 1987.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 10 ed. Brasília: Senado Federal, centro gráfico, 2006. 292 p.

BRASIL, Decreto Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941.

BRASIL, Lei nº 8.906, 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União. 05 jul. 1994.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p.279.

HOFFMANN, Henrique. "Mera informalidade" do inquérito policial é um mito. Revista Consultor Jurídico, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-29/academia-policial-mera-informalidade-inquerito-policial-mito>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

HOFFMANN, Henrique. Polícia Judiciária no Estado de Direito. 2º Ed. - Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. 320 p.

HOFFMANN, Henrique. Investigação criminal pela Polícia Judiciária. 2º Ed. - Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017. 304 p.

KHALED JR, Salah Hassan. A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial. Atlas. São Paulo, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23-343.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 12º Ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. Nulidades e ilicitudes do Inquérito não contaminam o Processo Penal? Revista Consultor Jurídico, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/limite-penal-nulidades-ilicitudes-inquerito-nao-contaminam-processo-penal>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

OLIVEIRA FILHO, Ênio Walcácer de. Constituição & inquisição: o inquérito policial e sua (in) constitucionalidade no Brasil pós 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 389 p.

PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da Investigação Criminal. Coimbra: Almedina, 2011.

PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lúcio (Org.). Investigação Criminal. Curitiba: Juruá, 2013.

PIRANGELLI, José Henrique. Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas. Javoli. Bauru - SP, 1993.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. Revista dos Tribunais, n. 577, p. 133.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais. 2. ed. Lumens Juris. Rio de Janeiro, 2006.

NOTA:

[1] É mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins - UFT, tendo se especializado em Ciências Criminais e também em Direito e Processo Administrativo na mesma universidade. Graduado em Direito e Comunicação Social, é professor de Processo Penal e Direito Penal atualmente na Faculdade Serra do Carmo, tendo atuado como professor convidado na Universidade Federal do Tocantins em Direito Penal I e II. É membro do conselho editorial da revista Vertentes do Direito (UFT), sendo servidor da Polícia Civil de Tocantins desde 2014. É professor de Pós-Graduação em Ciências Criminais da UFT. E-mail: ewalcacer@gmail.com.

POSSE E PORTE DE ARMAS DE FOGO E SUA RELAÇÃO COM A VIOLÊNCIA

RICARDO APARECIDO MATIAS:

Bacharel em Ciências contábeis pela Unijales - Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil .

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)[1]

RESUMO: As armas de fogo tem sido um tema cada vez mais polêmico e vem sendo muito discutido no Brasil, sua regulamentação, liberação somente da posse ou também do porte. A Lei 10.826/2003 regulamenta o tema no Brasil abordando os principais aspectos, como o que é necessário para conseguir uma arma, além de diferenciar porte e posse, onde pode ser utilizada, a documentação necessária, além dos crimes e penas para quem não respeitar a Lei. Nesta ótica há pessoas que vem de forma positiva e negativa a atual legislação argumentando que as dificuldades impostas pela Lei desarmou os cidadãos de bem que não podem se defender dos bandidos com a mesma força pois estes conseguem armas ilegais, além de ferir a Constituição pois sob este ponto de vista estaria tirando o direito de defender a própria vida. Os defensores da lei argumentam que se não fosse esta regulamentação imposta pelo Estatuto do desarmamento a violência no Brasil teria atingido índices muito maiores, por isso a Lei foi um grande avanço. Números demonstram aumento da violência mesmo após a vigência do Estatuto do Desarmamento, porém com crescimento exponencial menor. A opinião dos brasileiros é muito dividida com uma tendência a uma legislação que facilite um pouco mais a vida de quem decida comprar uma arma. Ao redor do mundo há países com legislação mais liberal e mais rígida com diferentes números sobre a violência, não necessariamente sendo proporcional o alto índice de violência com o alto número de armas do país.

PALAVRAS CHAVE: Armas de fogo, Estatuto do desarmamento, violência, homicídios, índices de criminalidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CONCEITO DE ARMAS DE FOGO E EXIGENCIAS PARA OBTÊ-LAS. 2 POSSE E PORTE DE ARMAS DE FOGO. 3 OPINIÃO PÚBLICA E REALIDADE BRASILEIRA. 4 EFEITOS PRÁTICOS DA LIBERAÇÃO DO USO DE ARMAS. 5 REALIDADE MUNDIAL SOBRE ARMAS DE FOGO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O uso de armas de fogo por civis é um assunto muito polêmico, alguns defendem que a liberação das armas pode diminuir os índices de violência e outros acreditam que pode aumentar ainda mais, o assunto é debatido a tempos por juristas, especialistas, direitos humanos, políticos por todo o mundo, o tema desperta interesse de muitas pessoas que querem saber se possuir ou portar uma arma de fogo pode trazer mais segurança ou coloca-las em riscos mais elevados em uma eventual situação de perigo.

No Brasil as taxas de violência aumentam ano após ano, principalmente o número de homicídios que hoje chegou, segundo o Atlas da violência do IPEA

“[...]em 2015 houve 59.080 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa por 100 mil habitantes de 28,9. Este número de homicídios consolida uma mudança de patamar nesse indicador (na ordem de 59 a 60 mil casos por ano), e se distancia das 48 mil a 50 mil mortes[...] (Atlas da Violência 2017, p. 7)”

Considerando que não há uma solução a curto prazo projetada pelo Estado para começar a melhorar estes números, a sensação de insegurança paira sobre a população Brasileira de forma assustadora fazendo com que invistam cada vez mais em meios particulares de segurança tornando-se prisioneiros dentro de suas próprias casas.

Antes da vigência Lei 10.826/2003 também conhecida como Estatuto do desarmamento a opinião dos Brasileiros era de que menos armas seria igual a menos homicídios, porém 15 anos se passaram sem que a expectativa se tornasse realidade e os índices de violência com uso de armas de fogo continuam aumentando até hoje, embora especialistas afirmam que houve redução da evolução do números de homicídios, se não fosse a referida Lei o número atual seria muito maior.

A opinião do povo Brasileiro sobre o tema é divergente, em 2005 foi realizado um plebiscito onde se discutia a proibição total da comercialização das armas de fogo e 63% contrários e 37% favoráveis à proibição, opinião que demonstra que a nação está mais inclinada à liberação do que proibição das armas.

1 CONCEITO DE ARMAS DE FOGO E EXIGENCIAS PARA OBTE-LAS

O Estatuto do desarmamento Lei 10.826/2003 passou a regulamentar de maneira mais rígida o porte e a posse de armas de fogo no Brasil, uma legislação que dificultou muito a aquisição de armas por civis, estabelecendo situações muito específicas e limitando o tipo de arma que poderia ser comprada.

Antes é necessário especificar o que é uma arma fogo, pois existem vários tipos de armas que são armas, porém como o objeto do estudo são as armas de fogo, será definido somente este conceito. O doutrinador Nucci conceitua da seguinte maneira “[...] pode ser entendida como um aparato ao qual funciona por intermédio da deflagração de carga explosiva, lançando ao ar um projétil (NUCCI, 2006. p251).”

O conceito legal pode ser encontrado no decreto 3.665/2000 artigo 3º inciso XIII:

“XIII - arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade

à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil;”

Um indivíduo que deseja possuir uma arma de fogo de acordo com legislação vigente precisa ter mais de 25 anos de idade, passar por exames psicológicos, obter certidões de negativas das Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, possuir residência fixa e justificar o motivo que necessita daquela arma, como por exemplo alguma ameaça a sua integridade física ou residir em local de risco. Juntando toda essa documentação deve apresentar a documentação e aguardar a autorização que pode ser deferida ou não.

Se conseguir a autorização poderá adquirir sua arma, com registro no SINARM, órgão responsável por regulamentar todas as armas de propriedade de Civis no Brasil, porém não pode escolher qualquer arma, alguns tipos de armas também são de uso exclusivo das forças armadas e não podem ser adquiridas por civis, a listagem destas armas também está disposto no decreto 3.665/2000.

2 POSSE E PORTE DE ARMAS DE FOGO

A Legislação prevê duas situações para quem consegue adquirir armas de fogo de maneira legal no Brasil, a primeira é para quem deseja somente a posse e a segunda é para quem deseja a posse e o porte da sua arma.

Entende-se por posse de arma o fato da pessoa tê-la em lugar determinado podendo ser uma propriedade como casa, sítio ou fazenda ou local de trabalho sem sair com ela daquelas dependências enquanto o porte é fato do titular da arma sair daquele determinado local com a arma, conforme definição do doutrinador Fernando Capez.

Haverá a configuração típica sempre que as ações de possuir ou manter sob guarda arma de fogo, acessórios ou munições forem praticadas com desrespeito aos requisitos constantes da Lei n.

10.826/2003 ou de seu Regulamento, por exemplo, posse de arma de fogo sem o registro concedido pela autoridade competente (art. 5º, § 1º, da Lei) ou com prazo de validade expirado (art. 5º, § 2º, da Lei). (Capez 2014, p. 241).”

O crime previsto para quem desobedecer a legislação e cometer o crime de posse ilegal de arma de fogo é de detenção de 1 a 3 anos e multa e está previsto no artigo 12 da referida lei:

“Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Lei 10.826/2003).”

Já o crime de porte de arma é aquele em que a pessoa deixa o local determinado carregando consigo a arma sem a devida autorização, mesmo que possua a autorização de posse, a partir do momento que deixar o local autorizado incorrerá no crime citado. A pena é ainda maior, reclusão de 2 a 4 anos e está prevista no artigo 14 do Estatuto do desarmamento:

“Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (Lei 10.826/2003).”

Apesar da legislação definir armas de uso exclusivo das forças armadas e as permitidas para civis que conseguem autorização, a lei manteve o crime para ambos os tipos de armas, levando doutrinadores a considerar uma falha, como é a opinião de Fernando Capez:

“A posse ocorre dentro e o porte, fora de casa. Quando tais condutas dizem respeito à arma de fogo de uso permitido, a Lei as trata com distinção, tipificando a primeira no art. 12 e a segunda, de modo mais severo, no art. 14. Em se tratando de arma de fogo de uso restrito ou proibido, no entanto, a Lei, estranhamente, não fez qualquer diferenciação. Entendemos que deveria ter havido tratamento penal diverso, pois a manutenção do artefato, mesmo o de uso restrito, dentro da residência do autor, é menos grave do que ele ser carregado pela via pública. É certo que não existe autorização para manter uma metralhadora dentro de casa, e tal fato merece severa reprimenda; mesmo assim, sair com uma metralhadora pelas ruas é um fato mais grave, e não deve receber o mesmo tratamento (Capez, 2014, p.267).”

Além destes crimes o Estatuto do desarmamento também regulamenta outros tipos de crime como disparo de armas de fogo, comércio ilegal de armas de fogo, tráfico internacional de armas de fogo, porém o foco do trabalho está no fato da liberação ou não da posse e porte de armas por cidadãos de bem para legítima defesa.

3 OPINIÃO PÚBLICA E REALIDADE BRASILEIRA

A opinião pública brasileira já não alimenta um consenso sobre o assunto, apesar de inúmeras campanhas contra as armas de fogo no Brasil, o debate é cada vez mais acirrado, nota-se em qualquer ambiente que as pessoas discutem o assunto sob diferentes pontos de vista, artistas, comentaristas e apresentadores entram no debate tentando influenciar as pessoas a aderir seus argumentos.

Os apoiadores da revogação ou alteração do Estatuto do desarmamento acusam a mídia de influenciar a parcela da população que é contrária a proibição do uso de armas, tentando induzindo-os com campanhas envolvendo artistas e apresentadores com poder de

persuasão para convence-los de que o estatuto protege as pessoas e reduz a criminalidade.

O movimento que pede a liberação das armas vem aumentando notavelmente, cada vez mais observa-se pessoas defendendo a ideia de que gostaria de ter o livre arbítrio de escolher se quer ou não possuir uma arma para defender sua integridade física e de sua família em uma eventual situação de ameaça.

Na opinião desta parte da população a lei 10.826/2003 fere alguns dos principais direitos previstos no artigo 5º caput da CF/88:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

A violação estaria no fato do Estado suprimir o direito à vida, ou na defesa dela, pois tira o equilíbrio entre um cidadão de bem de mãos limpas a ter que enfrentar um mal elemento possivelmente armado, não teria a menor chance de sucesso considerando ainda que o País não consegue cumprir sua obrigação constitucional de oferecer segurança a todos conforme previsto na CF/88. Além do direito de defender sua propriedade pois a constituição garante o direito de propriedade.

Sem a proteção do Estado e proibido de se armar para igualar a força para se defender em iguais proporções, os cidadãos de bem se tornam vítimas de criminosos e acabam optando por outros aparatos de segurança, como altos muros, câmeras de vigilância e segurança particular tornando sua residência uma prisão, além de deixar de frequentar lugares com medo de se tornarem vítimas de algum crime, abdicando do direito de ir e vir em detrimento da criminalidade, perdendo mais um direito garantido na constituição.

Outro ponto de vista defendido por quem apoia a liberação das armas é que inibiria muitos crimes praticados pelo fato de que uma pessoa ao pensar em praticar um crime teria mais receio por encontrar a vítima armada ou outro cidadão armado nas proximidades do local do crime, colocando em risco a sua ação e até mesmo sua vida.

Para quem defende o Estatuto do Desarmamento a proibição das armas no Brasil foi uma grande evolução e diminui muito os homicídios, apesar de não ter havido redução em números absolutos, pois os índices de violência continuaram a subir após a vigência da lei 10.826/03, houve redução exponencial do crescimento e alegam que se não houvesse esta lei os números seriam ainda mais altos.

O Doutrinador Guilherme de Souza Nucci defende que as armas de fogo devem ser rigorosamente controladas pelo Estado com os comentários abaixo:

“A arma de fogo é instrumento vulnerante, fabricado, particularmente, para ofender a integridade física de alguém, ainda que possa ser com o propósito de defesa contra agressão injusta. De todo modo, para o bem ou para o mal, em função do direito individual fundamental à segurança pública, é preciso que as armas de fogo, tal como se dá no contexto dos tóxicos, sejam rigorosamente controladas pelo Estado. Em especial, quando se trata de um país pobre, ainda constituído de grande parcela da sociedade sem formação cultural adequada, como o Brasil, o espaço para a circulação da arma de fogo deve ser restrito (Nucci 2014, p. 22).”

Segundo estes o livre comércio e porte de armas banalizaria a vida e aumentaria os homicídios em situações de cotidiano, como em uma discussão mais acalorada, além dos acidentes com crianças e até mesmo com os portadores de armas.

Outra preocupação está no aumento dos suicídios e ataques generalizados a locais com grande concentração de pessoas como é bastante comum nos Estados Unidos, conforme divulgado constantemente pela mídia.

4 EFEITOS PRÁTICOS DA LIBERAÇÃO DO USO DE ARMAS

Caso o Congresso Nacional decida revogar o estatuto do desarmamento o Brasileiro teria duas situações que devem ser

regulamentadas: a) a possibilidade de possuir armas de fogo dentro de suas propriedades, porém sem poder porta-las em locais públicos assim sendo liberado somente a posse da arma, b) seria permitido a posse e o porte de armas de fogo, assim as pessoas poderiam transitar em qualquer lugar com uma arma. Cabe ao legislador normatizar o que será permitido para que se possa chegar a melhor solução com mais proteção e menos riscos à sociedade.

Como o Estado não tem condição de proteger o Brasileiro e a situação da violência é crítica, a liberação de porte pode ser cogitada tranquilamente, pois aqui parte-se da premissa de que as armas estarão na mão de pessoas integras e preparadas para porta-las, cabendo mais uma vez ao legislador normatizar os parâmetros para a melhor solução.

Há duas perspectivas sobre o assunto, em primeiro plano poderia ocorrer um aumento de homicídios em função da facilidade de obter armas, principalmente por acidentes ou algumas brigas mais acaloradas que poderiam terminar em tragédia, isto é um fator relevante, mas que se torna insignificante quando se contrapõe a outro ponto de vista.

Hoje no Brasil as pessoas que cumprem a lei não podem ter acesso a armas, mas a segurança pública é horrível e não consegue dar segurança aos Brasileiros conforme previsto na CF/88, assim os bandidos têm uma enorme facilidade para conseguir e armas e praticar crimes entre eles o homicídio, pois tem a certeza que as pessoas de bem que irão atacar não tem como se defender.

Diante dessas duas posições o fato de os bandidos saberem que pode encontrar resistência poderia desestimular os crimes, tornando os acidentes insignificantes em relação aos crimes evitados. É preciso mencionar ainda que os bandidos não teriam somente a resistência armada de sua vítima, mas também de um vizinho ou simplesmente qualquer pessoa que possa estar presente no ato.

5 REALIDADE MUNDIAL SOBRE ARMAS DE FOGO

Não é possível afirmar com clareza o que acontece nos países que liberam as armas pois temos várias realidades diferentes ao redor do

mundo, somente colocando em prática que seria possível uma conclusão adequada sobre o tema.

No Japão o índice de homicídios é de 0,3 por 100 mil habitantes, sendo que baniram totalmente as armas, enquanto no Brasil que também proibiu as armas este índice é de 28,9 por 100 mil habitantes segundo informações do Atlas da violência do IPEA. O mesmo cenário ocorre em países que liberaram as armas, países como Alemanha, Suécia e Áustria possuem uma estimativa de mais de 30 armas por cem habitantes e taxas baixíssimas de homicídios, enquanto o país mais violento do mundo, Honduras possui seis armas a cada cem habitantes.

Os Estados Unidos é o país com maior número de armas no mundo cerca de 270 milhões de unidades, embora seja difícil estabelecer a quantidade de armas ilegais que existem pelo mundo. Por lá 40% dos americanos declaram possuir pelo menos uma arma segundo levantamento da Pew Research Center em matéria publicada no site BBC.com. Cada ataque relacionado a armas de fogo surge novamente o debate sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto pode-se concluir que o tema está longe do consenso, com uma corrente a favor e outra contrária a liberação das armas, ambas com argumentos plausíveis e que devem ser levados em consideração pelos legisladores ao discutir sobre o tema.

A revogação ou alteração do desarmamento não é a única solução para redução da violência e principalmente dos homicídios, pois conforme demonstrado há países em que há enorme quantidade de armas de fogo nas ruas legislação favorável e com índices de criminalidade baixo como Alemanha, Suécia e Áustria bem como o Japão que aboliu o uso de armas e mantém um índice muito baixo de homicídios.

Logo entende-se que algumas providências devem ser tomadas pelo Estado, mas que revogação da referida lei pode ser um primeiro passo para a redução da criminalidade, mas há outros fatores que precisam acompanhar como a melhoria da educação e

outros conjuntos de leis que tragam a sensação de que o crime não compensa e que o Estado atuará com eficiência na sua função punitiva.

O clamor pela liberação das armas está mais relacionado a cultura armamentista das pessoas do que a necessidade de combater o crime. Nota-se que o índice de criminalidade está mais relacionado a educação e cultura, como observados nos países com baixos índices são muito mais evoluídos neste sentido.

O melhor caminho para o impasse seria uma reforma na Lei mantendo os requisitos necessários e o controle das armas vendidas, excluindo a necessidade de comprovar o motivo que precisa da arma, pois somente o fato de defender sua vida em situações de risco já um motivo justo desde que cumpra os demais requisitos.

REFERÊNCIAS

ALVES FRANCO, Paulo. **Porte de Armas. Aquisição, posse e porte, obtenção, posse e porte ilegais, Estatuto do desarmamento**, Campinas, Editora Servanda, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 abr. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm c onсульта 19/05/2018 Acesso em 20 mai. 2018

BRASIL, Decreto nº 3665, de 20 de novembro de 2.000. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm Acesso em 20 mai. 2018

BRASIL, Lei nº10.826, de 22 de dezembro de 2.003. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm c onсульта 20/05/2018 Acesso em 20 mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial**. 9. Ed. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2014

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais Processuais Penais Comentadas**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. Ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014

<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376> consulta 12/05/2018

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-09/senado-faz-consulta-publica-sobre-revogacao-do-estatuto-do-desarmamento> consulta 12/05/2018

<https://g1.globo.com/mundo/noticia/oito-graficos-que-explicam-a-cultura-das-armas-nos-eua.ghtml> consulta 12/05/2018

<http://veja.abril.com.br/blog/cacador-de-mitos/o-porte-de-armas-aumenta-ou-diminui-a-violencia/#> consulta 12/05/2018

<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-43071854> consulta 19/05/2018

<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017> consulta 19/05/2018

http://www.mvb.org.br/campanhas/estatuto_impacto.php consulta 19/05/2018

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm consulta 19/05/2018

NOTA:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

DIREITO DE INTERVENÇÃO: ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO

LETÍCIA DA SILVA LIMA: Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins - FACTO.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(Orientador)^[1]

RESUMO: Esta pesquisa tem como objetivo o estudo da atuação do direito administrativo sancionador. Proporcionará a visualização deste Direito quanto uma alternativa para conter o processo de expansão do Direito Penal. Abordaremos a proposta de Hassemer, organizada por Diogo Mentor, que nos servirá como ponto de partida para interpretação das sanções administrativas, além de reflexões sobre a expansão do Direito Penal e a interpretação da delimitação entre esses dois direitos. Apresentará dogmática jurídica com base bibliográfica, e serão realizadas a partir de materiais publicado em livros, artigos, dissertações e teses. Com início abordando teorias sobre a temática do Direito Penal clássico e moderno e o Direito penal econômico, a partir de então desenvolve-se sobre a expansão penal e o direito de intervenção baseados nos estudos de Hassemer. Em suma, uma explanação sobre a expansão do Direito penal em temas administrativos, e o direito de intervenção estatal sancionador.

Palavras-chave: Administrativização; Direitos supra-individuais; Intervenção; Direito Econômico.

ABSTRACT: This research aims to study the the performance of administrative Law sanctioner. This research will provide the visualization of this Law as an alternative to stop the process of expansion of criminal Law. we will address Hassemer's proposal, organized by Diogo Mentor, which will be pointed as a starting point for the interpretation of the administrative sanctions besides reflecting on the expansion of criminal Law e a interpretation of delimitation between these two laws. The present research will present legal dogmatic with bibliographic basis, and will be carried out from materials published in books, articles, dissertations and

theses. With the beginning approaching theories about the thematic of modern and classic criminal Law and the economic criminal Law, from then on develops on the criminal expansion and the intervention Law based on Hassemer's studies. In short, an explanation about the expansion of criminal Law in administrative themes, and the sanctioner state-owned intervention Law.

Key-words: Administrativization; supraindividual Laws; Intervention; economic Law.

SUMÁRIO: Introdução. 2. 1. A visão do Direito Penal Clássico e o Direito Moderno. 3. 2. Conceituando o Objeto da Discussão: O Direito Penal Econômico. 6. 2.1. Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica. 3. A expansão penal pode levar ao direito de intervenção? 3.1. Direito Administrativo sancionador como direito de intervenção. 3.2. O Direito de Intervenção segundo a teoria de Winfried Hassemer. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização está a transformar os Estados, que se veem obrigados a regular e controlar o mercado, desencadeando a necessidade de uma maior intervenção Estatal sobre a economia. Associe-se, a esta constatação, a liberalização de mercados, decorrente da mundialização da economia e do rompimento das fronteiras dos países. Surgiu, pois, uma sociedade pós-industrial e de risco, nesse contexto, expande-se o campo de incidência da criminalidade econômica, acarretando mudanças nas premissas

sociais que requisitam a intervenção punitiva.

O reconhecimento da existência de uma sociedade de riscos, atuais e potenciais, requer do Estado uma nova concepção intervencionista, cuja expansão acaba por influenciar o Direito Penal tradicional. Impõe-se a tutela de valores diversos daqueles até então protegidos.

O principal desenvolvimento desta pesquisa gira em torno da expansão do direito penal com propostas apresentadas por Hassemer, que põem em pauta a ponte de ligação entre o Direito Penal e o poder investigatório do Direito Administrativo Sancionador.

Assim, o foco é a Intervenção e sanções administrativas como uma extensão do Direito Penal, quanto à abrangência de fenômenos no mundo penal, bens jurídicos protegidos, responsabilidade da pessoa jurídica, pois a incidência do Direito Penal econômico abrange questões relacionadas agora não só mais a um indivíduo, mas à segurança e o desenvolvimento do indivíduo na sociedade pós-industrial.

Nesse diapasão o Direito Penal Econômico, vinha subsistindo aos problemas individuais por conflitos coletivos. Exige-se então uma proteção dirigida aos bens jurídicos da coletividade, os supra-individuais, bens jurídicos universais.

Então, vejamos a Administrativização do Direito Penal.

1 - A visão do Direito Penal Clássico e o Direito Moderno

A cada dia, a humanidade descobre novas necessidades e alcança novos objetivos. Estas transformações ocorrem em todas as áreas do conhecimento humano, e entre elas, na ciência jurídica.

O Direito é dinâmico. Acompanha a evolução da sociedade, adaptando-se aos seus clamores. Dentro dos ramos do Direito, encontramos no Direito Penal o exemplo fiel e legítimo de adaptação social. De forma brilhante, o Professor Magalhães Noronha presenteou o Direito Penal brasileiro com uma frase memorável que merece ser lembrada: "A história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou".

Realmente, ele atravessa os séculos tal qual um camaleão, alterando suas cores (seus comportamentos), para estudar seus anseios, suas revoltas, seus atos violentos, a criminalidade. Bem como, encontrar formas de prevenir e combater a criminalidade através da aplicação justa de uma

penalidade. Nada mais é estático. A única coisa imutável é a mudança. O homem é o resultado de fazeres humanos do passado, que o colocam no presente e determinam o seu futuro.

Entender o contexto atual em que o homem se insere é o primeiro passo para saber lidar com o Direito Penal na modernidade. Apreender as demandas sociais emergentes aviva cada vez mais a imprescindível interdisciplinaridade com a qual o Direito, e mais especificamente o Direito Penal, é obrigado a conviver.

É adequado a definição de cada modelo para entender qual melhor se encaixa na sociedade contemporânea. O debate nada mais é que doutrinário e principiológico.

Segundo Ana Carolina Carlos (p.21) o direito penal clássico teria surgido com o objetivo de limitar sua aplicação aos fins da pena, garantir a humanização e vincular o legislador a bens jurídicos penais. Nesse Direito, o bem jurídico é tido como referencial à liberdade no contrato social e funciona como requisito de criminalização. Os princípios de legalidade e anterioridade da lei penal também são características deste Direito, denominado clássico, que representaria principalmente um instrumento de limitação de intervenção Estatal.

Historicamente, tem-se o período Iluminista como o início das manifestações de revolta contra a arbitrariedade do poder punitivo e a luta por definições claras e objetivas sobre o conceito de crime. Até esse momento, não se falava em crime sem que comentasse os elementos: direito subjetivo, danosidade social e necessidade da pena.

Alselm Von (1989), citado por Diego Mentor (2016) a noção de crime passa a entender como uma violação a um direito subjetivo de outrem, agora não mais o simples confronto com a norma legal. Nesse momento, o conceito volta-se ao direito individual subjetivo. Somente no século XIX, é que vemos que o bem jurídico passa a ser o núcleo da tutela penal, e não mais o direito subjetivo. Mais precisamente, por meados de 1834, com a Teoria de Johann Michael Franz, que desponta o iluminismo e passa a

sustentar que o direito não pode ser lesionado ou diminuído, o que só poderá ocorrer com o objeto desse direito, que é o bem jurídico.

Segundo Ana Luiza Barbosa de Sá (2014), para Franz Von, é a realidade social que determinará quais bens jurídicos possuem relevância para a sociedade e devem então, ser incluídos sob a proteção da tutela penal.

(...) Daí a conclusão do pensamento de Von Liszt, de que o bem jurídico não é uma exclusiva criação do legislador, mas sim uma criação da vida que constitui interesse fundamental do indivíduo e da coletividade, rompendo-se com o tratamento puramente normativo do delito e abrindo espaço para a aplicação de um sistema teleológico, que permitisse a aproximação do direito penal da realidade social. (MENTOR, 2016 apud SÁ, 2014, p.77)

Em contraste, aparece o modelo de Direito Penal moderno, o qual se caracteriza por abranger a intervenção penal, que antes (no modelo clássico) não era alcançado pelo Direito Penal. Ele aparece num modelo de Estado liberal e um pouco de Estado social intervencionista, conectando-se às atividades econômicas e usando o Direito Penal como ferramenta de organização, prevenção e tutela. Segundo Ana Carolina (2012), seriam expressões do Direito Penal moderno a criminalidade empresarial, o Direito penal da globalização, os “eurodelitos”, e o Direito penal do inimigo.

Na orientação de Hassemer, o modelo “moderno” tem como características a proteção de bens coletivos. Tencionando para uma teoria mais preventiva que retributiva, ao mesmo passo que busca vinculação de decisões do legislador à princípios de proteção de bens jurídicos.

A expansão do direito penal é plenamente abarcada pelos princípios constitucionais tradicionais, e não há incoerência em inserir os novos delitos como os econômicos e ambientais, por exemplo.

Segundo Martin Garcia (2003), citado por Ana Carolina (2012) a modernização do Direito penal está precisamente ligado à possibilidade de

constituir uma disciplina capaz de abranger a criminalidade em sua totalidade, incluso a criminalidade das classes mais poderosas, conquistando a integração de toda a criminalidade material própria das camadas mais ricas da sociedade.

2- Conceituando o objeto da discussão: O Direito Penal Econômico

Neste primeiro momento, é necessário que se entenda o conceito de Direito Penal Econômico. Não que seja uma tarefa fácil de se fazer. Mas o delito econômico pode ser obtido a partir da análise do objeto da sua norma jurídica específica. Ou seja, definir delito econômico depende da definição de que bem jurídico está sendo protegido.

Souza (2012, p. 45) citado por Luciano Santos Lopes e Ticiane Moraes Franco no artigo sobre Administrativização do Direito Penal Econômico, diz que "este ramo abrangeria apenas as infrações voltadas a tutelar a intervenção estatal na ordenação do mercado".

Para ele, a ideia de proteção era ligada à planificação da economia pelo Estado. Uma regulamentação interventora por parte do Estado na economia, inclusive por ocasião da tutela penal. Por outro lado, o Direito Penal Econômico está ligado às violações no âmbito do Direito Administrativo Econômico, ou seja, contra a atividade interventora e regulamentadora do Estado no que tange a economia. Está relacionado às infrações aos demais bens jurídicos coletivos ou o que chamamos de supra-individuais da economia. E por fim, os delitos patrimoniais clássicos, como estelionato, extorsão, falsificação, corrupção, quando estes praticados contra ao patrimônio supra-individuais.

Normas penais surgem para fazer a tutela eficaz. À medida em que a sociedade se torna mais complexa, a necessidade de intervenção punitiva, com razão, se expande. O Direito Penal tradicional tutelando valores individuais, enquanto o Direito Penal Econômico protegendo bens supra-individuais.

Assim, a teoria do Direito Penal Econômico não pode se afastar dos princípios constitucionais quanto à sustentação à tutela punitiva, LOPES e FRANCO (p.6) acentua uma especial leitura da legalidade como aceitação

de normas penais em branco, de que não haja ruptura com o postulado da taxatividade; admissão de tipos penais abertos como integração analógica; um novo perfil às definições estruturais do Direito Penal tradicional- ilicitude, tipicidade, culpabilidade, concurso de pessoas, relação de causalidade; nova estruturação do sistema de penas devido à ineficácia da pena privativa de liberdade.

Busca incessante pelo lucro desmedido e por aumento de poder, é o grande mote das organizações criminosas, assim como o seu núcleo financeiro representa sua fraqueza, na medida em que todas as relações criadas por tais organizações são, unicamente, com base em interesses econômicos.

Ana Luiza Almeida Ferro (2011) citado por Diogo Mentor (2016), as organizações criminosas são:

São empresas do crime em busca do lucro incessante. Concentram-se em uma ou várias atividades ilícitas. Não conhecem fronteiras e não respeitam a soberania dos Estados. Organizam-se segundo uma hierarquia, dentro de uma estrutura preponderantemente vertical ou horizontal. Em regra, a partir de um território que lhes serve de base – que pode ser uma cidade, um estado, uma região ou um país –, expandem-se por cobiça de dinheiro e poder, mediante redes, que os tornam, já em estágios mais avançados, impérios transnacionais, em conexão com outros impérios igualmente sedentos de lucro. Não operam unicamente no mercado ilícito, compram negócios lícitos, possuem participação em bancos e em presas legítimas, dedicam-se ao “branqueamento” do dinheiro “sujo” e à sua reciclagem para fins de reutilização tanto em atividades lícitas como ilícitas, manipulam mercados financeiros. (MENTOR, 2016 apud FERRO, 2011, p. 616)

O Legislador Constituinte Originário, prevenindo crimes econômicos, estabeleceu na Carta Magna por meio do art. 173, § 5º, da CRFB/88, que a lei,

sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica financeira e contra a economia popular.

2.1 Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica

O aludido dispositivo institui claramente uma norma programática, ou seja, aquela que se espera do legislador ordinário a criação de uma regra que responsabilize a pessoa jurídica que afronta a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Este ordenamento, infelizmente, não determina a natureza de sua responsabilização, o que de certa forma gera diversos debates doutrinários acerca da responsabilização ou não criminal de um ente coletivo.

Neste diapasão, estudaremos a doutrina de Diogo Mentor (2016), no qual está baseado o desenvolvimento deste estudo.

Ao estudarmos a história da pena como forma de controle social, observamos a afirmação de Pedro Aragoneses Alonso (1984) citado por Diogo Mentor:

A ruptura da harmonia social ocasionava uma reação eminentemente coletiva e orientada contra o membro que havia transgredido a convivência pacífica. A reação social, era na sua origem, basicamente religiosa, e só de modo paulatino se transformou em civil. (MENTOR, 2016, p.26)

Nessa época, existia a vingança coletiva, que não podia ser chamada de pena, porque vingança e pena são diferentes. Vingança quer dizer liberdade, força e disposições individuais, enquanto pena é a existência de um poder organizado.

Os Tribunais Ingleses, atribuem responsabilidade criminal aos entes coletivos que cometem infrações regulatórias e administrativas. Nos Estados Unidos, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas acontece

no final do século XIX através do *Sherman Act* (COELHO, 2012, p. 201 apud MENTOR, 2016, p. 29), que passou a ser chamada de lei antitruste estadunidense. No Brasil, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica surge com a Carta Magna de 1988, que segundo Diogo Mentor, visava reprimir a macrocriminalidade desenvolvida no âmbito das empresas, como no artigo citado no item anterior.

Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2011) citado por MENTOR, diz que quando uma pessoa – ou um conjunto delas se reveste da máscara jurídica de um empresário, ou de um integrante da diretoria de uma sociedade empresarial, está fazendo as práticas de uma pessoa jurídica. Atos de uma pessoa física, mas que naquele ato está revestida de pessoa jurídica.

A conclusão de Rafael Mafei é que a responsabilização criminal da pessoa jurídica é completamente possível, visto que sob essa perspectiva por ele apresentada, a alegação de que ação não se amolda ao agir da pessoa jurídica, é enfim desfeita.

O foco central do estudo dessa temática, é a respeito a dificuldade de se estabelecer responsabilidade de criminosos dentro do âmbito empresarial, para SILVEIRA 2015 “o próprio fracionamento das múltiplas atividades dentro de uma estrutura complexa pode levar a uma irresponsabilidade individual organizada a qual se mostra de forma verdadeiramente estrutural”.

Essa irresponsabilidade é o que gera a insuficiência da preventiva responsabilidade penal individual, isso torna o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica um grande desenvolvimento e aceitação pelos ordenamentos jurídicos e doutrinários.

3- A expansão penal pode levar ao direito de intervenção?

Neste tópico busca a delimitação do processo de expansão pelo qual passa o Direito Penal brasileiro, levando em consideração o aumento do número de leis nas últimas décadas, leva-nos a uma reflexão, visualizar quais as áreas sensíveis da produção normativa sancionadora que busca apontar condutas que, eventualmente, poderiam ser excluídas do direito

penal e integradas no Direito Administrativo sancionador, assim como modela Hassemer.

Sobre o aumento de leis, é possível apontar a crescente ampliação do Direito Penal e das políticas criminais adotadas no Brasil, que permite forte atuação deste sobre a criminalidade tradicional o que provoca aumento da população carcerária devido ao tempo de duração das penas restritivas de liberdade. Ainda faz notável, a severidade das penas previstas e com a imposição de sanções, às vezes, desproporcionais em relação à conduta e ao dano causado. Isto, por sua vez, tem provocado evoluções na legislação penal mudando consequências do processo penal e da imposição de pena. Veremos alguns exemplos.

A proposta da Lei nº 9099/95 que traz a suspensão condicional do processo nos crimes de menor potencial ofensivo, a Lei nº 10.259/2001 que amplia a conceituação de menor potencial ofensivo, Lei nº 10.826/2003 estabelecendo o estatuto do desarmamento, e ainda Lei nº 11.343/2006 que no art. 28 prevê penas restritivas de liberdade aos usuários de droga.

É evidente a transformação na legislação brasileira, porém um dos âmbitos de maior pressão da expansão penal concentrou-se na atividade econômica. Vejamos.

Lei nº 8.137/1990, lei de proteção da ordem econômica e tributária regulando as condutas ilícitas de natureza tributária como também atentados à livre concorrência de mercado. Lei nº 7.492/1984 e 9.613/1998, sobre os delitos contra o sistema financeiro nacional, elenca acréscimos de tipos penais e reforma de legislação anterior, trazendo severidade e detalhes das condutas praticadas. A mais recente alteração legislativa foi a Lei nº 12.683/2012, que combate a lavagem de dinheiro.

Com isso, vemos que o Direito Penal está em constante reforma e expansão, entendendo o legislador que as práticas de corrupção sejam dificultadas. A lei de improbidade administrativa, a exemplo, é exclusivamente sancionatória.

Esse Avanço da criminalidade moderna acaba legitimando o endurecimento das normas penais, sob a ótica de que sua contundência seria mais eficaz na prevenção de delitos do que a intervenção de outros ramos do direito.

Nesta feita, o direito penal chega a um de seus mais altos patamares, já quase ilimitado. O que antes víamos como *ultima ratio*, a base para a produção legislativa na seara criminal agora vê-se como fator de intimidação, com a finalidade de evitar más condutas, ao invés de investir em políticas públicas e de desenvolvimento (MENTOR, 2016, p.76)

As teorias do Direito Penal Clássico deixam de ser norte de produção legislativa criminal, e se utiliza do ramo do direito de forma desvirtuada e com finalidade meramente política, ao passo que, com o aumento de notícias de fraudes e de atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas, muitas vezes envolvendo entes de direito públicos e políticos, faz com que a sociedade clame por normas severamente punitivas para estes tipos de condutas.

E é por meio desse anseio popular, que os legisladores acabam elaborando e aprovando normas com o objetivo de dar respostas, mesmo que simbólicas, à sociedade, com o intuito de diminuir ou estancar a sensação de impunidade. É o que Diogo Mentor chama de "Simbolismo do Direito Penal".

3.1 Direito administrativo sancionador como direito de intervenção

Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Europeus se direcionaram para uma política de bem-estar social, então o direito administrativo sancionador começou a ganhar mais espaço, e os Estados tiveram que atuar de forma mais intensa na economia. Para Alejandro Nieto (2012) citado por Mentor (2016, p. 101) "a adoção do direito administrativo sancionador em maior ou menor escala, a partir desse período da Segunda Guerra, se dava de acordo com a política interna de cada Estado".

Diversos Estados, como a Alemanha por exemplo, transferiu a proteção de alguns bens jurídicos do direito penal para o direito administrativo,

como uma descriminalização de algumas condutas consideradas menos potencial ofensivas, principalmente no âmbito econômico.

Ana Carolina Carlos (2012) afirma que a partir dessa iniciativa alemã, “torna-se imprescindível ao estudioso do direito penal a análise dos pontos de contato entre a sanção administrativa e penal”. Ora o Direito Administrativo passa a exercer na complementação da lei penal, num conjunto de regras sancionatórias que nem sempre está limitada à função complementar da norma penal, agindo então, conforme Ana Carolina Carlos, como um sistema punitivo autônomo, que abre discussões sobre as possibilidades de duplo sancionamento.

O direito administrativo sancionador seria um conjunto de regras e sanções com o fim de tutelar bens jurídicos que não se amoldariam à tutela penal, já que representariam certa incompatibilidade técnica com a teoria clássica do delito.

Esse direito tem como objetivo melhorar as investigações e processos, por meio de fiscalização e controle preventivo, e impossibilidade de aplicabilidade de penas privativas de liberdade. A intenção da não aplicação de PPL é que sejam aplicadas penas mais severas restritivas de direito – multas pesadas, limitação de atividades empresariais, e, até, dissolução de sociedade empresaria.

Conforme Helena Lobo da Costa (2010) citado por Ana Carolina Carlos (2013, p. 92) “é preciso também refletir sobre a estrutura do ilícito administrativo”, para se perceber se o Direito Administrativo pode receber condutas inerentes do direito penal.

3.2 O Direito de Intervenção segundo a teoria de Winfried Hassemer.

Segundo Hassemer o desenvolvimento social, o estabelecimento das economias de mercado e o fortalecimento das relações econômicas, provocam o surgimento de um novo ramo do direito, sendo este capaz de proteger essas relações sociais. Para o autor não seria suficiente “um direito penal mais brando, ou normas meramente de direito administrativo para a tutela efetiva dessa nova demanda social, mas um novo ramo do direito

que apresentasse uma resposta qualitativa à criminalidade” (MENTOR, 2016, p.83).

Para o autor Hassemer, a pressão social por um sistema eficaz nessas novas modalidades de criminalidade não é mais admitida as críticas feitas pelos teóricos do direito penal clássico, pois esta teoria do direito de intervenção, apresenta soluções para o conflito, entre o anseio social e a rigidez do sistema penal.

Hassemer, traz como foco em sua teoria do direito de intervenção, manter o direito penal apenas aos bens jurídicos, que ele denomina como de núcleo duro, são aqueles como a integridade física, a vida, a liberdade, o patrimônio e aqueles necessários à manutenção do Estado. O direito Penal deveria manter-se na proteção dos princípios constitucionais, dando garantias ao acusado e todas as teorias já estudadas e desenvolvidas ao longo dos tempos.

Para ele, seria necessário a criação de um novo ramo do direito com a finalidade específica de cuidar das novas condutas, caracterizadas no desenvolvimento econômico. Sua principal intenção em desenvolver essa teoria é buscar soluções para o direito penal, principalmente em condutas praticadas pelas sociedades empresárias, fazendo com que este novo ramo do direito preserve o direito penal como subsidiário e de *ultima ratio*.

O autor, previu regras processuais para garantir a eficiência desse novo ramo do direito. Diogo Mentor apresenta-as como regras mais brandas e flexibilização das garantias do acusado, certo que a este seriam aplicados penas restritivas de direito, como normas de controle interno e externo, multas e obrigações de ressarcimento de danos. (HASSEMER, 2003, apud MENTOR, 2016, p.85)

Diogo Mentor traz alguns exemplos citados por Hassemer, como medidas que seriam possivelmente adotadas por meio do direito de intervenção, como o desenvolvimento de um novo perfil de polícia, melhorando a profissionalização e a integração desta atividade, utilizando-se de agentes infiltrados até policias municipais. Quanto aos delitos contra a administração pública, ou seja, contra atos de corrupção, ele sugere:

Métodos mais efetivos e transparentes de controle do financiamento de campanhas políticas, a restrição de cargos de confiança, a adoção de um sistema semelhante ao *plea bargaininig*, utilizado nos Estados Unidos da América (HASSEMER, 1995, apud MENTOR, 2016, p.87).

Mas Hassemer resguarda que é impossível que se abra mão dos princípios do direito penal, pois assim estaria este ramo do direito ameaçado, que segue em contradição com a sociedade com a qual estamos caminhando e o seguimento de um processo penal injusto, que faria do acusado um objeto do direito penal e não um sujeito passível de direitos.

Todas essas características do direito de intervenção, resguardaria o direito penal na aplicação de proteção ao *núcleo duro* dos bens jurídicos, enquanto aquele novo ramo do direito tutela os interesses sociais, como a ordem pública.

CONCLUSÃO

Fica claro que o Direito penal tem se afastado de seus princípios constitucionais, como *ultima ratio*. Tem abrangência punitiva antes da efetiva necessidade de proteção de bens jurídicos, de modo preventivo a evitar ofensa futura, o que, portanto, deveria ser função da Administração pública, ou seja do Direito Administrativo.

De certo, que há confusão entre o que deve ser tutelado pelo direito penal e o que deveria ser de tutela administrativa.

Portanto, é necessário, a definição de modo distintivo da função do Estado, estabelecer os limites constitucionais das funções penais no âmbito econômico, para que não se perverta as finalidades do direito próprio ao penal.

O desenvolvimento da sociedade, junto ao surgimento da economia do mercado e o aprofundamento dos estudos relacionados à teoria do crime, fizeram com o que a ciência penal se dividisse, incluindo novas

modalidades de criminalidade econômica sob o manto de proteção do direito penal, e assim, se desfaz a teoria do crime, os princípios e as bases históricas do direito penal; e também, ao mesmo tempo, mantem a rigidez de sistema penal, com prerrogativas, direitos e garantias desenvolvidos com o passar dos anos, e levando a tutela da economia para outro ramo do direito.

Entendemos que o direito penal deve se manter focado na tutela do *núcleo duro*, ou seja, aquelas lesões ao bem jurídico mais caro à sociedade e ao próprio Estado. Sendo válido que o mencionado chega à conclusão de que nesse sentido se faz necessário a concepção de um novo ramo do direito, capaz de atuar preventivamente em novos delitos, bem como agir, de forma rápida e eficiente, na repressão de ilícitos praticados.

REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/en.php>>. Acesso em: 14. Mar. 2018

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02. Nov. 2017.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. **Direito penal e criminologia. Organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna,** p. 83. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de4994a3a1ec0331>>. Acesso em: 14. Mar. 2018.

Manual para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Católica de Brasília / coordenação Maria Carmen Romcy de Carvalho... [et al.], Universidade Católica de Brasília, Sistema de Bibliotecas. –9ed.- Brasília : [s.n.], 2016.

220 p. : il.

MENTOR, Diogo. **Teoria do direito de intervenção: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos** / Diogo Mentor. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 161 p.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção** / Renato de Mello Jorge Silveira, Eduardo Saad-Diniz. – São Paulo : Saraiva, 2015.

NOTA:

[1] Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes. **Faculdade Católica do Tocantins – FACTO**. ACSU - SE 140 Avenida Teotônio Segurado LT 01 - Bairro Centro (QD 1402 Sul dpuigor@gmail.com)

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E A UTILIZAÇÃO DE HOLDING FAMILIAR NO BRASIL

GUSTAVO MARSOLA PANSANI:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA
(Orientador)

RESUMO: Atualmente muito se tem falado sobre a constituição de *holdings*, especificamente, sobre *holdings familiares* e isto se deve a crescente preocupação em se proteger o patrimônio familiar e dos benefícios trazidos pelo planejamento sucessório, ou seja, da elaboração de estruturas societárias para organizar, proteger e garantir o controle, administração e continuidade de negócios e patrimônio de uma pessoa ou família. Neste contexto a *holding* pode ser constituída com diversos objetivos e conforme eles ela será classificada de uma determinada maneira, podendo ser: *holding pura, mista, de controle, patrimonial, de participação ou imobiliária*. A *Holding familiar*, objeto do presente estudo, não se trata de uma classificação, mas sim de uma contextualização, podendo ser abarcada em qualquer das classificações supracitadas, pois ela tem como característica, ser fundada no antro de um determinado grupo familiar, a fim de ser utilizada no planejamento sucessório e patrimonial de tal núcleo familiar. No Brasil, apesar de ainda pouco utilizada, a *holding* mostra-se como uma boa ferramenta para as famílias detentoras de considerável patrimônio tendo em vista os inúmeros benefícios e facilidades trazidos por esta ferramenta. Diante de tantas possibilidades capazes de serem proporcionadas pela efetivação de um planejamento sucessório e considerando a ausência de conhecimento no Brasil, este estudo tem o intuito de realizar explanação do tema, com reflexão e preponderância de sua aplicabilidade, analisando de maneira crítica o tema sob as óticas jurídica e científica.

Palavras-chave: Holding Familiar. Planejamento Sucessório. Proteção Patrimonial.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. A HOLDING. 2.1.1. CLASSIFICAÇÃO. 2.1.2. DAS FINALIDADES E BENEFÍCIOS DE CONSTITUIR A HOLDING. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Pai rico, filho nobre e neto pobre. Após assistirem inúmeras aplicações práticas desta máxima, onde sujeitos que trabalharam a vida toda construindo um patrimônio e que, no entanto, não prepararam um ambiente para que seus sucessores continuassem seu legado, levando a disputas internas, dilapidação patrimonial decorrente de má administração, carga tributária excessiva e desnecessária, bem como processos judiciais morosos, que levaram ao desaparecimento de grupos empresários familiares relevantes, que os sujeitos passaram a se atentar a importância de cuidar do assunto sucessão, que não se trata de decretar a morte dos patriarcas, mas sim de planejar o futuro.

Segundo dados do Sebrae, no Brasil 90% das empresas se originam a partir de algum parentesco. No entanto, 70% dessas empresas encerram suas atividades com a morte do fundador e, dos 30% restantes, apenas uma minoria consegue chegar até a terceira geração. Nessa perspectiva é afirmativa de John Davis^[1], que expõe que a "Crise na sucessão é um dos principais fatores que contribui para a mortalidade ou não continuidade das empresas".

Diante de tal quadro, vislumbra-se que mais importante do que trabalhar e constituir um patrimônio é saber preservá-lo no decorrer do tempo e das gerações. A partir de tal necessidade de preservação é que surge a utilização das ferramentas trazidas pelo Direito, notadamente o planejamento sucessório, que apesar de ser pouco conhecido no Brasil, vem chamando a atenção da direção de empresas, especificamente as familiares, mediante os inúmeros benefícios oferecidos pelo instituto, conforme expõe Davis^[2]:

Há um crescente interesse na governança e continuidade das empresas de controle familiar, onde o planejamento sucessório é um dos pilares fundamentais. (...) Muito se escreve nos tempos atuais

sobre governança familiar e governança corporativa, mas pouco se lê, no Brasil especialmente, sobre governança jurídico-sucessória, que se traduz como planejamento sucessório sob a ótica legal, entrelaçando ramos distintos do direito nacional, de forma a criar solução sob medida às necessidades daquele grupo, dentro dos contornos da lei.

Considerando que o planejamento sucessório pode valer-se de inúmeros institutos e ferramentas abarcadas pelo mundo jurídico, restringimos a presente pesquisa ao estudo das *holdings familiares*, instituto que se caracteriza como medida preventiva e econômica, que viabiliza a organização patrimonial.

Assim, considerando a aplicabilidade e preponderância prática de tal instituto e seu escasso conhecimento e utilização no Brasil, frente à necessidade que grupos familiares enfrentam durante o planejamento sucessório, a presente pesquisa irá abordar de maneira multidisciplinar as diversas vertentes da constituição de uma holding familiar.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A HOLDING

A *Holding* é um instituto originário no direito norte-americano e o seu conceito surge do termo *to hold*, que em inglês traduz-se em: *deter, segurar sustentar* ou mesmo *domínio*.

No Brasil, pode-se dizer que seu ingresso e viabilidade no ordenamento jurídico pátrio se deram em 1976 com a edição da Lei. 6.404/76, a Lei das S/A, que em seu artigo 2º, § 3º preceitua: "A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais."

Deste modo, esta companhia consiste em uma sociedade cuja atividade reside na participação no capital de outras sociedades empresárias, de forma tal que exerça o controle acionário delas e, conseqüentemente, proceda à administração dos bens dessas sociedades,

do planejamento estratégico, financeiro e jurídico dos investimentos do grupo.

Ainda, nas palavras de MAMEDE (2016, p. 10):

Holding (ou holding company) é uma sociedade que detém participação em outra ou de outras sociedades, tenha sido constituída exclusivamente para isso (*sociedade de participação*), ou não (*holding mista*).

Através da *holding* é possível o controlador doar aos herdeiros as suas quotas, gravadas com cláusula de usufruto vitalício em seu favor, além de outras cláusulas como de impenhorabilidade, incomunicabilidade, reversão e inalienabilidade.

Além do mais, a holding pode prestar serviços que para as sociedades por ela controladas não poderiam executar de forma eficiente, ela também pode ser utilizada para centralizar as decisões e a administração das sociedades empresárias de um mesmo grupo e, conseqüentemente, garantir o alinhamento de suas atividades, em prol dos interesses comuns da respectiva sociedade.

A holding também tem o papel de evitar eventual disputa familiar, eliminando interferências inapropriadas de parentes, bem como de proteger o patrimônio dos herdeiros e preservar os bens perante os negócios da sociedade empresária. Nesse diapasão dispõe OLIVEIRA (2015, p. 7-8):

As empresas *holding* podem facilitar o planejamento, a organização, o controle, bem como o processo diretivo de suas empresas afiliadas; e também proporcionam, ao executivo, a possibilidade de melhor distribuir em vida seu patrimônio, sem ficar privado de um efetivo e amplo processo administrativo. Nesse contexto a *holding* tem elevada influência na qualidade do processo sucessório nas empresas, principalmente as familiares.

Isto posto, importante salientar que o termo *holding* designa um gênero, que é o instituto em si, o qual comporta diversas classificações a depender da finalidade para qual é constituída podendo ser classificada como *pura, mista, patrimonial, de participação ou imobiliária*, o que leva a conclusão de sua ampla aplicabilidade.

2.1.1. CLASSIFICAÇÃO

Ante as diversas formas existentes e peculiaridades que podem ser delineadas caso a caso, para se constituir uma holding, é necessário que se faça uma análise casuística de diversos fatores como:

- a) Qual a composição do patrimônio familiar, pois ele que será utilizado para integralizar o capital social da empresa;
- b) Quais os anseios do grupo;
- c) Quais as suas características;
- d) Quais as habilidades de cada herdeiro.

Esta análise inicial permite, de maneira racional, selecionar o tipo societário mais adequado para constituição desta sociedade e quais as regras aplicáveis e que se submeteram os herdeiros, que passaram a serem sócios, acionistas ou quotistas. Mais importante ainda, através deste estudo inicial é possível verificar se é vantajoso ou não constituir uma holding.

Assim, por se tratar de um conceito plástico, que se amolda conforme as características do patrimônio e das atividades do grupo familiar, as holdings podem ser classificadas como:

a) Holding Pura, quando o objetivo for unicamente deter quotas ou ações de outra ou de outras sociedades. Na holding pura não serão praticados atos operacionais, sendo que as receitas serão exclusivamente oriundas dos lucros e juros do próprio capital. Há ainda subclassificação doutrinária da holding pura em:

- De controle, quando detém quotas/ações em quantidade suficiente para controlar exercer controle societário, ou
- De participação, constituída apenas para ser titular de quotas/ações de outra sociedade sem, contudo, exercer controle.

b) Holding de administração, que tem a função de centralizar a administração das sociedades subordinadas, de modo que dela será emanada as diretrizes para administrar os negócios das subordinadas.

c) Holding mista, que conjuga características da holding pura e da holding de administração, de modo que não somente é titular de participações societárias, como também exerce atividade de cunho empresarial/produtivo.

d) Holding patrimonial, que tem a exclusiva finalidade de ser detentora de um patrimônio.

e) Holding imobiliária, também tem a exclusiva finalidade de ser titular de um patrimônio que, no entanto, deve ser composto exclusivamente de bens imóveis.

Da análise das classificações, inferimos que a *Holding familiar* não se trata de uma classificação, mas sim de uma contextualização, considerando os fatos de ser criada em um bojo familiar e de poder ser enquadrada em qualquer uma das classificações citadas, a depender da sua finalidade.

2.1.2. DAS FINALIDADES E BENEFÍCIOS DE CONSTITUIR A HOLDING

Os motivos determinantes que levam a escolha pela constituição de uma holding, dentro do planejamento sucessório, são inúmeros, passando desde valer-se de benefícios fiscais à normatização do relacionamento entre os sócios.

No entanto, importante frisar que é necessário, como já dito anteriormente, uma análise previa do patrimônio e características do grupo, para verificar se realmente a constituição de uma holding é a ferramenta mais adequada para se promover a proteção e manutenção do patrimônio familiar.

Aqui, necessária ressalva, pois a proteção patrimonial através da constituição de uma holding, de modo algum se confunde com a falaciosa “blindagem patrimonial”, meio pelo qual se busca cindir e revestir o patrimônio, de forma fraudulenta, contra eventuais dívidas ou execuções, modalidade não admitida no ordenamento pátrio, podendo, inclusive, acarretar sanções. Isto porque, neste caso, o objetivo não é a organização patrimonial, mas sim a blindagem fraudulenta.

Assim, se configurada uma hipótese fraudulenta de constituição da holding, o ordenamento dispõe do procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, a permitir que se atinja o patrimônio dos sócios.

Contudo, quando estruturado de maneira proba, um dos principais benefícios trazidos pela constituição da holding é a concentração do poder de voto ante as deliberações das empresas da qual o grupo faz parte. Esta característica fica ainda mais evidente nas holdings de controle.

Assim, nestas holding de controle as discussões acontecem internamente e previamente, sem afetar as empresas operacionais, de modo que as decisões já chegarão definidas nas empresas operacionais.

Por estarmos tratando de empresas familiares, é evidente que nestas corporações muitas vezes as discussões e brigas surgem em decorrência da confusão entre ambiente familiar e empresarial, de modo que as decisões são tomadas não de forma racional, mas sim de maneira sentimental, o que pode acarretar grandes riscos às operações.

Ante esta situação, a holding permite que seja formado um ambiente separado, com regras pré-estabelecidas, as quais os sócios se submetem, evitando assim discussões, fazendo que as decisões familiares e empresarias sejam tomadas em ambientes distintos, com regras distintas.

Nesta seara, ainda, a holding presta-se a mitigar eventuais ingerências de herdeiros ou ex-cônjuges dos sócios nas atividades concernentes ao patrimônio. Esta situação fica evidente perante uma situação hipotética: imagine uma empresa controlada por dois grupos familiares, compostos por dois irmãos cada, onde cada grupo possui cinquenta por cento de participação.

Agora imagine que um destes irmãos se divorcie de modo que o ex-cônjuge tem direito a metade da participação da parte do irmão na empresa e em decorrência do divórcio é convidado a votar com o outro grupo familiar. Assim, o equilíbrio até então existente deixa de existir e o controle passa a ser exercido pelo outro grupo.

No entanto, se neste caso fosse constituída uma holding, neste divórcio o cônjuge teria participação na deliberação da holding, sendo ele então minoritário, mas a holding continuaria votando com cinquenta por cento na empresa operacional, mantendo assim o equilíbrio na operacional.

Outra benesse trazida refere-se à minimização dos riscos aos quais as operacionais estão mais sujeitas, pois há separação entre, patrimônio da holding, patrimônio particular dos sócios e patrimônio da operacional, criando-se assim esferas patrimoniais diversas, acarretando maior segurança e estabilidade patrimonial

Em consonância com a essa separação e organização patrimonial, verificamos também outra característica que é o desmembramento do que é ativo patrimonial, o que é ativo e passivo operacional e/ou pessoal de cada sócio. Assim, fica evidente a existência de uma clivagem patrimonial, garantindo mais uma vez maior segurança dos bens.

Ainda, a holding, no âmbito administrativo, permite que se crie uma sociedade com grande capacidade econômica com a conjugação dos poderes de cada herdeiro que, se considerados individualmente, seriam minoritários e, desse modo, se tornam mais fortes, alinhando seus propósitos e garantindo maior estabilidade e poder econômico-financeiro.

No mais, quando bem conduzido, este processo é feito com a participação das gerações da família que estão vivas, o que permite que sejam analisadas as características pessoais de cada herdeiro, permitindo não somente que se delimite a futura transferência patrimonial, mas já defina como será a administração destas empresas, pelos próprios herdeiros ou por profissionais.

Assim, a holding proporciona que a família mantenha o controle sobre a empresa ou patrimônio, mas ao mesmo tempo possibilita que estes herdeiros, caso não tenham aptidão suficiente para gerir os negócios, que a condução destes se dê por profissionais, de modo a garantir que não seja realizada administração que coloque em risco o patrimônio, protegendo os sócios herdeiros e assegurando sua subsistência.

Outro grande benefício trazido pela holding, senão o mais importante, sob a ótica jurídico-sucessório é que ela evita a formação de condomínio entre os herdeiros, o que afasta diversas regras menos vantagens por ele trazidas, como, por exemplo, a exigência de unanimidade dos condôminos para deliberar quanto decisões acerca do patrimônio, viabilizando que as decisões sejam tomadas de maneira mais ágil e adequada.

Neste sentido ainda, realizada a holding, no momento da morte dos patriarcas da família, operando o fenômeno da *saisine*, não haverá discussão quanto à divisão patrimonial, pois estes herdeiros não irão receber e repartir bens propriamente ditos, mas sim quotas ou ações de uma sociedade que detém todo este patrimônio, conforme previsão realizada em seu contrato social ou estatuto, o que torna o processo mais célere e mitigando potencialmente eventuais litígios.

Desse modo, tendo em vista que o planejamento já fora realizado, se evita que sejam praticados pelos herdeiros no decorrer do inventário eventuais atos que configurem hipóteses de incidência tributária, mitigando, assim, eventuais cargas tributárias mais onerosas e desnecessárias.

3. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, pudemos verificar a importância que as empresas familiares exercem frente à economia do país. Isto considerando que 90% das empresas se originam de algum vínculo familiar e que estas empresas representam cerca de 80% das corporações existentes nos país e 50% do PIB nacional.

Diante do cenário e dos inúmeros desafios atualmente vividos por grupos empresariais majoritariamente compostos por grupos familiares, o planejamento sucessório é um instituto que, de forma alguma, pode ser negligenciado pelos patriarcas que desejam garantir a perenidade e o desenvolvimento de seus negócios, bem como garantir que eles sejam suficientes para seus herdeiros, evitando, por conseguinte, disputas patrimoniais.

Frente a este contexto, a holding, como ferramenta do planejamento sucessório, merece grande destaque e atenção seja na seara familiar, tributária ou administrativa. Isto porque, internamente, ela permite a criação de diversos mecanismos a proteger os sócios de si mesmo ou de fatores externos e consequências reflexas que um planejamento sucessório mal sucedido pode causar para o futuro do grupo familiar.

No entanto, seus benefícios não refletem somente internamente nas famílias que vivem deste patrimônio. Ela exerce um papel econômico e social, pois garantindo a estabilidade e existência destas empresas, estaremos assegurando o desenvolvimento nacional econômico.

Por fim, podemos concluir que a holding é uma forte alternativa para grupos familiares que desejam realizar uma organização estrutural, além de criar ferramentas que permitam a transição de controle entre as gerações sem gerar choques administrativos, mas que, no entanto, sua constituição ou não, está condicionada à uma minuciosa análise de finalidades, situação econômica e reflexos tributários.

4. REFERÊNCIAS

KIGNEL, Luiz; PHEBO, Márcia Setti; LONGO, José Henrique. **Planejamento Sucessório**. São Paulo: Noeses, 2014. 265 p. Prefácio de John Davis.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **HOLDING FAMILIAR E SUAS VANTAGENS: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar**. 8. ed. 173 p. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, D. P. R. **Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócios: uma abordagem prática**. 5. ed. 147 p. São Paulo: Atlas, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. 1717 p. São Paulo: Forense, 2016.

NOTAS:

[1] KIGNEL, L.; PHEBO, M. S.; LONGO, J. H.. **Planejamento Sucessório**. 1. ed. São Paulo: Koeses, 2014. Prefácio de DAVIS, John.

[2] Idem.

A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

JOÃO VITOR DE SOUZA PACHECO:

Bacharelado em Direito da Universidade Brasil,
Campus Fernandópolis/SP.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar, a violação do direito a liberdade de expressão, através de estatísticas e relatos de pesquisa em que evidencia como o Estado age ou pelo menos deveria agir em tais situações, buscando entender a ponderação do direito abordado, com entendimentos doutrinários e da própria lei, construindo e analisando parâmetros constitucionais e princípios relevantes e aplicáveis a matéria em questão. O conflito entre a liberdade de expressão e o direito a personalidade será levado em consideração pela atual questão que vem sendo sempre motivo de adversidade de pensamentos e entendimentos contrários pela sensibilidade de tais institutos. Cabendo entender o limite e a imprescritibilidade que e para um Estado democrático não deixar que se violem e manipulem este direito.

Palavras-chave: Violação, Direito, liberdade de expressão, Ponderamento.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the violation of the right to freedom of expression through statistics and research reports in which it shows how the State acts or should at least act in such situations, seeking to understand the weighting of the right dealt with doctrinal understandings and of the law itself, constructing and analyzing constitutional parameters and principles relevant and applicable to the matter in question. The conflict between freedom of expression and the right to personality will be taken into account by the current issue that has always been the cause of adversity of thoughts and understandings contrary to the sensitivity of such institutes. It is necessary to understand the limit and the imprescriptibility that is for a democratic State not to allow that right is violated and manipulated.

Keywords: Violation, Law, Freedom of Expression, Weighting

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 1.1. CONCEITO. 1.2. PANORAMAS GERAIS DE PESQUISA A VIOLAÇÃO. 1.3. PREVINIR, PROTEGER E PROCESSAR QUANDO HOUVER A VIOLAÇÃO. 2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3. DIREITO DE PERSONALIDADE X DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 3.1. DIREITO A HONRA. 3.2. DIREITO A IMAGEM. 3.3. DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 3.4. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS PARA A PONDERAÇÃO. 3.4.1. PONDERAMENTO DO DIREITO DE SE EXPRESSAR. 3.4.2. A INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL. 3.4.3. A NOVA INTERPRETAÇÃO DA NORMA. 4. O INSTITUTO " HATE SPEECH". 5. QUESTÃO SOB A ÓTICA INFRACONSTITUCIONAL QUANDO HOUVER A COLISÃO. 5.1. INTERPRETAÇÃO MEDIANTE A LEI 13188/2015. 5.2. INTERPRETAÇÃO MEDIANTE O CÓDIGO CIVIL {Art. 20º}. 6. SOLUÇÃO PARA A PONDERAÇÃO. 7. JURISPRUDENCIAS A RESPEITO. 7.1. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO BIBLIOGRÁFICA. 7.2. MARCHA DA MACONHA. 8. COMPORTAMENTO DO BRASIL MEDIANTE A VIOLAÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem o intuito de abordar a respeito da violação do direito à liberdade de expressão, que vem sendo cotidianamente violado, uma vez que o mesmo é uma garantia dos direitos fundamentais, previstos no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Institutos que pesquisam e analisam os direitos humanos, chegaram à conclusão que o Brasil está entre os 10 países do mundo que mais sofrem violações de se expressar segundo o Centro de Pesquisa da ONU, com isso há uma afronta a CF, por toda a sua história, até o ápice da liberdade de imprensa e pelas tantas conquistas que os indivíduos já conseguiram pela mesma. É perceptível que toda essa adversidade, provém da má administração daqueles dos quais elegemos para nos representar no poder constituinte, não se importando estes, no desenvolvimento social, educacional econômico de nossos pais.

Quando houver o conflito entre a liberdade de expressão com o direito da personalidade, vamos ver que preponderará de acordo com os

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade analisando as situações existentes no caso concreto. Ressaltar os meios cabíveis para identificar a ponderação no caso concreto através de parâmetros constitucionais que são elementos para demonstrar e o direito à liberdade de expressão e informação. A questão será definida segundo a norma infraconstitucional do artigo 20 do Código civil que tem uma declaração expressa quando houver este conflito de colidir um direito com o outro, por que o que se encontrou no CC não estava amparada pela norma constitucional.

Por fim ficara exposto como o Brasil se comporta mediante tal situação e como o cenário político interfere para que haja tal violação, num contexto geral a repressão hierárquica da liberdade de pensamento sempre vem agregada a fatores sociais principalmente por pequenos grupos ou pessoas pobres subordinadas que não possuem autonomia em nenhum aspecto. Ressaltar a liberdade num contexto moderno, como e o caso das redes sócias em que cada indivíduo exerce a sua manifestação de pensamento, sendo também necessária uma limitação, inclusive pela televisão e pelos meios de informação físicos, que são jornais e revistas.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1. CONCEITO

Em uma ótica simplista o direito de liberdade de expressão e a manifestação de pensamentos, opiniões, ideias pessoais sem que exista a censura ou qualquer outro meio por parte do governo ou da sociedade que camufla ou repreende o exercício da comunicação. É um conceito indispensável para uma sociedade democrática.

A liberdade de expressão possui uma abrangência do direito da liberdade de imprensa que está elencado pelo conteúdo que tutela ambos os institutos, o que difere um do outro e que a liberdade de imprensa caracteriza-se pela divulgação de informação e publicação de conteúdos informativos, já a expressão se caracteriza pela manifestação de pensamento.

Segundo a ideia a abrangência de tal direito se estende a manifestação religiosa que internamente esta elencada no direito de se expressar, participando e expondo suas ideias religiosas. Mesmo o Brasil sendo um Estado laico, nada impede que cada indivíduo exerça a capacidade e tenha a segurança de expor suas convicções religiosas.

O direito de se expressar é tão importante em nossas vidas, pois sem ele viveríamos em uma ditadura ou num cenário hostil e desumano em que o poder seria exercido de maneira imposta e não respeitaria o princípio da dignidade da pessoa humana, que é tão zelado pela nossa Constituição, sendo então um direito indisponível de cada um.

A norma que deixa claro a segurança do direito à liberdade de expressão, está representada nos seguintes artigos da CF:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

V - o pluralismo político.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Art. 220° - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 2° - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Esses artigos da Constituição representa a segurança que precisamos, permitindo que cada um de nós brasileiros tenhamos a capacidade de comunicar-se livremente, sendo vedado e claro o anonimato.

Segundo o doutrinador, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, seu entendimento sob tal direito e o seguinte:

“ Tanto a liberdade de expressão como o direito de informação originou-se no preceito liberal da liberdade de palavra. Evidentemente que a liberdade de palavra engloba a liberdade de pensamento, porque de nada adiantaria pensamento sem liberdade de sua emissão.

Na medida em que a sociedade se expandia e que uma casta dela tinha acesso à escolas e universidades, a palavra escrita assumiu proeminência em relação à palavra falada porque podia ser copiada, multiplicada, atingindo uma esfera maior de pessoas.

Os copistas que até então difundiam a palavra escrita, nos séculos XII, XIII E XIV, foram substituídos por tipografias e, assim, os livros encheram as

bibliotecas públicas e privadas, as universidades e as escolas. Nos séculos XVII e XVIII vários jornais surgiram na Europa disseminando a palavra escrita e concretizando a liberdade de manifestação do pensamento.”

(**CARVALHO**, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho).

1.2. PANORAMAS GERAIS DE PESQUISA A VIOLAÇÃO

Baseando-se nos dados analisados pelos órgãos que combatem a violação, índices comprovam expressamente números significativos dos perfis e das categorias de comunicadores, a situação informada devemos saber que a motivação de se violar tal direito resulta na não divulgação de determinada informação pela sua livre e espontânea propagação, em outras palavras silenciar quem de alguma forma divulgara uma ideia que afetara a realidade.

O cenário preocupante se concretiza que 77% dos acusados a repressão são agentes do Estado, segundo fontes do ARTIGO 19 que abusam do seu poder para cometer tal violência quando seus interesses estarão ameaçados, sendo comprovado por denúncias das vítimas ou de familiares e até mesmo de amigos em muitos casos, ressaltando que a divulgação do conteúdo e de 65% demonstraria irregularidade na função pública através de relatos do ARTIGO 19.

Um fator muito existente que ocorre regularmente e a própria impunidade que o estado proporciona para os agentes públicos que cometem tal ato, deixando claro que não temos de fato uma eficácia na segurança e ao combate de tal conduta.

Os padrões de violações são muito variáveis, mas são muito representativos em cidades pequenas onde existe maior facilidade de se reprimir e ameaçar o direito de se expressar, deixando claro que o simples fato de uma pessoa não poder expor sua opinião já se existe violação não precisar ser necessariamente um indivíduo do meio comunicativo.

1.3. PREVINIR, PROTEGER E PROCESSAR QUANDO HOVER A VIOLAÇÃO

O direito tutelado em tese e protegido mundialmente por tratados, convenções e resoluções no âmbito internacional, a ONU respeitada por quase cem por cento do mundo, garante o seguinte termo:

“Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

Dessa maneira e dever do Estado proteger e permitir os direitos e a segurança dos comunicadores, pois estes são fundamentais como instrumento de assegurar a informação e a liberdade da manifestação de instrução de formação de opiniões. Já se foi discutido e orientado que é dever do Estado:

- Que haja a obrigação de prevenir a ocorrência de violações contra os comunicadores;
- A proteção dos comunicadores em risco contra violações;
- O dever de se processar e punir com eficácia os perpetradores dessas violações;

As medidas para a prevenção segundo o entendimento, baseiam-se na ideia de adotar um discurso público que contribua a prevenção dos direitos dos comunicadores, treinar as forças de segurança e agentes públicos sob o tema, que tenha sob o princípio básico o respeito dos comunicadores como profissão fundamental, mantendo o sigilo a identidade de suas fontes de informação, suas anotações e outros arquivos pessoais e também que haja uma medida de estatística precisa sobre a violência contra os comunicadores.

Para que já uma proteção concreta e eficaz deve o Estado condenar a violência e ataques aos comunicadores, estabelecendo mecanismos de

alerta e de resposta rápida a violações, protegendo os reprimidos, cobrindo-os de situações de maiores riscos, sabendo que o papel fundamental que exista um amparo legal para tal combate.

Para processar e necessário um marco institucional adequado que permita uma investigação, julgando efetivamente a violência contra comunicadores, atuando com precisão e cuidado até que se esgote todos os meios possíveis de investigar o trabalho da vítima, por que com esta análise conseguiremos encontrar o responsável pela violência com um prazo investigatório razoável, removendo obstáculos que o próprio sistema impõem, facilitando assim a participação das vítimas e de seus familiares no processo investigativo.

2. PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este princípio abrange uma série de direitos que todos os indivíduos possuem, significa que a pessoa humana por si só, é dotada de respeito e de proteção, sendo zelada pela nossa Constituição que estabelece este amparo no seguinte artigo :

“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.”

Quando pensamos na tutela da liberdade de se expressar paramos para analisar que a base para todo direito do homem, evolui e se concretiza neste princípio dotado de poder e de características que marcam dimensões de direitos humanos.

O respeito a qualquer direito é fruto do princípio da dignidade da pessoa humana, e um dever democrático de segurança ao que a Constituição mais se importa em defender, a cidadania, a democracia e o valor social de todo ser humano viver com dignidade, por isso a liberdade de expressão está elencada neste princípio sendo de suma importância a adesão deste parâmetro para falar do tema proposto.

O Doutrinador Ruy Samuel Espíndola, define o seguinte:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”

3. DIREITO DE PERSONALIDADE X DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito da personalidade está previsto na Constituição Federal no artigo 5º incisos V e X, garantido a inviolabilidade do direito a sua honra, imagem ou moral, sendo cabível indenização quando estes foram violados, protegendo a intimidade e a privacidade de cada indivíduo.

Englobando nesse contexto citado a doutrina e a jurisprudência, leva em consideração a intensidade da proteção de acordo com a vida pública da pessoa pelo seu cargo ou atividade, mesmo que temporária. A análise é fundamental para sabermos e entendermos que, políticos, artistas, atletas, etc. Pessoas que trabalham para o público com grande repercussão necessitam de uma transparência maior.

A questão também jamais poderá ser decidida como violação do direito a personalidade quando a informação já tiver sido publicada ou que por qualquer outro meio já era de conhecimento dos interessados.

3.1. DIREITO A HONRA

Direito constitucionalmente previsto, visando a proteção da dignidade pessoal do indivíduo, como também a sua reputação perante a

sociedade e a si mesmo, há uma questão relevante no caso de se expor quem pratica algum delito previsto no Código penal, quando o processo tramitar em segredo de justiça em relação à proteção da própria vítima, como e o caso de estupro. Decisões já foram tomadas que o Direito Penal e público sendo que a vítima não é apenas quem sofreu o delito, mas sim a sociedade como um todo.

No Brasil é comum que veículos informativos da telecomunicação, explore-me divulguem reportagens dando como autores dos crimes a figura de protagonistas de matérias jornalísticas, o que ao meu ver está correto, em razão que o Direito Penal é público e necessita alertar a sociedade das barbaridades que acontecem no Brasil e no mundo como meio de proteção e informação social.

3.2. DIREITO A IMAGEM

Entende-se como uma proteção a sua integridade física ou a características que podem reconhecer cada indivíduo como pessoa humana, sendo, portanto muito ligado ao direito de liberdade de expressão em que muitas vezes este se conflita para o exercício da comunicação e divulgação de informação.

3.3. DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Existe segundo a doutrina brasileira uma distinção entre liberdade de expressão e imprensa visto que a expressão está no fato de cada um expor sua ideia e opinião externando a manifestação do pensamento humano, já a liberdade de imprensa e a comunicação e a divulgação de fatos informando como meio de uma segurança da realidade, não se encaixa em somente expressar, vai além, abrange a multiplicidade de informar e ser informado.

A liberdade religiosa é uma vinculação importante quando se pensa em liberdade de expressão ela é o fruto de que todos os indivíduos têm o poder de exercer o direito de possuir ou de não querer ter uma orientação religiosa, existindo uma liberdade de cultos e crenças protegidas e zeladas pela nossa CF.

Nascendo com amplitude baseando nesses institutos a liberdade de imprensa que engloba de forma mais concisa a publicidade dos atos que envolvem o direito público, tendo a expressão e manifestação de pensamento, a informação do conteúdo e divulgação da ideia abordada.

Como abordado até agora a liberdade de expressão não é um direito absoluto, tendo em vista que muitas vezes existe uma extrapolação, atingindo o direito a personalidade do indivíduo, sendo necessária que exista um limite que pondere nem tanto para a expressão como nem tanto a personalidade.

Independentemente da tese que exista a falta de educação e respeito viola o princípio da dignidade da pessoa humana que é mundialmente protegido, tendo como base de vários ordenamentos jurídicos, para se comunicar, informar e divulgar não precisa desrespeitar sua honra e a sua imagem.

Falando num parâmetro geral não há como prevenir que toda informação circulada seja verdadeira, por que a globalização impulsiona para o aumento desenfreado pela notícia, e por cada vez mais situações ou fatos que repercutem um interesse geral.

3.4. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS PARA A PONDERAÇÃO

Analisando tudo o que já foi demonstrado até agora, este tópico irá demonstrar os parâmetros para aplicação no caso concreto que deverá ser levado em consideração quando existir uma afronta ou uma adversidade de direitos resultantes tanto da liberdade de expressão e informação, quanto pelo direito da personalidade, sendo os seguintes parâmetros abordados:

A veracidade dos fatos que importa se a informação é verdadeira ou não, entendendo que deve haver no mínimo uma boa-fé nas informações publicadas.

A licitude do meio empregado para obter a informação pois a própria Constituição alega que só será válido provas e informações obtidas

por meios lícitos e não ilícitos, o mesmo se estende ao direito de informação e manifestação de pensamentos baseados em fatos.

Que exista um nexó existente no caráter da vida pública do indivíduo, se este for político, não tem como, por exemplo, que não demonstre nada a seu respeito pela função que este exerce, e claro desde que não haja uma exposição desnecessária para a população que não o associe pela atividade exercida, o mesmo se estende a atletas e pessoas do meio público como artistas.

O local do fato e a natureza do fato, ambos são de extrema importância, que explicara se o conteúdo exposto e o local exposto ferem ou não o direito a honra, imagem ou expõem a intimidade da pessoa.

A existência de um interesse publica na divulgação em tese, deverá ser levado em consideração pelo fato de que a informação divulgada seja de caráter público ou estritamente pessoal, uma vez que se for pessoal violaria a sua intimidade e automaticamente o direito a personalidade.

Se existe a preferência por sanções posteriores, quando não envolver o manifesto proibitório pela divulgação, se houver o abuso do direito da liberdade de informação e comunicação deve existir medidas na esfera do Direito Civil, Penal, direito de resposta, retratação do que foi exposto ou até em casos mais graves a interdição do conteúdo divulgado.

3.4.1. PONDERAMENTO DO DIREITO DE SE EXPRESSAR

Nos dias atuais existe um conflito muito frequente quando nos deparamos com o direito da liberdade de expressão, pois as pessoas ao se comunicar ou usar deste meio para também informar acabam violando o direito da personalidade, havendo uma colisão entre ambos direitos tutelados pela Constituição Federal.

3.4.2. A INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL

Segundo a doutrina tradicionalista deve haver um poder de interpretação de acordo com a força que a lei exerce no ordenamento jurídico, baseando-se em um modelo subjuntivo moldado em regras, que

reserva ao interprete uma função técnica de conhecimento e não como um papel de criação de direito.

Este método de se interpretar exige um conjunto tradicional, conhecidos a muito tempo como método: gramatical, sistemático, histórico e teleológico dando a resposta ao problema analisando a lei como fonte e base indiscutível.

3.4.3. A NOVA INTERPRETAÇÃO DA NORMA

A análise moderna já se fundamenta no oposto, cria um raciocínio interpretativo em que pode existir o desfrute de se interpretar o caso concreto para a aplicação da lei, juntamente de princípios, dando uma liberdade de abrangência que antigamente só caberia ao legislador e não ao interprete. É importante ressaltar essa modernização por que serviu de parâmetro geral e inicial como meio de combater e julgar as colisões de direitos que estão sendo atualmente confrontadas, deixando assim a questão constitucionalmente adequada para a questão que lhe for submetida.

A ponderação consiste em uma técnica de aplicação a casos difíceis, em que o método da subsunção não foi capaz de resolver, principalmente como e o caso exposto em que existe um confronto de ambos os direitos hierarquicamente iguais.

O método é construído por três etapas de desenvolvimento, a primeira e aquela em que se identifica o sistema de leis existente para resolver a solução do caso concreto, a segunda examina os fatos e a interação com os elementos normativos ao caso concreto e a terceira e mais importante, pois serão examinados de forma intensa e definitiva os diferentes grupos de normas, e a repercussão dos fatos do caso concreto serão analisadas conjuntamente, havendo uma disputa para saber qual norma preponderara, sendo criteriosamente indispensável a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. O INSTITUTO “ HATE SPEECH”

Na realidade o que se existe é um discurso de ódio em que a liberdade de expressão é ilimitada, as pessoas falam o que bem entendem e não existe uma punição ou ponderamento para isso, este movimento discrimina e incita o ódio à diferença por questões religiosas, sexuais, raciais ou de crenças.

É bastante conhecida no exterior, em países em que não existe uma constituição Cidadã como a do Brasil, em que não existe uma sistemática e prioridade do indivíduo como meio fundamental e crucial para o Estado tutelar.

No Brasil isto não é visto como liberdade de expressão, visto que ofender o direito da personalidade ou discriminar as pessoas por serem como são, viola o princípio da dignidade da pessoa humana que é um pilar no nosso ordenamento jurídico, portanto "Hate Speech" não existe autonomia nenhuma no Brasil, a única coisa que você irá ganhar em participar de um movimento desse é uma bela indenização de danos morais por ser vedado o desrespeito ou qualquer outra forma que contrarie os preceitos e direitos fundamentais.

5. QUESTÃO SOB A ÓTICA INFRACONSTITUCIONAL QUANDO HOVER A COLISÃO

Depois que esgotarem os fundamentos constitucionais deve haver uma nova medida para tentar resolver a colisão, pela lei infraconstitucional, que tentara solucionar o incidente de maneira harmoniosa, que será capaz de sair da sistemática, rígida, atribuindo uma pretensão maior dos limites impostos.

Para isso atribuem-se duas normas existentes para procurar solucionar o empasse de colisão, o artigo 21 da Lei da Imprensa e o artigo 20 do Código Civil. Basta agora saber qual norma ficara pleiteada pelo ordenamento jurídico com as bases nos preceitos fundamentais.

5.1. INTERPRETAÇÃO MEDIANTE A LEI 13188/2015

A lei 13188/2015 foi elaborada para estabelecer o direito de resposta ou retificação do ofendido quando em conteúdo divulgado que

ofenda seus direitos ou ultrapasse os limites estabelecidos por lei, tenham o ofendido aparo legal nesses seguintes artigos:

Art. 2º - Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.

§ 1º - Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

§ 2º - São excluídos da definição de matéria estabelecida no § 1º deste artigo os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social.

§ 3º - A retratação ou retificação espontânea, ainda que a elas sejam conferidos os mesmos destaque, publicidade, periodicidade e dimensão do agravo, não impedem o exercício do direito de resposta pelo ofendido nem prejudicam a ação de reparação por dano moral.

Interpretando o que estes artigos quer nos dizer simplifica uma proteção que deve ser exercida quando o ofendido se sentir no direito de possuir uma resposta quando notícias ou reportagens violar a privacidade e a intimidade da pessoa, tendo portanto um direito de resposta.

5.2. INTERPRETAÇÃO MEDIANTE O CÓDIGO CIVIL {Art. 20º}

O Código Civil tutela a proteção dos direitos a personalidade, expressamente demonstrado pelo artigo 20º que assegura a seguinte ideia:

Art. 20° - Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Esta norma exige uma ideia de que pode ser proibida a requerimento do interessado, quando se utilizar da divulgação como maneira proibida por lei, capaz de prejudicar seu direito a personalidade, as exceções existem, que são nos casos de autorização pela pessoa envolvida ou por situações que seja necessária para a segurança jurídica.

Na verdade não existe uma doutrina para explicar a situação para o ponderamento, até mesmo pela juventude do problema e pouca informação existente para sustentar qualquer tese, ideia afirmada pelo constitucionalista Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que explica:

“O artigo 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional.”

6. SOLUÇÃO PARA A PONDERAÇÃO

O caso abordado engloba um contexto histórico muito forte, que foi um ponto marcante da história do Brasil pela forma que o governo exercia seu poder, levando em consideração toda fase de luta e conquistas que a sociedade brasileira enfrentou para chegar na nossa Constituição Cidadã.

Portanto por entendimentos restritos e escassos de doutrinadores, e segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a forma mais coerente e entender que o direito à informação é necessário e indisponível, não cabendo uma medida que faça que não se publique ou divulgue quando a informação ser legítima e provada a boa-fé, sem malícia por parte do comunicador.

Quando houver essa forma maliciosa caberá reparação na esfera cível e até mesmo na criminal, mas a apuração será necessária como forma de comprovação de tal conduta, não havendo em regra a autorização previa para expor e divulgar conteúdo de interesse social, prevalecendo, portanto a liberdade de expressão e de informação juntamente com o interesse público na livre circulação de notícias e ideias.

7. JURISPRUDENCIAS A RESPEITO

Com o passar do tempo os tribunais veem acatando e condenando reiteradamente quando existir um abuso do direito à liberdade de expressão, como e o caso da Apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco TJ-PE: APL7780020078170950 PE 0000077-80.2011.8.17.0950, que julgou com unanimidade o recurso interposto na condenação do réu a pagar indenização por ter ofendido moralmente a honra dos autores do pedido.

O caso mostrado em tese explica quando pessoas estavam sendo difamadas por notícias anunciadas por uma empresa de rádio do Pernambuco que extrapolava os limites e acabaram causando muito constrangimento as vítimas, tendo portanto um resultado positivo no ganho da causa.

Já se presenciou julgamentos, como a da ADPF130 que pondera o direito abordado, justamente pela extrapolação por questões da privacidade, honra e imagem que caracterizam nosso direito da personalidade o Ministro Aires Brito autor de tal arguição explica e decide um entendimento bem, razoável, digamos justo que interpreta segundo o bem maior que é a dignidade da pessoa humana.

7.1. AUSENCIA DE AUTORIZAÇÃO BIBLIGRAFIA

Outra questão bem marcante que o STF abordou e julgou de maneira extraordinária e a ADI 4.815 que interpreta que não é necessário uma autorização previa quanto a divulgação de biografias de figura publica ou seja independe do consentimento dos envolvidos ou de seus familiares, porem a polemica questão não acaba aqui, ainda existe muita discussão e repercussão neste assunto.

A apelação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou improcedente no caso em que a autora do pedido de indenização por danos patrimoniais, impugna a editora Nova Fronteira SA a indenizar por abusos de citações e comentários a respeito da vida intima de seu pai, o famoso autor João Guimarães Rosa, acreditando que ela era a única a ter o direito de escrever ou expor a vida dele. O pedido foi julgado improcedente visto que viola um direito constitucionalmente previsto.

7.2. MARCHA DA MACONHA

A ADPF 187 e ADI 4274 gerou muita polemica e dividiu opiniões, de um lado o artigo 287º do CP que representa a penalização por apologia de crime ou fato criminoso e do outro lado a Constituição Federal nos seus direitos e garantias fundamentais, estabelecendo que a liberdade de pensamento e expressão deva existir sempre, como e o caso do Artigo 5º XI, que expressa e garante esta ideia.

O enfrentamento de normas, obteve a legalização da Marcha da Maconha, baseada nos preceitos fundamentais, junto com a clausula pétrea que veda a violação dos direitos fundamentais, resultando na pacifica consolidação do exercício da manifestação do pensamento, não sendo ilegal manifestar-se a respeito da legalização, tendo o caminho livre para se manifestar sob o assunto, além de violar também o direito de reunião previsto na norma constitucional.

Portanto o STF em 2011 pacificou entendimento e solucionou o problema abordado.

8. COMPORTAMENTO DO BRASIL MEDIANTE A VIOLAÇÃO

O comportamento hoje do Brasil, muitas vezes é decepcionante em razão de que as autoridades competentes fecham os olhos para o problema e apenas se manifesta quando tenham interesse no caso. É revoltante dizer mas quem manda e financia a violação contra a liberdade de expressão são os próprios membros do poder legislativo, executivo e judiciário.

Existem condenações e punições aplicáveis sim, mas há a necessidade de muitas mudanças e melhoria pela parte das autoridades pública em si quando se tratar desse assunto principalmente.

As pessoas que mais sofrem violações além dos comunicadores, são grupos ou indivíduos carentes de autonomia e de condições econômicas, o fator desigualdade cala a boca de muitos pela falta de recurso e oportunidade de conhecer e lutar pelos seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo principal demonstrar a violação do direito a liberdade de expressão, trazendo estatísticas e números importantes de comunicadores e pessoas que sofrem de tal conduta violenta, relatar a ponderação e as limitações de exercício, também ficou bem marcante pela colisão de normas de direitos fundamentais entre a liberdade de expressão e direito da personalidade. Para que não exista violação a tal instituto jurídico e necessário que o Estado tome providencias de prevenir, proteger e processar para que assassinatos, ameaças e torturas não se repitam e seja de certa forma punida e combatido grande problema e que os próprios membros do poder publico acabem que por questões pessoais, abusam do seu poder e acabam violando o que eles mesmo deveriam honrar e proteger.

Portanto existe uma colisão entre o direito de se expressar livremente e o direito da personalidade que trabalha com a honra ,a imagem e o direito de privacidade que todos nos temos assegurados pela nossa lei maior ,como fonte de defesa aos princípios e direitos e garantias fundamentais. A abordagem de parâmetros constitucionais e infraconstitucional, também esteve presente, que é marcado pela Lei de Imprensa e o Código Civil ,como meio de se dar um entendimento ,pelas

características do problema envolvido no caso concreto, tentando contar com o apoio da doutrina e da jurisprudência para que juízes e tribunais superiores decidam da maneira mais justa possível.

Sendo assim o direito abordado é muito sensível em razão da sua amplitude e abrangência existente como o direito de informação, comunicação e livre expressão de pensamento, e claro que se existir uma má-fé e uma malícia nos usos para exercício de tal conduta ou profissão o agente devera ser responsabilizado, civilmente e ate mesmo penalmente pelos abusos ou erros maldosos cometidos, em ate certo caso correrá o risco de que sua publicação ou notícia seja retirada de circulação. Acredito que a melhor maneira de se resolver qualquer conflito e deixar que se prepondere sempre o direito da liberdade de expressão ,desde que esteja presente a boa-fé com o objetivo de transmitir de fato a informação exposta , visto que o bem comum seja visado acima dos interesses pessoais de cada um ,não sendo cabível portanto a vedação desse instituo.

Contudo, concluo que este direito muitas vezes é violado e mal utilizado, e quase sempre não se tem muita repercussão e importância das autoridades publica quando atrocidades acontecem com pessoas do ramo, deve-se sempre levar em conta os fatores que contribuíram para que tal violência acontecesse, sendo imprescindíveis medidas eficazes capazes de proteger e assegurar que isto não se repita ou se torne comum na sociedade, porque para uma sociedade justa e democrática a vedação a censura e a livre manifestação de pensamento se tornam l.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES, MARCELLA. **Precisamos enfrentar as violações à liberdade de expressão no Brasil**. Huffpost, 2015.

Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/artigo-19/precisamos-enfrentar-as-violacoes-a-liberdade-de-expressao-no-br_a_21680965/>.

Acesso em: 10 fev. 2018, 12:26:03.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNANBUCO. **Apelação interposta sob o ponderamento da liberdade de expressão**. Jusbrasil, 2012. Disponível em: Acesso em: 10 fev. 2018, 16:41:22.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Migalhas, 2011. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm > Acesso em: 11 Mar. 2018, 09:47:39.

BARBOSA, BIA; VIEIRA, RAMÊNIA. **Em um ano, Brasil registra 70 casos de violações de liberdade de expressão.** #Carta, 2017. Disponível em: Acesso em: 11 Mar. 2018, 11:21:31.

KAPUTU, FELIX; DEBS, SYLVIE. **A violação da liberdade de expressão e sua defesa.** Cabra, 2017. Disponível em: Acesso em: 04 Abr. 2018, 19:25:01.

SILVA, JOSÉ AFONSO. **A interpretação das normas constitucionais em seus sentidos diversos entre sua aplicabilidade e importância social.** Comentário Contextual a Constituição. 9. Ed. Malheiros: Brasil, 2014, p. 25-65.

REESTRUTURAÇÃO DE DEPARTAMENTO JURÍDICO E DE RECURSOS HUMANOS EMPRESA FICTÍCIA VBL LOGÍSTICA

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

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

ADRIANA LONGUINI

(Coautora)

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo de caso de empresa fictícia VBL Logística, sendo apresentado, portanto, diagnósticos da Empresa, reestruturação do departamento jurídico e de recursos humanos e procedimentos a serem a dotado. O método de pesquisa bibliográfica fora utilizado para a elaboração do trabalho a quo o qual se justifica através da apresentação das técnicas diagnósticas e métodos de reestruturação de uma empresa.

Palavras chave: Estudo de caso; reestruturação; departamento jurídico; departamento de recursos humanos.

Abstract: The present work has the objective of studying the case of a fictitious company VBL Logistic, presenting, therefore, diagnoses of the Company, restructuring of the legal department and human resources and procedures to be endowed. The method of bibliographical research was used to elaborate the work a quo which is justified through the presentation of diagnostic techniques and methods of restructuring a company.

Keywords: Case study; restructuring; legal department; human resources department.

INTRODUÇÃO

A empresa de logística, denominada VBS Logística Ltda., tendo como sócio proprietário o Sr. Almeida, encontra diversas barreiras na área de Recursos Humanos. A partir do momento em que alguns funcionários antigos deixaram de atuar na empresa, desse modo, houve a necessidade de buscar novos profissionais. No processo de preenchimento das respectivas vagas, mais de 12 (doze) profissionais passaram pelo quadro de funcionários da empresa, porém, não se adequaram por diversos motivos como: pouco comprometimento, baixa qualidade dos serviços prestados, desmotivação, conflitos, ente outros. Vale ressaltar, também, que nos últimos dois anos o aumento de passivos trabalhistas na empresa aumentou.

Devido ao péssimo resultado das admissões realizadas, o sócio proprietário, Senhor Almeida, passou a desacreditar nas pessoas, levando-o a questionar: "O que eu poderei fazer para ter novamente pessoas competentes em minha equipe de trabalho?".^[1]

Apesar de o sócio proprietário da VBL possuir experiência de mais de 15 anos no segmento com bom desempenho, as transformações ocorridas no mercado de trabalho, nos últimos 15 (quinze) anos, o fizeram repensar sobre a possibilidade de melhorias na empresa, a fim de reconquistar o espaço que perdeu no mercado. Conforme aponta o Sr. Almeida uma das grandes transformações ocorridas foi em relação aos colaboradores.

Desta feita, por não acompanhar as mudanças principalmente no que tange a Gestão de Pessoas, no decorrer do tempo, os colaboradores acabam por procurar outras oportunidades de trabalho. Maximizando o problema da VBL com os colaboradores, a falta de estruturação de um setor de Recursos Humanos, bem como de um departamento jurídico da empresa.

Sem a estruturação adequada a empresa profissionais sem critérios de avaliação, causando queixas de atendimento provindas do cliente e até o cancelamento de contratos de serviços.

Atualmente 20 (vinte) pessoas trabalham na VBL Logística Ltda., porém há um *turnover* altíssimo. Ciente da necessidade de mudanças e tomada de decisões para retomar espaço no mercado atuante e obter lucro, porém não consegue sem investimento em melhorias nos departamentos da empresa. Além disto, há problemas quanto a folha de pagamento e ainda com a segurança no trabalho, visto que atuam no carregamento de cargas com agentes biológicos, não possuindo a devida proteção, ou seja, os equipamentos de proteção individual (EPI), destinados a este fim, não fornecidos pela a empresa.

Com o intuito de buscar soluções e melhorias no ambiente da empresa, a VBL Logística Ltda., contratou uma empresa especializada em Soluções de Gestão de Pessoas, que deverá diagnosticar e apontar as estratégias necessárias, no sentido de urgência a fim de evitar os problemas apresentados e sugerindo formas de garantir a segurança do trabalho e a qualidade de vida dos funcionários, além disto, far-se-á necessário parceria com a CIPA e o SESMT e reestruturar o setor Jurídico e de Recursos Humanos da empresa.

1. DIAGNÓSTICO

Neste tópico, denominado por critério institucional de Passo 1 (hum), conforme orientação será apresentado o diagnóstico apontando 3 (três) problemáticas apresentadas pela empresa fictícia VBL Logística Ltda., relacionadas a cada contexto, que são: Gestão de Pessoas, Técnicas de Administração de Pessoal, Recrutamento e Seleção, Saúde e Segurança do Trabalho e Relações Sindicais e Negociações Trabalhistas.

Diante do exposto, na introdução, quanto a situação atual da empresa fictícia VBL Logística Ltda., apresentar-se-á através de tópicos as 3 (três) problemáticas relacionada a cada contexto.¹

1.1 GESTÃO DE PESSOAS

Conceitua-se gestão de pessoas como associação de habilidades e métodos, políticas, técnicas e práticas definidas, com o objetivo de potencializar o capital humano das organizações.

De acordo com os ensinamentos de Chiavenato (1999), a moderna gestão de pessoas, consiste de várias atividades integradas, como descrição e análise de cargos, planejamento de Recursos Humanos, recrutamento, seleção, treinamento e desenvolvimento, relações sindicais, segurança saúde e bem estar.

Conforme nos é apresentado sobre a questão atual da VBL Logística Ltda., apontaremos 3 (três) problemáticas, que são:

- 1) **Treinamento e desenvolvimento:** Apesar das contratações não terem sido realizadas por um deixar vido processo de recrutamento e seleção, em nenhum momento nos é apresentado pela empresa VBL a atuação com treinamento e desenvolvimento dos funcionários, para que estes possam entender, conhecer e aprender sobre a organização, bem como seu *modus operandis*, e o que se espera do funcionário em sua respectiva função;
- 2) **Descrição e análise de cargos:** conforme atual forma de contratação d empresa em questão, não é apresentada a descrição e análise do cargo de forma específica, a fim de caracterizar suas atribuições, e, também, o recurso humano necessário para atender tal necessidade de maneira a satisfazer as necessidades da organização;
- 3) **Planejamento de Recursos Humanos:** Por não haver, no momento, um departamento de Recursos Humanos não há qualquer planejamento, conforme apresentado, sobre todos os âmbitos que este departamento atua dentro de uma organização, notoriamente, devido ao não planejamento de Recursos Humanos derivam-se os problemas apresentados no cerne da empresa VBL Logística Ltda.

1.2 TÉCNICAS DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL

Conforme apresentado pelo Sr. Almeida nos últimos dois anos ocorrerá um aumento significativo de passíveis trabalhistas, além de outros aspectos abordados, abaixo destacamos 3 (três) situações:

- 1) **Contrato de trabalho:** Preponderante a análise dos contratos de trabalho vigentes da empresa para com seus funcionários, a fim de aferir as medidas cabíveis para evitar passíveis trabalhistas gerados por conta da inobservância da CLT ou acordo e convenção coletiva..
- 2) **Processo de Admissão:** Revestido de uma série de formalidades imprescindíveis, caracteriza-se pela exigência de diversos documentos exigidos legalmente, os quais são preponderantes para garantir direitos dos empregados e empregadores. Desta forma, deve organizar estes documentos de maneira precisa, mantendo livro ou ficha de registro do empregado que deve conter: identificação do empregado, com número da CTPS; data de admissão ou demissão; cargo ou função; local e horário de trabalho; concessão de férias; identificação de conta vinculada ao FGTS; acidente de trabalho e doença profissional; e contribuição sindical.
- 3) **Salários, remunerações e adicionais:** Devido ao alto *turnover*, bem como o aumento de passíveis trabalhistas, mister a análise dos salários, remunerações e adicionais, com o intuito de verificar discrepâncias e não conformidades com a legislação trabalhista, bem como com acordo ou convenção coletiva.

3.3 RECRUTAMENTO E SELEÇÃO

Peter Drucker (1998) enfatiza que, na sociedade do conhecimento, o verdadeiro investimento envolve cada vez menos máquinas e ferramentas e mais o conhecimento do trabalhador. Sem este conhecimento, as máquinas são improdutivas, por mais avançadas e sofisticadas que sejam.

Portanto o processo de recrutamento e seleção é de suma importância a empresa, a fim de encontrar os profissionais adequados que atendam suas necessidades e, também, empenhados em fazer parte da organização. Um processo bem planejado e adequado de recrutamento e seleção corrigirá a discrepância do *turnover* existente na VBL Logística limitada. Portanto a seguir, demonstramos 3 (três) pontos significativos:

- 1) **Dimensionar o quadro de pessoal:** trabalho em conjunto com a administração, caberá verificar o dimensionamento de pessoal necessário para cada setor da organização;
- 2) **Planejar e elaborar o programa de contratação:** essencial que exista o planejamento em conjunto com os demais departamentos da organização, a fim de analisar o perfil esperado do funcionário a ser recrutado, desta forma, o departamento de Recursos Humanos poderá de forma eficaz e eficiente atender as necessidades oriundas de cada departamento;
- 3) **Construção do perfil ideal:** primeiro passo para uma seleção ideal, tendo critérios claros e pontos fundamentais a serem analisados, detectados nos candidatos. Através da descrição do cargo, importantíssimo para a organização, é possível se conhecer as informações do perfil do cargo, porém, avaliar a descrição do cargo unicamente não é adequado.

1.4 SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

Segurança e medicina do trabalho tratam os aspectos gerais contidos na legislação com o intuito de prevenir, penalizar civil, penal e administrativamente a empresa e não cumprir o que ela estabelece, mas, também, penalizar o empregado, em alguns casos, que infringir determinada norma. Diante do exposto e considerando a atual conjuntura da VBL Logística Ltda., cabe apresentar 3 (três) problemas existentes para esta abordagem:

- 1) **Treinamento e conscientização dos funcionários:** quanto a manipulação, transporte e armazenamento dos agentes biológicos, bem como sobre a utilização de EPI.
- 2) **Fornecimento de EPI:** Fornecer EPI necessários, aos funcionários, para que possam realizar as tarefas, vale ressaltar, que todo o funcionário deve assinar controle de recebimento do equipamento de proteção individual.
- 3) **Exame admissional, periódico e demissional:** Realizar, conforme legislação vigente os exames, com o intuito de prevenir a contratação de funcionário que não possa exercer a respectiva atividade; periodicamente avaliar as condições de saúde dos

funcionários a fim de evitar doenças laborais; Realizar exame médico demissional, a fim de, aferir a saúde do funcionário e se está em congruência com o exame admissional a época, ou periódico. Desta forma, zelando pelo bem estar do empregado e evitando complicações legais que possam ocorrer caso não sejam aplicados tais procedimentos.

1.5 RELAÇÕES SINDICAIS E NEGOCIAÇÕES TRABALHISTAS

As negociações trabalhistas devem sempre respeitar os parâmetros regidos pela lei trabalhista através da CLT, contudo, nas relações sindicais deve se atentar as convenções coletivas de trabalho, ferramenta normativa, firmada por sindicato de determinada categoria profissional e, não obstante, o acordo coletivo realizado entre sindicato e empresa, visando traçar regras a serem aplicadas as condições de trabalhos para as empresas concordantes. Desta feita, ressaltamos 3 (três) problemas na VBL, que são:

- 1) **Verificação das condições legais dos funcionários:** cabe aferir as condições referentes a salário, benefícios e emolumentos que os compõe se estão de acordo com a CLT e acordo/convenção coletivo.
- 2) **Descrição de cargos e salários:** tendo como finalidade, neste caso, avaliar as condições oferecidas pela empresa e se estas estão condizentes com o estipulado pelas normas e acordos vigentes.
- 3) **Acordo coletivo e convenção coletiva:** analisar acordo coletivo, bem como convenção coletiva, a fim de se adequar aos parâmetros e assegurar os direitos do empregado, bem como do empregador.

2. REESTRUTURAÇÃO DO DEPARTAMENTO JURÍDICO E DO DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS

Ao analisarmos a reestruturação ou estruturação, pois como visto, a VBL Logística não possui um departamento de Recursos Humanos, porém, abordaremos inicialmente o departamento Jurídico.

2.1 DEPARTAMENTO JURÍDICO

No que tange as atividades da empresa em questão, o departamento jurídico deve estar alinhado com o departamento de Recursos Humanos, visto que, o jurídico não trata somente dos contratos provindos de negociações de natureza do negócio, mas também nas causas que regem o direito do trabalho e demais normas e acordos, não obstante também atua em causas de saúde e segurança, pois em casos de ocorrência a empresa poderá ser acionada judicialmente.

Desta feita, cabe ao departamento jurídico orientar o departamento de Recursos Humanos sobre procedimentos legais exigidos, além de auxiliar nas dúvidas que possam surgir; na negociação junto a entidades sindicais; verificar e auditar os procedimentos existentes a fim de sanar as questões antes que estas venham a alcançar a via judiciária.

2.2 DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS

Ao departamento de Recursos Humanos, cabe interagir, cooperar e obter a cooperação de todos os departamentos da empresa, imprescindível também o alto comprometimento da direção da empresa. Cristalino que o departamento de Recursos Humanos. Sabendo-se que a área de Recursos Humanos compreende um conjunto de sistemas é de suma importância para que a organização atinja seus objetivos.

Tendo em vista que o departamento de Recursos Humanos é composto por diversos subsistemas que são: recrutamento e seleção; treinamento e desenvolvimento; remuneração ou cargos e salários; higiene e segurança do trabalho; departamento pessoal; relação trabalhista e serviços gerais.

Quanto ao recrutamento e seleção, podemos definir da seguinte forma: recrutamento – inicia a partir da necessidade de contratar novos profissionais, de maneira interna ou externa. O recrutamento interno caracterizar-se-á pela procura de possíveis candidatos no cerne da organização a fim de preencher a vaga, já o recrutamento externo busca candidatos no mercado de trabalho; seleção é o método específico utilizado na escolha dos candidatos a determinada vaga de emprego para que atendam as necessidades da empresa.

Findo o processo de seleção, o novo funcionário deve ser submetido a exame médico admissional, preferencialmente por especialista em medicina do trabalho, com o intuito de aferir o estado geral sobre a saúde do então candidato e documentar, através de registro em dossiê, o histórico clínico. Posteriormente o novo colaborador deverá encaminhar toda documentação ao departamento pessoal, que deverá, sob sua responsabilidade, efetuar o registro de admissão do funcionário.

Quanto aos cargos é a atribuição eu se dá as tarefas, requisitos, responsabilidade e condições de tarefas as ocupações dentro da organização. Sendo assim, a descrição dos cargos, nada mais é que o detalhamento das atribuições do cargo, periodicidade de execução.

No que tange a medicina e a segurança do trabalho, são atividades que repercutem amplamente sobre a continuidade da produção, bem como sobre a moral dos colaboradores. A segurança do trabalho são medidas técnicas, educacionais, médicas e psicológicas, que tem como intuito prevenir acidentes, eliminar condições inseguras do ambiente aplicando de práticas preventivas. Complementa a segurança do trabalho a CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), prevista na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas).

Quanto ao desenvolvimento incorpora o treinamento como conjunto de métodos a fim de transmitir aos colaboradores as habilidades necessárias para o desempenho profissional, buscando, também, mudanças de comportamento, desenvolvimento de habilidades, atitudes e conceitos. Desta feita se torna um processo de assimilação cultural objetivando o repasse ou a reciclagem de habilidades, conhecimento e atitudes relacionadas a determinada tarefa ou à otimização do trabalho. Os treinamentos podem ser: internos – realizados no interior da empresa; e externos realizados geralmente por consultorias ou especialistas.

Ao tratarmos de desenvolvimento organizacional, vale ressaltar, que este deve ser introduzido de maneira vertical e descendente, desta forma, procura atingir a saúde e eficácia da organização, com intervenções, se necessário, nos processos organizacionais que se apoiam em conhecimentos da ciência comportamental. Cristalino que o

desenvolvimento influencia a melhoria da eficiência organizacional; qualidade de vida no trabalho; melhoria nos órgãos diretivos e na gestão das mudanças; e na integração das metas dos colaboradores em consonância com as da empresa.

De vital importância a qualquer organização, o clima organizacional que é uma ferramenta identificadora de expectativas dos colaboradores, quanto ao relacionamento entre seus pares e a empresa. Para tanto se deve implantar a pesquisa de clima organizacional a qual servirá de base para análise, diagnóstica e sugestiva para a melhoria da política e procedimentos internos da organização. Tendo como objetivos principais: aumentar o grau de satisfação, entendimento, envolvimento e opiniões dos colaboradores quanto a cultura, política, normas, costumes e procedimentos praticados na organização.

Controle e monitoramento dos Recursos Humanos é a auditoria que procura analisar de maneira sistemática as políticas, práticas e procedimentos do referido departamento. Tal aferição objetiva a correção de possíveis desvios, melhoria qualitativa, quantitativa, tempo e custo, destarte, permitindo avaliar e controlar através de comparações dos desempenhos com os resultados aferidos.

2.3 CONVENÇÃO/ACORDO COLETIVO

Conforme convenção coletiva 2017/2018 do Sindicato dos armazéns gerais e das empresas de movimentação de mercadorias no Estado de São Paulo, representando as empresas de movimentação de mercadorias e de logística na prestação de serviços de comércio interno no Estado de São Paulo, fixa os pisos salariais normativos, conforme segue:

- a) Auxiliares de armazenagem e logística: R\$1.238,32 (hum mil duzentos e trinta e oito reais e trinta e dois centavos), por mês;
- b) Para os empregados e trabalhadores, com qualificação profissional, que executam movimentação de produtos, mercadorias e materiais com empilhadeiras ou quaisquer outros

equipamentos de movimentação de cargas, bem como, deslocamento e movimentação de mercadorias manual ou mecânica de produtos em geral. Salário mínimo normativo de R\$ 1.600,34 (hum mil e seiscentos reais e trinta e quatro centavos) e trabalhadores com mais de 2 (dois) anos nas funções acima, salário normativo de R\$ 1.630, 83 (hum mil seiscentos e trinta reais e oitenta e três centavos);

- c) Para os empregados contratados pelas empresas de gestão de documentos e arquivos fica garantido: piso salarial de mínimo de R\$ 1.218,37 (hum mil duzentos e dezoito reais e trinta e sete centavos); aos conferentes de documentos, piso salarial mínimo de R\$ 1.525,90 (hum mil quinhentos e vinte e cinco reais e noventa centavos).^[2]

No que tange a segurança do trabalho a respectiva convenção aborda o seguinte:

Saúde e Segurança do Trabalhador

Condições de Ambiente de Trabalho

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA

PRIMEIRA - HIGIENE E SEGURANÇA NO TRABALHO

As empresas obrigam-se a manter nos locais de trabalho, condições de higiene e segurança com ventilação, arejamento e iluminação, que proporcione conforto e bem estar, cuidando especialmente dos locais com riscos à saúde física e mental provocados por agentes químicos, físicos e biológicos, insalubridade ou periculosidade, como medidas preventivas, que assegure saúde e segurança ocupacional.

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA

SEGUNDA - CONDIÇÃO E AMBIENTE DE TRABALHO

Para os trabalhadores avulsos e empregados que trabalhem no interior das Câmaras Frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de vinte minutos de repouso, computado esse intervalo como o de trabalho efetivo.

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA TERCEIRA - SAÚDE OCUPACIONAL

As empresas manterão PCMSO - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional e PPRA - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, objetivando assegurar boas condições de saúde e segurança no trabalho, bem como, PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, mantendo à disposição do Mte e a entidade sindical, a documentação referente a tais programas e das medidas de prevenção de acidente e doença ocupacional.

Parágrafo Primeiro: As empresas atenderão as disposições de lei, assegurando aos empregados gratuitamente, exames de saúde ocupacional, admissional, periódicos no curso do contrato, retorno após afastamento por acidente ou doença ou férias, mudança de ocupação funcional, bem como, exame demissional na rescisão de contrato, conforme Portaria 3.214/78 (NR-7) da SSMT.[3]

Adiante a convenção coletiva refere-se aos equipamentos de segurança:

Equipamentos de Segurança

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA QUARTA - EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO E SEGURANÇA E FERRAMENTA DE TRABALHO

Serão fornecidos, gratuitamente, pela empresa, os equipamentos de proteção individual, ou outros necessários à segurança no trabalho, exigidos por lei ou pelas normas regulamentadoras, sendo três calças, cinco camisas, dois pares de sapatos, botas ou botinas, equipamento de proteção da cabeça e vias respiratórias e auditivas, protetor do tronco e membros e viseiras, inclusive calçados especiais, materiais e ferramentas de trabalho, bem como, transpaleteiras, empilhadeiras, paleteiras e qualquer outro material ou equipamento necessário para a realização dos trabalhos, ou exigido pela empresa, aos movimentadores de mercadorias, sejam eles avulsos ou empregados.

Parágrafo Único: As roupas serão adequadas aos serviços e ambiente de trabalho, confeccionadas em tecido apropriado ao clima local, e substituídas uma vez por ano regularmente e sempre que forem danificadas ou desgastadas pelo uso regular.^[4]

Em relação à CIPA fica disposto:

CIPA - composição, eleição, atribuições, garantias aos cipeiros

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA QUINTA - CIPA

As empresas enquadradas nas disposições do artigo 163 da CLT constituirão Comissão Interna de Prevenção a Acidentes (CIPA), conforme NR 05-Mte, comunicando o Sindicato profissional até 60 dias das eleições, com afixação de edital de convocação no quadro de aviso para conhecimento dos empregados, assegurando a participação de candidatos interessados a cargo efetivo ou suplente, com pedido de inscrição até 72 horas antes da eleição;

Parágrafo Único - Os empregados sindicalizados constituirão comissão para fiscalização do processo

eleitoral, junto com um representante da CIPA, ficando assegurado aos eleitos, efetivos e suplentes, a estabilidade no emprego e remuneração salarial, durante o período do mandato e por mais 01 (um) ano após o encerramento, obrigando-se a empresa a submeter todos os cipeiros, a treinamento e reciclagem referentes às atribuições internas, assegurando a participação nas reuniões em horário normal de trabalho.^[5]

Quanto as questões de PPRA e PCMSO, temos:

Aceitação de Atestados Médicos

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA SEXTA - ATESTADOS MÉDICOS E CURSOS DE QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL

As empresas reconhecerão os atestados médicos e odontológicos, oficiais ou oficializados por credenciamento, e os certificados e as declarações dos cursos de qualificação profissional, dentre eles: Operadores de Empilhadeiras, Conferentes, Embalagens e outros pertencentes à Atividade de Movimentação de Mercadorias em Geral e Logística.

Parágrafo único: Os certificados, declarações e atestados não poderão ser recusados pela empresa.

Primeiros Socorros

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA SÉTIMA - CAIXA DE MEDICAMENTOS

As empresas manterão em local apropriado e de fácil acesso, caixa de medicamentos e pessoa habilitado em primeiros socorros, para atender empregados ou trabalhador avulso quando requisitado vítimas de mal súbito ou de acidente,

assegurando o transporte de urgência a pronto socorro hospitalar ou serviço médico de emergência.

Outras Normas de Prevenção de Acidentes e Doenças Profissionais

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA OITAVA - DIREITO A RECUSA AO TRABALHO

Os empregados poderão recusar-se a trabalhar em áreas de riscos à integridade física e mental, por falta de medidas adequadas de proteção e segurança individual ou coletiva de EPI inadequado a compleição física de cada pessoa, homem ou mulher, que não permita condição confortável e segura no posto de trabalho;

Parágrafo Primeiro: A recusa será comunicada ao superior e ao setor de segurança, higiene e medicina do trabalho, cabendo a este investigar eventuais condições inseguras e comunicar o fato a CIPA, para que tomem medidas necessárias à eliminação dos riscos, pela adequação das condições de segurança e higiene do local;

Parágrafo Segundo: No período de paralisação, não poderão ser exigidas dos empregados, tarefas estranhas às habituais e nem punição com desconto de horas ou redução salarial, sob pena de punição à empresa, para ressarcimento em dobro de valores compensados.

Outras Normas de Proteção ao Acidentado ou Doente

CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA NONA - ACIDENTE DO TRABALHO/DOENÇA OCUPACIONAL - (CAT) LEI 8213/91

Ao empregado vítima de acidente ou de doença ocupacional, a empresa fornecerá no prazo de 24

horas a CAT preenchida, de acordo com instruções do INSS e ocorrendo óbito que tenha nexos com acidente, comunicará de imediato aos familiares e à autoridade do Mte e a entidade sindical;

Parágrafo Único: As empresas enviarão trimestralmente a entidade sindical, cópias, cópias do anexo I das CAT's emitidas nos respectivos períodos, fornecendo o documento inclusive, para empregados acometidos de doença ocupacional (doença do trabalho ou doença profissional).

CLÁUSULA SEXAGÉSIMA - ACIDENTES DE TRABALHO DO TRABALHADOR AVULSO ? (CAT)

Em caso de acidente de trabalho envolvendo trabalhadores avulsos movimentadores de mercadorias, e a ocorrência se der no pátio, armazéns, depósitos ou outras dependências das empresas, a CAT, Comunicação de Acidente de Trabalho será preenchida pela Empresa Tomadora. Sendo o acidente ocorrido no trajeto da residência até o local de trabalho ou vice-versa, a comunicação será preenchida pela Entidade Sindical.

I – Não terá a Empresa Tomadora nenhuma responsabilidade, quanto ao pagamento do benefício nos quinze primeiros dias, pois conforme disposto no Regulamento de Benefício da Previdência Social, RBPS, aprovado pelo Decreto Federal n. 2.172/97 art. 143º. Inc. 3º, Lei 6.367/76, artigo 5º, Parágrafo 6º, uma vez que eventual pagamento do benefício do auxílio acidente de trabalho será pago pelo órgão do INSS a partir do dia seguinte ao do acidente.

II - Todo processo de auxílio acidente do Trabalho e a requisição pelo trabalhador avulso do benefício previdenciário será feito pelo Sindicato

Profissional, bem como elaboração de Guias e formulários enviados ao INSS.[\[6\]](#)

No que se refere aos cargos de secretaria e analista de RH, não é apresentada na convenção tais funções, tampouco funções análogas, todavia, deve se avaliar em outras esferas, bem como piso salarial regional.

3. PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS NA VBL LOGÍSTICA LTDA.

Diante do exposto, pelo Sr. Almeida, far-se-á urgente a estruturação do departamento Jurídico e de Recursos Humanos. Cristalino a necessidade de “levantar” toda a documentação necessária dos funcionários existentes, regularizar as situações, caso existam, descrever cargos e funções, avaliar os funcionários existentes, readaptá-los (quando possível), efetuar treinamentos para o desenvolvimento destes colaboradores para que haja sintonia com a organização. Resolver imediatamente as questões relativas a medicina e segurança do trabalho, fornecer EPI necessários. Analisar a política salarial vigente, para que tal fique de acordo com a convenção coletiva.

Posteriormente criar critérios de recrutamento e seleção juntamente com os responsáveis de cada departamento. Criar processos e procedimentos corporativos para a homogeneidade da organização.

4. RELATÓRIO FINAL ESTRUTURADO EM DOCUMENTO ÚNICO

Introdução

O quadro apresentado pela VBL Logística Ltda. aponta de forma cristalina a necessidade de reestruturação do departamento de Recursos Humanos e do departamento Jurídico, visto que, conforme discorreremos sobre, a empresa está aquém de cumprir as normas trabalhistas, convenções coletivas e, também, conforme requerido pelo sócio proprietário a reconquista de mercado e retorno de crescimento da organização.

Procedimentos

Primeiramente a VBL deverá estruturar os departamentos de recursos humanos e o departamento jurídico, em cooperação deverão, de imediato analisar as condições trabalhistas dos colaboradores atuais, bem como, recolher documentos necessários e cadastro em livro de funcionários. Havendo qualquer intercorrência jurídica, caberá ao departamento responsável orientar sobre as formas de resolução.

Fornecer EPI, providenciar exames médicos, se necessário, proporcionar treinamento de segurança do trabalho aos colaboradores.

Efetuar a descrição de cargos e salários, de forma a adequar a organização ao acordo/convenção coletiva, bem como implantar os benefícios regidos por estas normas.

Através da descrição dos cargos iniciar os treinamentos para desenvolvimento das tarefas e respectivas funções a cada cargo, com o intuito de aproveitar e manter os colaboradores internos.

Realizar pesquisa de clima organizacional, a fim de verificar anseios dos colaboradores e os integrar com a nova visão da organização. Instituir a CIPA, o PPRA e PCMSO.

Estruturar o processo de recrutamento e seleção, tendo como prioridade o recrutamento interno a fim de valorizar o colaborador que já conhece a empresa e seu *modus operandis*.

Resultados

Através dos procedimentos aplicados, tender-se-á a diminuir o *turnover*, cumprir a legislação vigente e diminuir os passíveis trabalhistas.

Não obstante, porém, com treinamentos, definições de cargos e um setor de recrutamento e seleção, as peças certas serão encaixadas nos respectivos lugares de atuação.

Considerações finais

Desta feita, a reestruturação do departamento de Recursos Humanos, bem como o departamento jurídico, trará a organização e adequação da empresa às exigências normativas, bem como a qualificação de seu quadro de funcionários, melhoria na gestão e por consequência reconhecimento do mercado, sendo assim, trazendo, também, os ganhos financeiros esperados pelo sócio proprietário.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Érica. ***Gestão de Pessoas: Introdução à Moderna Gestão de Pessoas***. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

CALEIRO, Fernanda. ***Desafio Profissional de Tecnologia em Recursos Humanos***. [Online]. Valinhos, 2016, p. 01-11. Disponível em: . Acesso em: mai. 2017.

CAMPOS, Barbara Monteiro Gomes de. ***Relações Sindicais e Negociações Trabalhistas: Relação Trabalhista*** – Princípios, Fontes, Fundamentos e Hermenêutica. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

CAMPOS, Barbara Monteiro Gomes de. ***Relações Sindicais e Negociações Trabalhistas: Do Contrato Individual do Trabalho*** – Relação Trabalho x Emprego, Tipos e Modalidades Contratuais. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

CAMPOS, Barbara Monteiro Gomes de. ***Relações Sindicais e Negociações Trabalhistas: Do Contrato Individual do Trabalho*** – Obrigações e Negociações Trabalhistas. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

CAMPOS, Barbara Monteiro Gomes de. ***Relações Sindicais e Negociações Trabalhistas: Do Direito Coletivo do Trabalho*** – Relações Sindicais. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

CAMPOS, Barbara Monteiro Gomes de. ***Saúde e Segurança do Trabalho: Segurança e Medicina do Trabalho***. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

CHIAVENATO, I. **Administração de Recursos Humanos**: fundamentos Básicos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DESSLER, G. **Administração de Recursos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2003.

GYSI, Danieli e outros. **Estruturação dos procedimentos de recursos humanos**: caso da Madeireira Bernardon Ltda. Disponível em: . Acessado em: mai. 2017.

MORAIS, Elcio Batista de. **Técnicas de Administração de Pessoal. Contrato de Trabalho**. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

MORAIS, Elcio Batista de. **Técnicas de Administração de Pessoal. Processo de Admissão**. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

MORAIS, Elcio Batista de. **Técnicas de Administração de Pessoal. Salário, Remuneração e Adicionais**. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

17

MORAIS, Elcio Batista de. **Técnicas de Administração de Pessoal. Jornada de Trabalho**. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

PUGLIESE, Rosa Lucia. **Técnicas de Recrutamento e Seleção: Cenários e Desafios na Captação e Seleção**. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

PUGLIESE, Rosa Lucia. **Técnicas de Recrutamento e Seleção: O Papel do Selecionador**. Caderno de Atividades. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2014.

PUGLIESE, Rosa Lucia. **Técnicas de Recrutamento e Seleção: Construção do Perfil Ideal**. Caderno de Atividades. Valinhos: Ananguera Educacional, 2014.

SAGESP. **Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018**. São Paulo, 2017. Disponível em: . Acessado em: mai. 2017.

SALIBA, Tuffi M. **Curso Básico de Segurança e Higiene Ocupacional**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2011. PLT 210. (Livro Principal)

NOTAS:

[1] Texto extraído arquivo Desafio Profissional Tecnólogo – Ananguera Educacional. <http://www.anhagueraeducacional.com.br> Acessado em: 28 mai. 2017

[2] Convenção coletiva 2017/2018 do Sindicato dos armazéns gerais e das empresas de movimentação de mercadorias no Estado de São Paulo.

[3] Convenção coletiva 2017/2018 do Sindicato dos armazéns gerais e das empresas de movimentação de mercadorias no Estado de São Paulo.

[4] Idem 3.

[5] Convenção coletiva 2017/2018 do Sindicato dos armazéns gerais e das empresas de movimentação de mercadorias no Estado de São Paulo.

[6] Convenção coletiva 2017/2018 do Sindicato dos armazéns gerais e das empresas de movimentação de mercadorias no Estado de São Paulo.

SOBRE OS AUTORES:

Adriana Longuini: Graduanda no curso de tecnólogo em gestão de recursos humanos.

Paulo Byron Oliveira Soares Neto: Professor efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática, possuindo habilitação em Física pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito

(UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico – Espanha.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO MITIGAÇÃO DO DIREITO À VIDA: UM ENFOQUE COMPARADO AO ABORTO E AO SUICÍDIO ASSISTIDO

FRANCISCO HENRIQUE DE CARVALHO:

Bacharelando em Direito pela
Universidade Brasil.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(Orientador).

RESUMO: Este artigo tem como objetivo realizar uma análise das questões que envolvem o direito à vida e direito à dignidade humana, sob um enfoque comparado ao aborto e ao suicídio assistido. Foi utilizada como metodologia a revisão bibliográfica sobre o assunto, mediante pesquisa em produção científica, acadêmica, periódicos e sites de pesquisas. De partida será abordada a questão da morte assistida e do aborto na sociedade e o direito positivado sobre o tema. O artigo abordará ainda a oposição existente entre o direito à dignidade humana e o direito à vida, explanando acerca das formas de abreviação da vida existentes no Brasil e no exterior, incluindo as implicações em relação ao testamento. Finalmente, o presente artigo conclui a questão permeando o tema entre o senso comum, o direito e a justiça.

Palavras-chave: Vida; Dignidade; Morte; Direito.

ABSTRACT: This article aims to analyze issues involving the right to life and right to human dignity, in a comparative approach to abortion and assisted suicide. The bibliographical review on the subject was used as methodology, through research in scientific production, academic, periodicals and research sites. The starting point will be the question of assisted death and abortion in society and the positive law on the subject. The article will also address the opposition between the right to human dignity and the right to life, explaining the forms of abbreviation of life existing in Brazil and abroad, including the implications in relation to the testament. Finally, this article concludes the question by permeating the theme between common sense, law and justice.

Keywords: Life; Dignity; Death; Law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A POLÊMICA DA MORTE ASSISTIDA E DO SUICÍDIO. 2.1. DIREITO DE VIVER OU MORRER DIGNAMENTE. 3. DIREITO À DIGNIDADE VERSUS DIREITO À VIDA: A POLÊMICA E AS TÉCNICAS LETAIS EMPREGADAS PARA FINDAR A DOR PROLONGADA PELA VIDA NO BRASIL. 3.1. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE O SUICÍDIO ASSISTIDO E A EUTANÁSIA. 4. TESTAMENTO VITAL. 5. O SUICÍDIO ASSISTIDO NO ESTRANGEIRO. 6. A QUESTÃO DO ABORTO: DIREITO À VIDA VERSUS DIREITO À DIGNIDADE HUMANA. 6.1. O TEMA DO ABORTO NO BRASIL. 6.2. O ABORTO EM OUTROS PAÍSES. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da polêmica que envolve os princípios do direito à vida e o direito à dignidade humana, os quais se contrapõem em situações em que a morte é “programada” para ocorrer pela vontade humana antes do seu evento natural.

Nestes casos, aponta-se a eutanásia ou suicídio assistido e o aborto de mulheres gestantes ante o Princípio da Dignidade Humana e o Princípio do Direito à vida.

Por outro lado, há certas similitudes como há diferenças entre as duas formas de findar a vida humana, as quais geram contraposições àqueles princípios constitucionais que se relativizam de acordo com cada caso: a morte antes da própria morte ou a morte antes da própria vida humana no Brasil e o tratamento dos temas no estrangeiro sob o enfoque do direito comparado.

Neste trabalho empregou-se a metodologia da revisão bibliográfica sobre o assunto.

2. A POLÊMICA DA MORTE ASSISTIDA E DO SUICÍDIO

Este tema é bastante polêmico sob a ótica moral, religiosa, filosófica e ética em todas as sociedades. No entanto, o fenômeno da morte é algo certo a todos os seres vivos e humanos.

Por outro lado, com os avanços tecnológicos, foi possível o prolongamento da vida para uns, enquanto para outros também se

prolongou o sofrimento. Temas como a eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido provocam grande polêmica ante os avanços tecnológicos em prol do bem estar e da vida humana.

O suicídio é um assunto importante sob o ponto de vista jurídico brasileiro, pois a proteção à vida e a dignidade humana se opõe quando a morte significa a abreviação do sofrimento agonizante e irreversível, o qual se eleva gradativamente com a passagem do tempo. Isto ocorre, geralmente, por pessoas acometidas por enfermidades incuráveis e em estados avançados próximos ao estado terminal da doença. A morte é sim inevitável, mas a dor pode ser opcional à espera daquele desfecho.

2.1. DIREITO DE VIVER OU MORRER DIGNAMENTE

Em conformidade com a Constituição Federal, a vida e seu direito são assim abordados

[...] não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. (BITTAR, 2001, p. 454)

Paulo Gustavo Gonet Branco, em seu livro Direito Constitucional, relata que

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada individuo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse

assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, 2010, p. 441)

3. DIREITO À DIGNIDADE *VERSUS* DIREITO À VIDA: A POLÊMICA E AS TÉCNICAS LETAIS EMPREGADAS PARA FINDAR A DOR PROLONGADA PELA VIDA NO BRASIL

Indubitavelmente, a dor, em todas as suas faces, é um abominável martírio ao ser humano, ainda mais se a mesma vem acompanhada da falta de esperança do restabelecimento da saúde pelo próprio paciente, assim como pelos mais queridos familiares e amigos do seu entorno, pois muitos dizem que a morte é um “descanso” para a família e para a pessoa enferma que agoniza em leito hospitalar ou na sua própria casa.

Quanto aos meios artificiais empregados na morte assistida, há métodos como a Distanásia, Ortotanásia e a Eutanásia, a qual é a mais conhecida e praticada, haja vista que consiste geralmente em algum medicamento, substância narcótica ou injeção letal no paciente acometido por algum mal atroz para abreviar a sua vida.

É sabido na doutrina que o direito à vida não é um direito absoluto, mas há polêmica em quanto a renúncia ao mesmo, conforme nos orienta Norberto Bobbio

Se se parte do pressuposto de que o direito à vida não é um direito absoluto (assim como não é absoluto o preceito de não matar), disso resulta que pode ser perdido (outra questão é saber se eu posso renunciar a ele, e se, além do direito de viver, deva admitir-se também o dever de viver) (BOBBIO, 2004, p. 79-80)

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro não considera nenhum direito fundamental como absoluto. Entretanto há “colisão” entre estes direitos como o Direito à vida e o Direito à dignidade humana aqui mencionados, os quais são tratados pela Teoria da Proporção de Robert Alexy. A referida teoria é tratada sob a óptica de três critérios:

- a) Adequação: Será que o meio empregado é adequado para se chegar à finalidade?
- b) Necessidade: Será que não há outros meios menos gravosos que suprem a mesma finalidade?
- c) Proporcionalidade (sentido estrito): O ônus gerado deve ser menor que o bônus.

Por outro lado, o direito à vida quiçá seja o mais sublime dos direitos fundamentais, tanto que Hobbes, em sua obra, chegou a reconhecer o direito à vida como o único natural ao homem. Desde os Dez Mandamentos Bíblicos até a Declaração Universal de 1948, o direito à vida sempre foi reconhecido como a essência dos direitos.

Já na Antiguidade, havia o princípio da qualidade de vida, segundo Sócrates, pois o importante não era apenas viver, mas, sim, viver bem.

Hoje em dia, sob esse contexto, em conformidade com o pensamento daquele ilustre filósofo grego, a Eutanásia é empregada em pessoas em estados terminais, assim como aos recém-nascidos com má formação congênita e pacientes em estado vegetativo.

Atualmente, no Brasil, a Eutanásia não tem referência no Código Penal, a qual é considerada crime, conforme o artigo 121, homicídio. Esta conduta pode se enquadrar ainda como auxílio ao suicídio, ou ainda ser atípica.

3.1. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE O SUICÍDIO ASSISTIDO E A EUTANÁSIA

O suicídio assistido pode ser confundido com a Eutanásia, embora a Eutanásia possa ser realizada pelo próprio indivíduo sem a participação de terceiro. Este pode prestar assistência material ou moral à realização do ato. É conhecido também como suicídio eutanásico.

Já quanto as suas diferenças o suicídio é resultado da ação do próprio indivíduo mesmo que seja orientado ou auxiliado por terceiros. Por outro lado, a Eutanásia, consiste no resultado direto na ação ou omissão de terceiro.

Deste modo, o Código Penal Brasileiro prevê sanção mais severa ao suicídio assistido, o qual se caracterizará como homicídio, de acordo com o artigo 121, caput, do Código Penal.

4. TESTAMENTO VITAL

O testamento Vital consiste num documento, o qual há o seguinte entendimento: “Não se prolongar um sofrimento desnecessário em contrapartida da qualidade de vida do ser humano.” Conforme Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Nesse documento foi definido que a decisão do paciente deve ser feita antes de entrar em estado crítico, de forma consciente e que a sua vontade prevaleça sobre quaisquer outras a respeito da sua própria vida diante de casos de saúde sem solução para a medicina. Prevalece o Direito à Dignidade Humana em detrimento do Direito à Vida nesses casos.

Desta forma, o grande avanço é que todo tratamento a respeito da saúde do paciente em fase considerada terminal é feito e consagrado documentalmente.

Entretanto, a Resolução carece de regulamentação no Código Civil, pois ainda não foi recepcionada. Embora não tenha força de lei, as resoluções são mandatárias no meio médico. A desobediência pode acarretar desde a quebra do Código de Ética Médica como até a cassação para o exercício da medicina.

5. O SUICÍDIO ASSISTIDO NO ESTRANGEIRO

Em alguns países europeus, como a Suíça, o suicídio assistido é aceito, isto é, legalizado em conformidade com as leis locais. Já no continente da Oceania, será legalizado apenas no Estado de Victoria, na Austrália, onde a legislação local entrará em vigor em meados de 2019 e abrangerá apenas pacientes terminais com expectativa de vida de menos de seis meses.

O chamado turismo assistido, ou melhor, dito suicídio assistido, é legal desde 1941, em que algumas pessoas vão à capital suíça para abreviar a vida por motivo, geralmente de seus sofrimentos de saúde precária.

Os suíços mantiveram esta prática legalizada por meio de referendo, embora a população queira uma legislação mais clara para estabelecer os casos em que isso possa ocorrer, ou seja, apenas para doentes terminais ou para aqueles com doenças crônicas ou mentais.

A legislação suíça é liberal a este assunto desde que não haja motivações pessoais entre os envolvidos, tampouco a obtenção de lucro.

Por outro lado, nos países Benelux (Bélgica, Holanda e Luxemburgo) desde o ano de 2000 há legislação que permite a eutanásia.

Há lei sobre a permissão da eutanásia nos Estados norte-americanos de Washington, Oregon e Montana também, porém com a seguinte diferença: o médico pode fornecer os remédios ao paciente que queira findar a própria vida, mas não é permitido que o profissional da saúde aja ativamente para essa finalidade, como, por exemplo, administrar dose elevada de morfina à veia da pessoa em leito domiciliar ou hospitalar. Seria como se, hipoteticamente, no Brasil, o Princípio do Direito à vida impedisse aos médicos agirem com suas próprias mãos para findar a vida de seus pacientes, mas que, em nome do Princípio da Dignidade Humana, houvesse a permissão do fornecimento ao paciente da medicação para que pudesse agir em conformidade com seu livre arbítrio a respeito da sua própria vida.

6. A QUESTÃO DO ABORTO: DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO À DIGNIDADE HUMANA

Indubitavelmente, da vida e do direito a este bem, deriva todos os demais direitos, desde mesmo antes do seu nascimento no ventre materno, é algo inerente ao ser humano, conforme a Constituição Federal Brasileira, a qual faz referência criminosa ao aborto, por exemplo.

Entretanto, como diz o jurista Alexandre de Moraes sobre o direito de viver com dignidade

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania,

dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais. (MORAIS, 2003, p. 87)

Ainda sobre o aborto, nota-se que a vida é protegida legalmente antes mesmo do nascimento, pois é o bem maior do ser humano, conforme Alexandre de Morais

A penalização do aborto (Código Penal, art. 124) corresponde à proteção da vida do nascituro, em momento anterior ao seu nascimento. A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extrauterina, mas também a intrauterina, pois se qualifica com verdadeira expectativa de vida exterior. Sem o resguardado legal do direito à vida intrauterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial. (MORAIS, 2003, p.90)

6.1. O TEMA DO ABORTO NO BRASIL

No país a questão do aborto é permitida nos casos de risco de morte para a gestante, gravidez por motivo de estupro ou quando o feto é anencefálico, pois de acordo com Jesus Lima Torrado

[...] Esses valores – justiça, vida, liberdade, igualdade, segurança, solidariedade, tolerância, pluralismo e esperança – estão indissolivelmente unidos por sua raiz e fundamento: o valor da dignidade da pessoa humana. (TORRADO, 2011, p. 239)

Aqui prevalece o princípio da dignidade da pessoa humana diante do princípio do direito à vida.

Entretanto o tema do aborto é algo polêmico em setores da sociedade de tal forma que houve notícia na mídia, que em

novembro de 2017, havia no congresso a PEC (Proposta de emenda à Constituição) 181, por parte da bancada evangélica e majoritariamente masculina, que veta toda forma de aborto no Brasil, inclusive em caso de estupro ou risco de morte da gestante. Em outras palavras, o direito à vida deveria ser garantido e respeitado incondicionalmente desde a concepção e não somente após o nascimento como prevê a Carta Magna.

6.2. O ABORTO EM OUTROS PAÍSES

Na França, por exemplo, o aborto é permitido até a 14ª semana de gestação e sem necessidade de autorização dos pais para gestantes menores de idade em todos os casos.

Já na Áustria, o aborto é legal há décadas por motivos médicos ou decisão da mulher. O procedimento ocorre até a 16ª semana com aconselhamento médico anterior à intervenção. Há ainda a permissão para o aborto quando houver risco de saúde física ou psicológica para a mulher e se o feto apresentar alguma anomalia grave ou se a gestante for menor de 14 anos.

CONCLUSÃO

Chega-se à conclusão que viver bem é viver com qualidade de vida e não necessariamente viver por longos anos. Não se pode dizer de forma imparcial se a legislação brasileira é melhor ou pior quanto a este assunto da morte assistida, pois disso dependerá de pessoa para pessoa, conforme suas convicções morais, éticas e religiosas.

Entretanto, nota-se que a morte assistida é crime, em consonância com a lei, porém há divulgação na mídia que apontam para o testamento vital que é uma espécie de pacto “fora da lei” entre as pessoas envolvidas neste assunto. Já na Suíça, um dos países mais liberais do mundo ao lado da Holanda, a morte assistida é legalizada na mesma época da origem do nosso velho Código Penal Brasileiro por aqui.

Já quanto ao aborto, nota-se que ainda há divergência sobre a sua aceitação legal na sociedade brasileira, pois há recente proposta de torná-lo

ilícito sob todas as suas condicionantes, com influência religiosa conservadora dentre os representantes do povo no Congresso Nacional. Por outro lado, em alguns países europeus, este tema é pacífico e consolidado em leis francesas ou austríacas, por exemplo.

A proporcionalidade e a ponderação analisam o caso concreto. Não há hierarquia de Princípios como o Direito à vida e o Direito à dignidade humana, pois há uma decisão para cada caso concreto. Sem embargo, há discussão sobre o aborto, como exemplo, sob a óptica moral, filosófica ou religiosa que sempre está em voga no Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Bittar, Eduardo C. B.; Almeida, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

Bobbio, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 871, nov./2005.

Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Cientista australiano de 104 anos viaja à Suíça para recorrer à eutanásia. **Exame**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/ciencia/cientista-australiano-de-104-anos-viaja-a-suica-para-recorrer-a-eutanasia/amp/>>. Acesso em mai. 2018

Diniz, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUSMÃO, Aucélio. Testamento vital. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23585:testa>. Acesso em mai. 2018.

MARTINS, Renata. Como funcionam as leis sobre aborto no Brasil e no mundo. **Portal UOL Notícias**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimasnoticias/deutschewelle/2017/11/18/como-funcionam-as-leis-sobre-aborto-no-brasil-e-no-mundo.html>>. Acesso em: mai. 2018.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13^a Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.63.

NASSIF, Luis. A lei holandesa da eutanásia. **Blog GGN**. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/a-lei-holandesa-da-eutanasia>>. Acesso em mai. 2018.

PATROCINIO, André Herrera. Suicídio assistido no Direito Brasileiro. **Jusbrasil**. Disponível em: . Acesso em: mai. 2018.

RIBEIRO, Paula Gabriella. O direito à vida. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: . Acesso em: mai. 2018.

Torrado, Jesus Lima. **El Fundamento de los Derechos Humanos**. Madrid: Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos Universidad Complutense de Madrid, 2011.

PROBLEMAS RELACIONADOS À PUBLICAÇÃO IRRESTRITA DE INFORMAÇÕES RELACIONADAS A RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS NA INTERNET

EMANUEL HOLANDA ALMEIDA: Graduado em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assistente de Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar os problemas decorrentes da publicação irrestrita de informações oriundas de demandas trabalhistas na internet. O principal enfoque é voltado para as repercussões geradas no acesso ao emprego, bem como o estudo dessa situação à luz do aparente conflito de valores constitucionais como o direito ao trabalho, o direito à privacidade e o direito público à informação.

Palavras-chave: Acesso ao emprego. Direito à privacidade. Direito ao trabalho. Direito à informação.

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito fundamental ao trabalho; 3. Discriminação no acesso ao trabalho: o direito à privacidade do trabalhador ameaçado pela publicação de informações de processos judiciais na *internet*; 4. A possibilidade de harmonização dos direitos fundamentais em aparente conflito; 5. Conclusão; Referências.

1. Introdução

A revolução digital proporcionou inúmeros avanços à humanidade em praticamente todas as áreas do conhecimento, modificando radicalmente o modo de vida ao redor do planeta. Vivemos a chamada “era da informação”, em que a comunicação ocorre de forma remota e instantânea e proporciona infinitas possibilidades a todos aqueles que possuem instrumentos digitais – que são cada vez mais acessíveis.

Essa nova realidade trouxe grandes impactos às relações de emprego, seja através da automação do trabalho e extinção de profissões outrora relevantes à sociedade, seja pelo surgimento de novas profissões ou, ainda, pela verdadeira transformação verificada na forma de execução do trabalho humano.

Sem muitos esforços, percebe-se que essa nova realidade irresistível trouxe aspectos positivos e negativos à seara trabalhista, de forma que o único caminho aos atores das relações laborais é a adaptação. Também o Direito do Trabalho deve se adaptar através da reformulação de antigos institutos e da criação de novas fórmulas necessárias à tutela do empregado hipossuficiente – seu principal escopo.

Diante desse panorama, tem-se percebido que recentemente vêm surgindo sítios eletrônicos que possibilitam pesquisas exaustivas acerca da vida pessoal de qualquer indivíduo. Através de uma simples busca pelo nome, consegue-se consultar endereços, currículo, histórico profissional e até mesmo os processos judiciais vinculados àquela pessoa.

Surge-se, então um problema: através de um clique, é possível ao empregador verificar se determinado candidato a uma vaga de emprego possui reclamações trabalhistas ajuizadas em face de seus antigos patrões.

Em razão disso, buscar-se-á analisar esse patente conflito entre o direito ao trabalho e à privacidade do empregado em conflito com a necessária publicidade do processo judicial e o direito público à informação, para, ao final, propor uma solução razoável, a fim de conciliar esses bens jurídicos e proteger o trabalhador de discriminações pré-contratuais.

2. O direito fundamental ao trabalho

A ideia de direito ao trabalho foi constituída no seio da sociedade liberal, em contraposição à estática fórmula de labor vivenciada nas corporações de ofício durante os regimes absolutistas. Surgiu, portanto, como um direito à abstenção estatal na autodeterminação do indivíduo quanto à utilização de sua força de trabalho. Nesse momento, estava intrinsecamente ligado ao direito de liberdade.

Foi com esse sentido, inclusive, que ele foi garantido pela primeira Constituição brasileira, a imperial, de 1821:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se oponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

No entanto, em razão da grave crise social gerada pela desigualdade decorrente do liberalismo clássico, esse direito ganhou uma nova roupagem no início do século XX e com o advento dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Na busca pela igualdade material, o Estado passou a assumir o papel de provedor de ações afirmativas, como a prestação de serviços de saúde e educação. Foi nesse panorama que o direito ao trabalho passou a ser visto como um direito social, diante da necessidade de intervenção estatal para garantir o acesso dos mais carentes ao labor em condições dignas.

Sob esse viés, debutou no ordenamento jurídico pátrio através da Constituição de 1934, que, em seu art. 113, 34, estabelecia que a todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto, devendo o Poder Público amparar os que estivessem em situação de indigência.

Dentro desse caráter social, o direito ao trabalho é analisado sob o enfoque do direito de acesso a uma relação de emprego ou de trabalho em sentido amplo e o direito à necessária formação profissional.

Portanto, atualmente, entende-se o direito ao trabalho como direito fundamental amplo, compreendendo tanto seu aspecto de liberdade

negativa, como sua natureza de direito social. Ressalte-se que a Constituição da República de 1988 encampou esses dois sentidos, conforme se vislumbra do art. 5º, XIII, e do *caput* do art. 6º.

Além disso, a nova ordem constitucional, que possui o princípio da dignidade humana como seu vetor axiológico, admite o valor social do trabalho como um dos seus fundamentos e como condicionante – sob os ditames da justiça social – do exercício da ordem econômica (art. 170, *caput*).

3. Discriminação no acesso ao trabalho: o direito à privacidade do trabalhador ameaçado pela publicação de informações de processos judiciais na *internet*

O gozo do direito fundamental ao trabalho, em seu aspecto social, deve ser garantido pelo Estado. Para tanto, são necessárias políticas públicas com a finalidade de incentivar a formação profissional e a criação de postos de trabalho, no âmbito do Poder Executivo; ao tempo em que o Legislativo deve editar Leis que as facilitem o exercício desse direito; e, por fim, cabe ao Poder Judiciário coibir eventuais abusos ou ilicitudes que dificultem o acesso ao labor.

Dentre essas dificuldades, o direito ao trabalho é fortemente afetado por um sério problema social: a discriminação. Essa odiosa prática, enraizada na humanidade desde tempos remotos, é um obstáculo ao acesso ao trabalho de grupos sociais e de pessoas em situações específicas. Sobre a discriminação, assim leciona Gustavo Felipe Barbosa Garcia:

A discriminação, ao contrariar o princípio da igualdade, significa o tratamento desigual, sem razoabilidade, nem justificativa lógica, isto é, a diferenciação prejudicial e sem parâmetros legítimos.

Não há, portanto, como se garantir o direito ao trabalho sem proporcionar a isonomia entre os trabalhadores, o que inclui a garantia de vedação a práticas discriminatórias. Diante do potencial lesivo destas, a ordem jurídica atual foi estruturada para combater veementemente esse comportamento.

Note-se que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme se infere do inciso IV do art. 3º da Constituição. Além disso, nossa Lei Maior veda qualquer tipo de preconceito de forma geral (art. 5, XLI) e de forma específica nas relações de emprego (art. 7, XXX, XXXI e XXXII).

Na esfera infraconstitucional, destaca-se a Lei n. 9.029/95, que estabelece ser proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros.

Internacionalmente, a Convenção 111 da OIT, internalizada através do Decreto n. 62.150/68, rechaça qualquer discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Pois bem, para proporcionar essa igualdade e evitar possíveis discriminações, sustenta-se que o trabalhador deve ter outro direito fundamental respeitado, o da privacidade (art. 5º, X, da CRFB/88), a fim de evitar que o empregador tenha acesso a informações relativas à sua vida privada, que geralmente são irrelevantes ao exercício do labor, mas que possam suscitar estigma ou preconceito – preferências políticas e religiosas, opção sexual, histórico criminal etc.

Dentre essas informações, uma, infelizmente, está ligada à cidadania do trabalhador: o exercício do seu direito constitucional de ação. Isso ocorre porque alguns empregadores, ao tomarem ciência de que o trabalhador acionou seu antigo patrão perante a Justiça do Trabalho, tendem a optar pela não contratação.

É por esse motivo que os distribuidores trabalhistas não fornecem certidões com a relação de processos ajuizados por determinado trabalhador, e porque se evita fazer qualquer referência à reclamação trabalhista em anotações de CTPS realizadas pela Secretaria das Varas do Trabalho (art. 39 da CLT).

Esse problema, contudo, tem-se evidenciado por uma situação nova, decorrente do atual estágio de desenvolvimento da tecnologia, especificamente da *internet*. Alguns sites eletrônicos, a exemplo do Escavador (<http://www.escavador.com>) e do Jusbrasil (<http://www.jusbrasil.com.br>). Os avançados sistemas de buscas dessas ferramentas possibilitam consultas amplas em nome de qualquer pessoa, e utilizam como banco de dados os diários eletrônicos do Poder Judiciário.

Por conseguinte, qualquer empregador consegue verificar instantaneamente a existência de demandas trabalhistas ajuizadas pelos pretensos candidatos à vaga oferecida, bastando, para isso, que tenham acesso à rede mundial de computadores. Perceba-se: não é mais necessário possuir o número do processo, tampouco realizar uma consulta geralmente restrita nos sítios dos Tribunais.

Essa situação, evidentemente, prejudica o acesso ao mercado de trabalho daqueles que apenas exerceram um direito constitucionalmente garantido e cria notória discriminação.

Todavia, a rigor, esses sites não estão cometendo qualquer ilicitude, tendo em vista que apenas facilitam o acesso a informações públicas, que o Estado possui o dever de fornecer (a publicidade é um dos princípios que regem as relações processuais, art. 93, IX, da CRFB/88 c/c art. 8 do NCPC) e cujo acesso também é um direito fundamental (art. 5º, XIV, da CRFB/88)

Tem-se, assim, uma delicada situação de aparente conflito entre direitos fundamentais, que necessita de uma solução ponderada.

4. A possibilidade de harmonização dos direitos fundamentais em aparente conflito

Não se pretende aqui analisar medidas que podem ser tomadas em razão de possível constatação de ato discriminatório, mas uma possível solução para o problema.

Um dos cânones da teoria moderna da interpretação constitucional é o princípio da unidade da Constituição, que impõe ao intérprete o afastamento de aparentes contradições entre as normas constitucionais,

tendo em vista que elas devem ser consideradas como partes de um sistema íntegro. A partir desse princípio, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não existe hierarquia entre as normas da Constituição da República.

Ressalta-se, também, no princípio da máxima efetividade da Constituição, que propõe a atribuição da maior eficácia possível às normas constitucionais.

Ainda, merece destaque o princípio da concordância prática, que tem aplicabilidade quando se constata o conflito entre normas constitucionais. Sobre a aplicação desse princípio, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco ensinam o seguinte:

O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário.

Percebe-se, a partir dessas técnicas de interpretação constitucional, que a resposta para o problema constatado deve ser obtida através da harmonização dos direitos fundamentais em conflito, de forma que se

obtenha deles a máxima eficácia possível e não se afete seus núcleos principais.

Logo, considerando-se a impossibilidade de negar publicidade a informações de demandas que não tramitem com a restrição do segredo de justiça, uma solução que parece adequada é a utilização das iniciais para a identificação do trabalhador nas publicações processuais.

Com isso, ao se realizar a pesquisa nos Diários Oficiais, não seria possível, de imediato, localizar determinado trabalhador que for parte em uma reclamação trabalhista, frustrando a utilização das referidas ferramentas digitais com essa finalidade.

Preserva-se, dessa forma, o direito público à informação, a publicidade do processo e, ao mesmo tempo, prestigia-se o direito ao trabalho, à privacidade e à não discriminação, obtendo-se a plena concordância prática desses valores constitucionais. Ressalte-se que o processo continua sendo público, passível de consulta através do sítio do Tribunal por quem possua seu número de identificação.

Essa medida já é utilizada, com sucesso, em outros ramos do Poder Judiciário, como para a identificação de vítimas de crimes, crianças e adolescentes.

A rigor, não se vislumbra qualquer óbice à realização dessa medida administrativamente, pelos próprios Tribunais Regionais do Trabalho ou mesmo em âmbito nacional, através de ato da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho ou do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

5. Conclusão

Conforme se expôs, identifica-se o surgimento de um novo problema que pode obstar o direito fundamental ao trabalho: a facilitação da consulta de publicações processuais trabalhistas através da *internet*. Trata-se de uma consequência da evolução tecnológica, que é possível em razão da utilização sistemas de buscas otimizados e especializados nos Diários Oficiais de Justiça.

Essa situação, apesar de, a rigor, ter se mostrado útil aos profissionais que trabalham no Poder Judiciário, pois proporciona, por exemplo, a rápida localização de entendimentos jurisprudenciais, também tem seu aspecto negativo.

Muitos empregadores têm utilizado a ferramenta para verificar a existência de demandas trabalhistas ajuizadas pelos candidatos a vagas oferecidas, consulta que ocorre de forma instantânea e que tem o potencial de gerar situações de discriminação quanto o acesso ao emprego.

Infelizmente, o exercício do direito constitucional de ação, principalmente perante a Justiça do Trabalho, ainda não é visto por alguns empregadores com a naturalidade que lhe é inerente. Há notório estigma quando o empregado é identificado como reclamante, causando-lhe, muitas vezes, a perda de oportunidades de trabalho.

É por essa razão que a situação deve ser analisada não só a partir do direito fundamental ao trabalho, mas também pelo enfoque do direito à privacidade do trabalhador e à não discriminação – também previstos na Constituição da República.

Ocorre que, por outro lado, que a divulgação dessas informações não é ilícita, pelo contrário, a publicidade é uma regra inerente às relações processuais e a *Lex Mater* também garante o direito público à informação.

Há, pois, um aparente choque de normas constitucionais, que reclama um trabalho interpretativo no sentido de se obter uma solução adequada, considerando-se a unidade da constituição, sua máxima efetividade e a necessidade de concordância prática entre seus princípios e regras.

Ressalta-se que, nessa empreitada, não se pode afastar totalmente de uma das normas, o que requer a busca por uma alternativa ponderada, através da proporcionalidade em sentido estrito.

A fim de se obter esse resultado, propõe-se, então, que sejam utilizadas as iniciais dos nomes dos trabalhadores nas publicações relativas

às reclamações trabalhistas, medida que, ao mesmo tempo em que observa a publicidade processual, preserva a privacidade daqueles e protege o acesso ao trabalho.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. – São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves...[et al.]. *Direito Constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. – São Paulo : LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª Edição. São Paulo: LTr, 2018

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

WANDELI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

REFORMA TRABALHISTA: MUDANÇAS IMPORTANTES DA LEI 13.467/2017

LUCAS PEREIRA IROLDI: Bacharelado em Direito Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA
(Orientadora)

RESUMO: Este artigo discorre sobre a nova reforma trabalhista, estabelecida pela Lei n.º 13.467/2017, e algumas mudanças importantes sobre a mesma, assuntos que já se encontravam na CLT e alguns que foram criados com a reforma. Os temas comentados serão a contribuição sindical, as convenções e acordos coletivos, home office, também conhecido como teletrabalho, transportes dos trabalhadores, homologação e acordos extrajudiciais, uma nova forma de demissão, bancos de horas e ações na justiça. O objetivo do trabalho é analisar os principais pontos da reforma trabalhista. A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica em artigos, sites, doutrinas e a legislação ligada a temática. A reforma é um assunto muito divergente e discussões sobre a temática serão constantes e muita coisa ainda poderá mudar ou voltar a ser como era. São varias as questões acerca da CLT que mudaram, tanto para o bem dos trabalhadores, quanto para o mal, tudo é claro depende do ponto de vista de cada pessoa. Atualmente, as mudanças tendem a aparecer que são mais desfavoráveis aos trabalhadores do que as empresas e os patrões. O tema ainda será amplamente discutido, e pode-se afirmar que muitos debates jurídicos sobre o assunto poderão acontecer

Palavras- chave: Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, Assistência Gratuita.

SUMÁRIO: Resumo. 1. Introdução. 2. Contribuição Sindical. 3. As Convenções e acordos Coletivos. 4. Home Office (TeleTrabalho). 5. Homologação de Acordos Extrajudiciais. 6. Nova forma de Demissão. 7. Banco de Horas. 8. Ações na Justiça. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 13467/2017 promulgada pelo Presidente da República e publicada no DOU de 13.07.2017 constituindo um novo regime jurídico chamado de Reforma Trabalhista.

O objetivo do trabalho é analisar os principais pontos da reforma trabalhista. A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica em artigos, sites, doutrinas e a legislação ligada a temática

A nova lei trabalhista altera diversos pontos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), conjunto de normas que controla a relação de trabalho, empregador e empregado, e vice-versa. As mudanças trazem desvantagens e vantagens para empregado e empregador.

A reforma trabalhista é considerada polêmica, visto que muitos não aprovam sua chegada, já outros aprovam, de acordo com a opinião popular, quem mais reprova é principalmente os trabalhadores, onde alguns afirmam que algumas mudanças afetam os seus direitos, esses trabalhadores divergem de outras pessoas que apoiam a reforma, e afirmam que a reforma irá trazer muitos frutos positivos. Alguns direitos trabalhistas foram modificados para uma situação mais desfavorável para o empregado, e outros podem ser chamados de favoráveis

Pode-se destacar as mudanças: a nova forma de demissão, a instituição de banco de horas por acordo individual entre empregador e empregado; prevalência do negociado sobre o legislado; possibilidade de prevalência sobre a lei, fim da contribuição sindical obrigatória, das convenções e acordos coletivos, da homologação de acordos extrajudiciais, as mudanças nas ações da justiça do trabalho, do novo método de trabalho Home Office ou Tele Trabalho, do quanto previsto no contrato individual de trabalho, para empregados portadores de diploma superior e que tenham remuneração superior ao dobro do teto da previdência; possibilidade de cláusula compromissória de arbitragem para trabalhadores que tenham salário acima do dobro do teto da previdência; instituição de honorários de sucumbência no âmbito da justiça laboral. São várias as

mudanças ocorridas na CLT, pode-se dizer que algumas causam impacto na vida dos trabalhadores, já outras na da empresa ou na dos patrões.

2. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A contribuição sindical passou de obrigatória, e se tornou facultativa, ou seja, os trabalhadores poderão optar por contribuir ou não.

Percebe-se com a evolução da reforma, que a receita dos sindicatos foram diminuídas e sofreram perdas significativas, pois antes todos os trabalhadores contribuíam , gerando grande receitas.

A Constituição Federal prevê a Contribuição Sindical em seu artigo 149.

"Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo."

"Parágrafo único - Os Estados, o Distrito Federal e os municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social."

Discorrem os arts. 578 e 579 da CLT que as contribuições merecidas aos sindicatos, pelos que atuem nas categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais desempenhadas pelas mencionadas entidades, têm o nome de Contribuição Sindical.

"Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas."

“Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.”

A Contribuição Sindical era cabida para todos aqueles que participassem de uma estabelecida categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão (artigo 583 da CLT).

“Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação.”

Na falta dessa categoria, a arrecadação era feita à federação equivalente à mesma categoria econômica ou profissional (art. 591 da CLT).

“Art. 591. Inexistindo sindicato, os percentuais previstos na alínea c do inciso I e na alínea d do inciso II do caput do art. 589 desta Consolidação serão creditados à federação correspondente à mesma categoria econômica ou profissional.”

Entretanto, a Lei 13.467/2017 alterou o art. 582 da CLT, determinando que tal obrigação está condicionada a autorização prévia e expressa por parte do profissional, conforme dispõe o art. 579 da CLT.

“Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.”

Trata-se de sensível mudança transformando a contribuição sindical de valor obrigatório em facultativo, dependente de autorização expressa e prévia do destinatário.(MANUS, 2017)

A autorização de que trata o Art. 579 da CLT deverá ser realizada de maneira individual (de preferência contendo nome, cargo, setor, CPF, CTPS e PIS do trabalhador) e para a empresa.

O pagamento para os sindicatos é realizado uma vez por ano, por meio do desconto referente a um dia de salário do trabalhador, ficando a cargo do trabalhador se vai contribuir ou não.

3. AS CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS

Agora as Convenções e acordos coletivos poderão se sobressair sobre a lei. Assim, os sindicatos e as empresas podem acordar condições de trabalho diversas das previstas na legislação, mas não obrigatoriamente em um nível melhor para os trabalhadores.

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”

Sem dúvida, uma alteração polêmica, visto que dentre os temas autorizados à negociação coletiva com conteúdo diverso do quanto estabelecido pelo texto legal (CLT), estão assuntos que retratam normas de saúde, segurança e medicina do trabalho que poderão por vezes ferir garantias dos trabalhadores, mesmo que por autorização expressa da nova redação legal.”(REIS, 2017)

Em exemplo dessa controvérsia podemos citar o novo inciso III do Artigo 611-A, que passa a permitir a redução do tempo de intervalo interjornada para no mínimo 30 minutos para jornadas superiores a seis horas. É certo, que atualmente, a jurisprudência entende ser vedada a redução do intervalo intrajornada mínimo previsto em lei, consoante texto da Súmula 437, II, TST.

É preciso dissolver o núcleo rígido do Direito do Trabalho e permitir que a negociação coletiva "flexibilize" os direitos assegurados constitucional ou legalmente em benefício, principalmente e com suposição, da manutenção e da ampliação da geração de empregos, à medida que poderão renunciar ou transigir direitos em nome dos empregados.

A mensagem da nova regra consolidada é que se a incoerência não for evidente, entende-se que a Justiça do Trabalho deve aceitar o que restar estipulado coletivamente pela negociação em detrimento do que estiver legislado.

Em negociações sobre diminuição de salários ou de jornada, deverá ter cláusula prevendo a proteção dos trabalhadores contra demissão durante o prazo de vigência do acordo. Estes acordos não precisarão prever contrapartidas para um item acordado.

Acordos individuais de aberta negociação para trabalhadores com instrução de nível superior e salário mensal igual ou acima a duas vezes o teto máximo dos benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo o valor de R\$ 5.531,31(Cinco mil e Quinhentos e Trinta e Um Reais e Trinta Centavos), predominaram sobre o coletivo. (2017)

4. HOME OFFICE (TELETRABALHO)

Não havia previsão legal para este tipo de trabalho até a reforma, que criou um capítulo exclusivo para tratar desta categoria.

Onde traz no Art.75-C o seguinte "A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado."(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1o Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2o Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de

transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

De acordo com a nova norma, considera-se teletrabalho, ou home office, "a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo".

O empregador deverá orientar o empregado quanto os cuidados a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho e o funcionário ainda deverá assinar um termo se comprometendo a seguir todas as instruções recebidas.

Este novo modelo contratual permite maior autonomia entre as partes e até mesmo menor custo para o empregador, podendo, na medida da necessidade alterar entre as formas respeitando alguns requisitos.(STRAZZI, 2018)

O modo de teletrabalho deverá constar expressamente no contrato individual de trabalho com as devidas especificações das atividades a serem desenvolvidas pelo empregado (Art 75-C) e havendo necessidade de alterar entre regime presencial e regime de teletrabalho, será necessário acordo mútuo entre as partes, registrado em aditivo contratual (§ 1º) e caso a determinação seja unilateral por parte do empregador, o mesmo deverá garantir um prazo mínimo de transição de 15 dias, além da execução de aditivo (§ 2º)

5. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS

A reforma trabalhista colocou a possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais pela Justiça do Trabalho.

A nova mudança do artigo 652 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) incluiu dentre as competências da Justiça do Trabalho a decisão sobre "homologação de acordos extrajudiciais em matéria de competência da Justiça do Trabalho", conforme inciso IV, alínea 'f'.

“Art. 652. Compete às Varas do Trabalho:

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.”

Desde o Código de Processo Civil (CPC) de 1973, a justiça comum admitia a homologação judicial de acordos extrajudiciais, por força do exercício da jurisdição voluntária. O novo CPC deu ainda mais destaque à matéria, dedicando-lhe capítulo próprio (Capítulo XV, artigos 719 a 770).

Antes da alteração legislativa, a Justiça do Trabalho não admitia o exercício da jurisdição voluntária, baseada na premissa absoluta de hipossuficiência do trabalhador em relação ao empregado, que implicava na regra de irrenunciabilidade dos créditos trabalhistas e consequente nulidade dos acordos extrajudiciais por vício de consentimento.

O raciocínio paternalista, além de nem sempre refletir o desejo do empregado, deu causa à judicialização das relações trabalhistas.

Com efeito, tornou-se uma prática habitual o ajuizamento de ações previamente combinadas entre patrão e empregado, como forma de assegurar que o término do contrato de trabalho tivesse solução definitiva e de prevenir futuras surpresas.

A prática era vista como fraudulenta pela Justiça do Trabalho, com a aplicação das penalidades dela decorrentes.

Os recém-criados artigos 855-B a 855-E da CLT estabelecem as regras do processo de jurisdição voluntária trabalhista para a homologação de acordo extrajudicial.

“Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2o Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria. "

"Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6o do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8o art. 477 desta Consolidação."

"Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)"

"Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo."

Os dispositivos preveem que o pedido deverá ser apresentado em petição conjunta, mas cada parte deverá estar representada por advogados distintos. No prazo de 15 dias, o juiz analisará os termos do acordo, designando audiência se entender necessário, e proferirá a sentença homologatória. Também há previsão de suspensão do prazo prescricional dos direitos especificados no acordo.

O assunto motivou a realização da primeira audiência pública do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, com o objetivo de regulamentar de forma mais específica o novo procedimento.

O encontro, que reuniu magistrados, advogados, procuradores e a sociedade civil, contou com a presença do ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins, que pontuou que a nova regra "Traz algumas incógnitas, como se haverá ou não demanda de trabalho distinto para os juízes do trabalho ou se importará em aumento ou diminuição na quantidade de processos."(MARTINS, 2017)

A Justiça do Trabalho de São Paulo (TRT da 2ª Região) se antecipou e já estabeleceu diretrizes gerais para o processo de jurisdição voluntária, como os requisitos do pedido, a discriminação das verbas, a designação de audiência como regra, o trâmite via CEJUSC, além de indicar que não haverá expedição de alvarás para liberação de FGTS e seguro desemprego, que deverão ser garantidos pelo empregador.

Assegurado o seu funcionamento adequado, a alteração legislativa promete se tornar um importante passo para a prevenção de litígios, desafoamento do judiciário e pacificação social.”(GIMENES, 2018)

Resta esperar para ver se as mudanças surtiram efeitos.

6. NOVA FORMA DE DEMISSÃO

A nova lei trabalhista criou a demissão em comum acordo. Nesta nova categoria de extinção consensual, a previsão legal determina que a multa do FGTS será de 20%, o aviso prévio será reduzido à metade e o trabalhador poderá levantar o equivalente a 80% do saldo depositado em sua conta vinculada ao FGTS. Para a demissão acordada, o empregado não terá direito ao recebimento do Seguro-Desemprego.

Na passada CLT, a legislação estabelecia que se o trabalhador se demite ele não tem direito ao recebimento dos seus recursos do FGTS, apenas se for dispensado sem justa causa pode levantar os respectivos valores, o empregador tem a faculdade de avisar ao trabalhador sobre a dispensa com 30 dias de antecedência ou arcar com o pagamento do salário referente ao mês da rescisão sem que o funcionário precise trabalhar.

O que vem por ai na norma substitutiva é a possibilidade da extinção contratual em comum acordo. Por esse mecanismo, a multa de 40% do FGTS será reduzida a 20%, e o aviso prévio ficará restrito a 15 dias (quando indenizado). Além disso, o trabalhador poderia sacar 80% do Fundo, mas perderá o direito a receber o seguro-desemprego, consoante a redação do novo Artigo 484-A, da CLT.

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no

§ 1º do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990;

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

Legalizar uma prática existente entre empresas e empregados de forma ilegal. É a famosa dispensa sem justa causa para mascarar um pedido de demissão do empregado em que as partes repartem determinados valores decorrentes da extinção do contrato de trabalho. (REIS, 2018)

7. BANCO DE HORAS

O banco de horas foi instituído por meio da lei 9.601/98, que mudou o artigo 59 da CLT, com a edição dessa lei o Governo buscou a flexibilização das leis trabalhistas em um momento que o país enfrentava uma crise econômica.

O princípio do banco de horas é que as horas extras realizadas sejam compensadas por meio de folga, conforme a lei sua legitimidade estava condicionada a dois requisitos o primeiro se a prática for acordada por

meio Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho com a participação do Sindicato da categoria.

A aplicação do banco de horas somente poderia ser realizada com o cumprimento de algumas regras que caso descumpridas invalidavam todo o acordo obrigando o empregador a efetuar o pagamento do saldo apurado no banco de horas como horas extras com os respectivos adicionais.

Com Reforma Trabalhista o governo buscou flexibilizar ainda mais as relações do trabalho com a Lei nº 13.647/2017, artigo 59, houve a permissão que o banco de horas seja instituído por meio de acordo individual escrito desde que a compensação ocorra no período de 6 meses.

“Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.”

“§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

“§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.”

De forma que o acordo para instituição de Banco de Horas pode ser definido somente com a participação entre empregado e empregador, apesar de tentador a possibilidade de negociar por conta própria sua situação de trabalho, é fato que o empregado jamais terá igualdade ao negociar com seu empregador, o que em muitos casos nem deve ser chamado de negociação mas somente um comunicado verbal de como será a relação de trabalho.

É fato que a Reforma Trabalhista teve como objetivo modernizar as relações de trabalho, buscando igualar o poder de empregados e empregadores para que possam por meio de sua relação definir as regras para o Contrato de Trabalho. Porém infelizmente ao permitir que as relações sejam negociadas individualmente sem respaldo de uma organização que possa proteger a categoria, os empregados foram lançados a critérios injustos e conseqüentemente a obrigatoriedade de aceitar qualquer colocação do empregador, porque qual empregado se oporia a qualquer proposta sob pena de demissão.

Já para os empregadores que buscam manter honestidade com seus colaboradores recomenda-se que antes de adotar qualquer medida “Verifique se a mesma é justa e não fere nenhum princípio do direito de forma a evitar futuros passivos trabalhistas.”

8. AÇÕES NA JUSTIÇA

O número de ações trabalhistas na Justiça caiu pela metade após a entrada em vigor da reforma trabalhista. A média de novos casos em primeira instância, que costumava passar de 200 mil por mês, caiu para 84,2 mil em dezembro de 2017, primeiro mês completo da nova legislação, conforme reportagem publicada neste domingo (4/2) pelo jornal O Estado de S. Paulo, citando dados do Tribunal Superior do Trabalho. (2018)

Com o advento da nova lei, o trabalhador é obrigado a comparecer a todas as audiências na Justiça do Trabalho e, por ocasião não ganhe a ação, deverá arcar com as custas processuais. Os honorários de sucumbência, que são para os advogados da parte ganhadora, quem não ganhar a ação terá de pagar entre 5% e 15% do valor da sentença.

O trabalhador que obter à Justiça gratuita também estará subordinado ao pagamento de honorários de perícias se tiver ganho créditos em outras ações capazes de sustentar a despesa. Caso não aconteça, a União arcará com as despesas. Da mesma maneira, terá de pagar os honorários da parte vencedora caso não ganhe a ação.

O advogado terá que definir detalhadamente o que ele está pleiteando, ou seja, o valor da causa no processo.

Poderá ocorrer punições para quem agir com má-fé, com multa de 1% a 10% do valor causa, mais indenização para a outra parte. A má-fé é considerada quando a pessoa alterar a verdade dos fatos, usar a ação para objetivo ilegal, gerar resistência injustificada ao andamento da ação, entre outras praticas.

Se o empregado assinar a rescisão contratual, ele fica impedido de questioná-la depois na Justiça trabalhista. Além disso, fica limitado a 8 anos o prazo para andamento dos processos. Se até lá o processo não tiver sido julgado ou concluído, a ação será extinto.

Antes da reforma o trabalhador podia faltar até 3 audiências judiciais. Os honorários relativos a perícias eram pagas pelo Estado, e quem entrasse com a ação não tinha nenhum custo judicial.

CONCLUSÃO

A nova lei 13.467/2017, publicada no DOU(Diário Oficial da União) de 13.07.2017 decretou um novo regime jurídico chamado de reforma trabalhista, a lei é bastante polemica, e será um tema muito discutido ainda, visto que existem pessoas favoráveis a sua chegada e outros que não simpatizam com a lei.

Além de mudar alguns pontos que já faziam parte da CLT, como Banco de Horas, Contribuição Sindical, Ações na Justiça, entre outros, a reforma trouxe coisas novas também, ou as regularizou, como a nova forma de demissão que estabeleceu uma nova categoria de extinção consensual, e o Home Office ou Teletrabalho onde não havia previsão legal para este tipo de trabalho até a reforma, que criou um capítulo exclusivo para tratar desta categoria.

Com a chegada da nova reforma trabalhista, ocorreram muitas mudanças na vida dos trabalhadores, seja empregado ou empregador. Para algumas pessoas a nova lei irá afetar benefícios dos trabalhadores, e proporcionar alguns benefícios para os empregadores. Mas também, tem quem entenda o contrário, e não ache que os trabalhadores serão afetados por ela, e sim vão receber benefícios, entre eles nosso atual Governo brasileiro, que sancionou a lei. Certo é, que muitos temas serão debatidos,

pois para alguns direitos constitucionais podem estar sendo feridos, esses debates sem sombra de dúvidas vão se estender para o poder judiciário. E resta a pergunta, a nova

Lei 13.467/2017 poderá ser chamada de Reforma trabalhista, ou Deforma trabalhista, só o tempo para responder.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. – CLT 1943

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. Lei nº 13.467/2017. Reforma Trabalhista. Brasília, DF, Novembro 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Novas ações trabalhistas caem pela metade depois de reforma na CLT**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/acoes-trabalhistas-caem-metade-depois-reforma-clt>> Acesso em 15/05/2018

GIMENES, Amanda. **Reforma trabalhista e a homologação de acordos extrajudiciais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64332/reforma-trabalhista-e-a-homologacao-de-acordos-extrajudiciais>> Acesso em: 15/05/2018

MANUS, Pedro. **A contribuição sindical segundo a nova reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/reflexoes-trabalhistas-contribuicao-sindical-segundo-reforma-trabalhista>> Acesso em : 15/05/2018

REIS, Juliana. **A reforma trabalhista: algumas impressões sobre as futuras regras da CLT**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-reforma-trabalhista-algumas-impressoes-sobre-as-futuras-regras-da-clt,589687.html>> Acesso em: 15/05/2018

STRAZZI, Alessandra. **5 Mudanças que você precisa saber sobre a Reforma Trabalhista.** Disponível em: <https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/571274379/5-mudancas-que-voce-precisa-saber-sobre-a-reforma-trabalhista?ref=topic_feed> Acesso em: 15/05/2018

A ENUNCIÇÃO LEGAL DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO É TAXATIVA?

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 capítulo IV do título I do livro III do Código Civil pátrio de 2002 regulamenta os defeitos do negócio jurídico. De acordo com as hipóteses previstas em tal capítulo do diploma civilista, os defeitos do negócio jurídico seriam o erro ou ignorância, dolo, coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores. O questionamento que se pretende responder neste artigo é se este rol dos defeitos do negócios é taxativo.

PALAVRAS-CHAVE: Defeitos. Negócio jurídico. Direito Civil. Tutela de evidência. FGTS.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Negócio Jurídico. 3- Dos Defeitos do Negócio Jurídico. 4. Das outras hipóteses de invalidade do negócio jurídico. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Os defeitos do negócio jurídico são tratados no capítulo IV do título I do livro III do Código Civil pátrio de 2002 que explicitam as seguintes hipóteses: o erro ou ignorância, dolo, coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores.

No presente artigo, busca-se aferir se este rol dos defeitos do negócios é taxativo.

A linha de pesquisa passa pela conceituação e caracterização do negócio jurídico, bem como sua caracterização, seguida da análise das hipóteses elencadas acima para, por fim, responder à questão proposta, no sentido de verificar a existência de outros vícios invalidantes do negócio

jurídico que não aquele previsto no capítulo do título I do livro III do Código Civil de 2002.

O artigo segue a linha jurídico-dogmática, utilizando-se dos dispositivos legais, da doutrina civilista e da jurisprudência dominante em território nacional como norte de pesquisa.

2. Do Negócio Jurídico

O negócio jurídico é o fato jurídico no qual há uma composição de interesses, em regra, constituinte de uma estipulação bilateral de condutas, decorrente da manifestação de vontade dos contratantes, fruto do exercício da autonomia privada.

Segundo doutrina de Caio Mario da Silva Pereira, ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico se distinguem na medida em que este é a declaração de vontade, em que se busca o efeito jurídico, ao passo que naquele a produção dos efeitos jurídicos decorrentes da manifestação de vontade são gerados independentemente de serem perseguidos. (PEREIRA; 2011)

Elemento essencial da configuração do negócio jurídico, portanto, é a presença de vontade qualificada, ou seja intuito de criação de vínculo obrigacional, sendo pressuposto da válida constituição do negócio jurídico.

Segundo Caio Mario, "o fundamento e os efeitos do negócio jurídico assentam então na vontade, não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal". (PEREIRA; p.398; 2011).

Os conceitos expostos,decorrem da adoção das teorias voluntaristas amplamente disseminadas no ordenamento jurídico pátrio, contudo deve-se destacar, conforme expões Stolze e Pamplona que tais teorias são objeto de críticas contundentes, as quais dão origem às teorias subjetivistas, segundo as quais:

o negócio jurídico seria anes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos

jurídicos, que propriamente um ato de vontade. (Stolze, Pamplona; p. 352; 2011) .

Ademais, é possível que se adote o critério estrutural para conceituação do negócio jurídico, segundo o qual este é o fato jurídico que consiste em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos pretendidos, observados os pressupostos de existência validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Cumpre, ainda, salientar que a compreensão do negócio jurídico perpassa pela sua análise sob três planos, quais sejam o da existência, da validade e da eficácia, nos seguintes termos, conforme lição de Stolze e Pamplona:

Existência – um negócio jurídico ao surge do nada, exigindo-se, para que seja considerado como tal, o atendimento a certos requisitos mínimos;

Validade – o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos;

Eficácia – ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, ou seja, perfeito para o sistema que o concebeu isto ao importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por elementos acidentais da declaração. (STOLZE; PAMPLONA; p. 354-355; 2011)

No que tange ao plano da existência, trata-se dos elementos constitutivos do negócio jurídico, ou seja, aqueles sem os quais ele não pode existir, sendo eles: a manifestação de vontade; agente emissor da vontade; objeto e forma.

Quanto ao plano da validade, nele se encontram: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Em outros termos, sustentam Stolze e Pamplona que os pressupostos de validade do negócio jurídico são a manifestação de vontade livre e de boa-fé; o agente emissor da vontade capaz e legitimado para o negócio; objeto lícito, possível e determinado (ou determinável) e a forma adequada. (STOLZE, PAMPLONA; 2011).

Destaque-se, quanto ao primeiro ponto elencado no parágrafo anterior, que no desenvolvimento do tema os referidos autores entendem que dois são os princípios que devem convergir para que se possa reconhecer como válida a manifestação de vontade, quais sejam o da autonomia privada, no sentido de traduzir a liberdade de atuação do indivíduo no comércio jurídico, e o da boa-fé.

Nesta linha, prescreve o artigo 104 do Código Civil de 2002:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Merece destaque, nesse ponto, o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível [1.0105.07.236281-4/002](#), de relatoria do Desembargador Sebastião Pereira de Souza:

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE LIMITADA VIA INSTRUMENTO PARTICULAR. NEGÓCIO JURÍDICO. VALIDADE. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL FORMALIZADA. TRANSAÇÃO HAVIDA ENTRE OS PRÓPRIOS PARTICIPANTES DA EMPRESA. VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. AUSÊNCIA. PROBATÓRIA. NEGÓCIO JURÍDICO VÁLIDO.

1. Não há falar em inépcia da inicial, se inócuentes quaisquer das causas determinantes previstas no

parágrafo único do artigo 295 do CPC. E sendo suficiente a exposição dos fatos e claro o objetivo da parte autora, evidenciado que a ré, bem compreendendo a demanda, sem prejuízo e com amplitude, exercitou a defesa, estabelecendo-se o contraditório, a petição inicial não deve ser reputada inepta.

2. A impossibilidade jurídica do pedido, assim definida no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, refere-se a uma análise abstrata do pedido, e não à possibilidade material do caso concreto, que é questão do mérito.

3. O negócio jurídico, baseado na autonomia privada, traduz uma declaração de vontade limitada pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, pela qual o agente pretende livremente alcançar determinados efeitos juridicamente possíveis.

4. Para que o negócio jurídico seja considerado válido e possua aptidão para gerar efeitos, é necessário que: a) a vontade seja livre e de boa-fé; b) o agente seja capaz e legitimado; c) o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável; e d) forma seja aquela prescrita ou não defesa em lei.

5. A pretendida invalidação do ato jurídico praticado somente alcançaria êxito, mediante a inequívoca demonstração de vícios de consentimento a macular a vontade e autonomia da apelante, o que definitivamente não ocorreu nos autos, cujas alegações não foram comprovadas.

6. A negociação de cotas sociais operara-se entre as próprias sócias, sendo apta a produzir efeitos imediatos. A teor do disposto no parágrafo único do referido dispositivo legal, somente em face de terceiros é que a eficácia da transferência das cotas

depende da averbação do respectivo documento, o que, todavia, não é o caso. 7. Na medida em que inexistente previsão específica, possui o contrato referido forma livre, em homenagem ao princípio da liberdade de formas - artigo 1.057 do CC/2002.

Desta forma, tem-se, conforme Stolze e Pamplona, que negócio jurídico é a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, como propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente.

3- Dos Defeitos do Negócio Jurídico

Conforme visto, a existência do negócio jurídico perpassa, entre outros, pela emissão de vontade. Contudo, a mera emissão de vontade não é suficiente para a produção dos efeitos pretendidos.

Com efeito, além da emissão da vontade, esta deve estar depurada de defeitos, sob pena de questionamento quanto a validade do negócio jurídico.

Conforme Caio Mario, "desde que tenha feito uma emissão de vontade, o agente desfechou com ela a criação de um negócio jurídico, mas o resultado, ou seja, a produção de seus efeitos jurídicos, ainda se acha na dependência da verificação das circunstâncias que a envolveram." (PEREIRA; p.429; 2011).

Nesta esteira, cita-se a ementa da apelação cível 1.0024.09.658464-4/001 de relatoria do Des.(a) Marcos Lincoln:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE VICIADA. FRAUDE COMPROVADA. NEGÓCIO JURÍDICO INEXISTENTE. **O consentimento dos contratantes é um dos elementos essenciais à existência e validade do ato negocial, pois formam sua substância, devendo as partes anuírem expressamente para a formação de**

uma relação jurídica, sem a ocorrência de qualquer vício de consentimento. (grifo nosso).

Os defeitos do negócio jurídico são de duas categorias, sendo que uns atingem a manifestação de vontade – vícios de consentimento- e outros afetam o ato negocial, em que se verifica a vontade real do agente, que, contudo, se contrapõe ao ordenamento jurídico – vícios sociais.

Neste sentido, excerto da apelação cível 0031129-82.2009.8.19.0202 de relatoria do Des. Rogerio de Oliveira Souza do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Para obter a anulação do negócio jurídico, mister a comprovação de que o negócio está inquinado de algum vício, ou seja, de algum defeito que pode ser quanto ao consentimento ou vícios sociais.

Independentemente da categoria do vício, o resultado prático em ambos os casos é o do questionamento da invalidade do negócio jurídico, não se questionando da sua existência.

Para Stolze e Pamplona, os defeitos do negócio jurídico são os vícios que impedem seja a vontade declarada livre e de boa-fé, o que prejudica, consequentemente a validade do negócio jurídico. (STOLZE, PAMPLONA;2011).

Retomando raciocínio anterior, são vícios de consentimento o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo, sendo vícios sociais a simulação e a fraude contra credores.

O artigo 171, II, do Código Civil de 2002, dispõe:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

(...)

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Humberto Theodoro Junior, expõe:

O erro para afetar a validade do negócio jurídico há de ser substancial e, além disso, deve assumir feições tais que permitam ao outro contratante percebê-lo, agindo como pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio (art.138).

O dolo, como vício de consentimento, é o erro provocado astuciosamente para induzir alguém à prática de um negócio jurídico prejudicial à vítima e benéfico para o autor do dolo ou para outrem. Para viciar o contrato, o dolo tem de ser causa determinante de sua realização e tem de ser conhecido do outro contratante (art. 145 a150).

A coação de que se cogita no plano dos vícios de consentimento é a coação moral (vis compulsiva), que se traduz na ameaça de um mal injusto para extorquir de alguém a prática de um negócio jurídico (art. 151 a 155). O coato declara a vontade negocial, mas o faz sem liberdade, porque dominado pelo medo que lhe incutiu a ameaça. Por isso, o negócio é anulável. Também a coação, quando praticada por terceiro, tem de ser conhecida da parte que dela se beneficia, para invalidar o negócio.

O estado de perigo afeta a validade do negócio porque a obrigação assumida é excessivamente onerosa e só foi contraída porque o agente estava permitido pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido da outra parte. (art.156). Aqui, também, o contratante emite declaração de vontade, mas não o faz livremente, em face da pressão psicológica que o perigo lhe faz.

A lesão é o contrato comutativo pactuado com o conteúdo de usura real, ou seja, com intenso desequilíbrio entre prestações e contraprestações. O negócio se vicia ao pela quebra da comutatividade, mas porque esta decorreu do estado de premente necessidade em que se achava a parte e que lhe

comprometeu a livre formação da vontade negocial (art.157).

A fraude contra credores ocorre quando o negócio contém um ato de disposição patrimonial praticado por devedor insolvente, ou por ele reduzido à insolvência, em prejuízo da garantia genérica dos credores quirografários (arts.158 a 165). Esse defeito, CLÓVIS apelidou de vício social do negócio jurídico, já que não é na formação que ele se situa, mas na função social. Na verdade, há um grave erro de técnica na classificação da fraude entre os defeitos do negócio jurídico causadores da anulabilidade. O que a lei realmente institui PE uma causa de ineficácia relativa apenas. O contrato vale entre as partes, mas seus efeitos não podem prejudicar os credores do alienante. Acolhida a ação pauliana e reconhecida a fraude por sentença, as partes contratantes não são repostas no estado anterior. Apenas os credores interessados poderão incluir o bem alienado no acervo sobre o qual a execução deverá incidir (art.165). (THEODORO JUNIOR; p.571-572 2008)

Desta forma os defeitos do negócio jurídicos são as hipóteses em que a vontade se manifesta com algum vício que torne o negócio anulável, conforme a inteligência do artigo 171,II do CC/02, salvo, na visão, de Humberto Theodoro Júnior, da fraude contra credores, que se trata de hipótese de ineficácia parcial do negócio jurídico.

Em breve síntese, trata-se a seguir dos defeitos do negócio jurídico em espécie a fim de compreender a dimensão da realidade abrangida por cada um deles.

Quanto ao erro, regulado nos artigos 138 a 144 do CC/02, trata-se de defeito presente quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial (quando interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a

declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico) que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Trata-se portanto, de percepção equivocada da realidade em que o próprio o agente comete o equívoco.

Cumpre, por último, quanto a este aspecto diferenciar erro de ignorância, a despeito da equiparação atribuída pelo Código Civil aos institutos, uma vez que a ignorância caracteriza-se pelo completo desconhecimento da realidade.

Quanto ao dolo, este regulado nos artigos 145 a 150 do CC/02, este é a indução maliciosa, proposital, de um indivíduo ao cometimento de um ato que lhe é prejudicial, mas proveitoso a outrem, seja este um terceiro, seja este o próprio agente.

No que tange à coação, prevista nos artigos 151 a 155 do Código civil, esta se caracteriza pelo emprego de violência psicológica que vicie a vontade. Trata-se, portanto, de ameaça ou pressão acometida a dado indivíduo para que este, contrariamente à sua real vontade, realize um negócio.

O estado de perigo, previsto no artigo 156 do CC/02, configura-se quando alguém premido da necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

A lesão, presente no artigo 157 do Código Civil de 2002, se faz presente quando alguém obtém lucro exagerado, aproveitando-se da inexperiência ou da situação de necessidade do outro contratante.

A fraude contra credores, prevista nos artigos 158 a 165 do CC/02, é da seguinte forma regulada: "os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos".

Stolze e Pamplona expõem que a fraude contra credores consiste no “ato de alienação ou oneração de bens, assim como de remissão de dívida, praticado pelo devedor insolvente, ou à beira da insolvência, como propósito de prejudicar credor preexistente, em virtude da diminuição experimentada pelo seu patrimônio.” (STOLZE, PAMPLONA; 2011).

Destaque-se, por fim, a figura da simulação, a qual era tratada como defeito do negócio jurídico no Código Civil de 1916 e passou a ser causa de nulidade no Código Civil de 2002, embora, segundo Caio Mario da Silva Pereira, incida em “deformação conceitual ao admitir a subsistência daquilo que foi dissimulado”. (PEREIRA; p.430; 2011)

Nesse mesmo sentido se manifestou o Tribunal de Justiça:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. PRELIMINAR DE DECISÃO ULTRA PETITA REJEITADA. MÚTUO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, LOCAÇÃO, CESSÃO DE DIREITOS. SIMULAÇÃO CARACTERIZADA. NULIDADE DAS ESCRITURAS DECRETADAS. SENTENÇA MANTIDA. 1- São desfeitos os julgamentos extra petita (matéria estranha à litis contestatio), ultra petita (mais do que pedido) e citra petita (julgamento sem apreciar todo o pedido). 2- Não é considerada ultra petita a sentença que decidiu em conformidade com os pedidos exordiaes, pelo que refutada fica a preliminar. **3- Como todo negócio jurídico reside na vontade, a ausência de harmonia entre o elemento volitivo e a declaração, de maneira que esta não traduza o que de fato se almejava obter, por ter ocorrido simulação de uma parte, faz com que os negócios jurídicos se tornem defeituosos, devendo ser declarada sua nulidade. (Grifo nosso)**Apelação Cível 1.0024.01.114370-8/001 Relator: Des.(a) Francisco Kupidlowski

4- Das diversas hipóteses de invalidade do negócio jurídico

Feitas as análises suprainformadas e considerando-se o levantamento das informações até então realizado, passa-se a perquirir se as hipóteses elencadas legalmente como defeitos do negócio jurídico trata-se de um rol taxativo.

Conforme visto, os defeitos do negócio jurídico situam-se no campo da validade deste e configura-se, em grosso modo, pela deturpação da vontade emanada.

A partir desta linha de raciocínio, reconhecer a existência de outras hipóteses que não as elencadas como defeitos do negócio jurídico, perpassa pela avaliação de outros cenários em que a vontade emanada não seria suficientemente depurada.

Com efeito, o artigo 171 do CC/02 prevê:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

No mesmo sentido, expõe Humberto Theodoro Júnior:

Para o Código, há defeito no negócio jurídico quando este padece de deficiência nos elementos constitutivos capaz de permitir sua anulação, seja por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Da mesma deficiência ressentem-se o negócio praticado por agente relativamente incapaz, embora a hipótese não venha elencada no capítulo em que o Código reúne e descreve os "defeitos do negócio jurídico". (Theodoro Junior; p.5; 2008).

Conforme exposto, além das hipóteses de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, também há vício passível anulação no negócio realizado por menor incapaz.

Desta forma, o rol elencado dos defeitos do negócio jurídico não se esgotam nos supramencionados.

Além disso, questiona-se quanto a hipóteses que nem mesmo previstas em dispositivos legais esparsos estejam.

A realidade dinâmica nem sempre possui um retrato imediato no plano do dever-ser. Em cenários como estes, sobretudo quando se considera no âmbito do direito privado a autonomia privada e a autonomia da vontade, algumas hipóteses parecem dar margem a dúvidas.

Como visto, o defeito do negócio jurídico reside no vício quanto a emanção da vontade. Sendo ela feita, tal negócio já existe, devendo-se perquirir apenas quanto ao aspecto de sua validade.

Situação curiosa seria a do negócio jurídico celebrado com pessoa em estado de sonambulismo, sem que este se pudesse evidenciar.

Não raro há relatos de indivíduos que andam, falam, praticam atividades aparentemente conscientes, que porém não passam de mero estado de sonambulismo.

Nessa linha de raciocínio, propõe-se se uma vez emitida a vontade, ou seja, existente o negócio jurídico, tal situação passaria a ser discutida sob a ótica da validade e, nesse sentido, em qual hipótese dos defeitos do negócio jurídico poderia tal cenário se enquadrar.

Não nos parece possível que o estado de sonambulismo caracterize erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, muito menos fraude contra credores.

Por outro lado, não parece adequado que se permita que em tal cenário o negócio jurídico não esteja eivado de vício.

Com efeito, existe uma manifestação de vontade, a qual, devido ao estado semi-inconsciente do declarante pode não condizer com a sua vontade real.

Conforme visto, é pressuposto de existência do negócio jurídico a emissão de vontade, sendo pressuposto de validade a vontade livre e de boa-fé do agente.

A despeito da inexistência de jurisprudência e doutrina quanto ao questionamento, parece-nos que em tal cenário configurar-se-ia igualmente defeito do negócio jurídico.

Situação também ainda sem regulamentação seria a das mensagens subliminares.

A figura, em termos de defeitos do negócio jurídico, que mais se aproximaria da hipótese seria a do dolo, contudo não é o adequado.

Isso porque, no dolo, há um induzimento a alguém a praticar um ato que lhe é desfavorável, mas que favorece o agente ou terceiro. Por outro lado, nas mensagens subliminares, o que há é a inserção de uma ideia em outrem.

Aparentemente, na última hipótese, o agente age por vontade própria, podendo haver ou não prejuízo, contudo esta não estaria presente se não fosse a veiculação da mensagem indevidamente perpetrada.

5. Conclusão

A despeito do que dispõe o Código Civil, a pesquisa promovida no artigo revela que há hipóteses que ainda que não previstas legalmente, deveriam ser tratadas como defeitos do negócio jurídico.

Ressalte-se que além do elenco tratado no capítulo IV do título I do livro III do Código Civil pátrio de 2002, a análise da doutrina e jurisprudência quanto aos defeitos do negócio jurídico, bem como do artigo 171 do CC/02, revelam que também constituiria defeituoso o negócio jurídico celebrado por incapaz. Além disso, se propõe, a título de reflexão, as hipóteses do sonambulismo e das mensagens subliminares como defeitos do negócio jurídico.

6- Referências Bibliográficas.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil, volume I: Parte Geral- 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Siva. Instituições de direito civil. Volume I - 24ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil, volume 3, T .1 dos fatos jurídicos Rio de Janeiro: Forense, 2008.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS ÀS PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS

NAYNE RODRIGUES CALGARO:
Graduanda do curso de Direito -
Universidade Brasil.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(Orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a possível inconstitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas maiores de setenta anos que contraem matrimônio, abordando a ofensa a princípios constitucionais inerentes à pessoa, como a dignidade, liberdade e igualdade. Via de regra, o Código Civil brasileiro prevê a livre escolha do regime de bens, salvo nos casos em que o próprio diploma impõe o da separação obrigatória, visando uma proteção meramente patrimonial, hipótese que se enquadra o idoso com mais de setenta anos e, também, apenas fundamentada na idade dos contraentes. Ainda se discute a capacidade e a restrição à autonomia da pessoa maior de setenta anos por meio de estudos doutrinários e jurisprudenciais, bem como a obrigatoriedade do regime da separação de bens vista como uma tutela desnecessária ao idoso, a qual cerceia a sua liberdade e autodeterminação, além de violar o princípio da afetividade que norteia o casamento nos dias atuais.

Palavras-chave: Separação Obrigatória de Bens; Dignidade da Pessoa Humana; Liberdade; Idoso; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the possible unconstitutionality of the imposition of the regime of the separation of goods to people over seventy years who contract marriage, addressing the offense to constitutional principles inherent to the person, such as dignity, freedom and equality. As a general rule, the Brazilian Civil Code provides for the free choice of the property regime, except in cases where the law itself imposes that of compulsory separation, aiming at a merely patrimonial protection, a hypothesis that fits the elderly with more than seventy years and, also based solely on the age of the contractors. The capacity and restriction of the autonomy of the person over seventy years of age through

doctrinal and jurisprudential studies, as well as the obligation of the separation of property regime seen as an unnecessary guardianship to the elderly, which limits their freedom and self-determination, as well as violating the principle of affection that guides marriage in the present day.

Key words: Compulsory Separation of Goods; Dignity of Human Person; Freedom; Elderly. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2.1 A autonomia da vontade e a autodeterminação pessoal. 2.2 Da violação à liberdade e à igualdade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 2.3 O princípio da afetividade e o afeto como direito da personalidade. 2.4 A tutela ao idoso no plano jurídico brasileiro.⁸ 3 O CASAMENTO E A LIVRE ESCOLHA DO REGIME DE BENS. 3.1 O regime obrigatório da separação de bens. 3.1.1 Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. 3.2 Da união estável celebrada por pessoa maior de 70 anos. 4 A INCAPACIDADE NO CÓDIGO CIVIL E A RESTRIÇÃO À CAPACIDADE DO IDOSO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O casamento indica uma plena comunhão de vida entre duas pessoas, as quais, em virtude do vínculo estabelecido, se tornam companheiras e corresponsáveis pelas tarefas familiares. Sob a ótica civil constitucional corrente, o casamento está envolto pelo princípio da afetividade, o que se contrapõe diretamente ao patrimonialismo característico do Código Civil (CC) de 1916.

O atual Diploma Civil Brasileiro de 2002 trouxe como princípios norteadores das relações civis a socialidade, a eticidade e a operabilidade, buscando, desta forma, suplantando a acentuada proteção patrimonial do Código anterior. Entretanto, muito embora o matrimônio não deva vislumbrar conteúdo econômico direto, resta impossível não reconhecer a presença de efeitos patrimoniais advindos da vida em comum.

Logo surge a necessidade da existência de um regime de bens capaz de regular as relações econômicas do casamento. Como regra geral, o Código Civil contempla a liberdade de escolha no que se refere ao regime de bens, estando, portanto, livre no ordenamento jurídico a opção do regime para o casamento. Ressalvados, todavia, os casos de imposição pela lei do regime obrigatório da separação de bens, afastando a livre deliberação e imperando a determinação legal.

Com a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, responsável por grandes renovações dogmáticas, as normas civilistas foram essencialmente atingidas, revelando a indispensabilidade de operar sob a égide dos valores constitucionais, atendendo às referências normativas e principiológicas adotadas pela Carta Magna, sob pena de ferir a sua supremacia e trazer disposições inconstitucionais.

Posto isto, o presente artigo tem como propósito tratar acerca da inconstitucionalidade do regime obrigatório da separação de bens imposto às pessoas maiores de 70 (setenta) anos, previsto no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil brasileiro. Tendo como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade e da Igualdade, além de outros direitos da personalidade e princípios que guiam o casamento e o regime de bens.

bordando, ainda, a capacidade para os atos da vida civil e destacando o colateral entre a autonomia da vontade e a proteção meramente patrimonial almejada no caso em tela pelo legislador civilista, violando os direitos fundamentais reportados na Lei Maior e contrariando até mesmo a ideia de um Código Civil voltado para o existencialismo.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 prontamente em seu preâmbulo assegurou a liberdade e a igualdade como valores supremos para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e, logo em seu artigo 1º, inciso III, proclamou a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República, a qual se tornou um princípio basilar e norteador de onde derivam todos os outros princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

A supremacia deste resta evidenciada pelos ensinamentos de Dias (2015, p. 44), “O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.” (grifos dos autores).

A dignidade da pessoa humana não se trata apenas de um valor moral, mas também espiritual intrínseco à pessoa, de tal forma que todo o ser humano deve ser provido desta. O princípio em questão tem sua importância assegurada notoriamente desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual criou normas de amparo e proteção ao homem.

A busca pelo bem-estar tanto individual quanto familiar e social se qualifica através dos sentimentos e esforços da pessoa humana, devendo-lhe ser garantidos os direitos necessários para viver com dignidade, como por exemplo, direito à liberdade, à formação de uma família, à vida, à igualdade.

Destarte, é certo dizer que o direito de família está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. No tocante ao assunto, assegura Gonçalves (2012, p. 27), “O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito.” Cenário onde o referido princípio é o responsável por constituir a base do corpo familiar, propiciando o mais amplo desenvolvimento de todos os seus membros.

Embora a realidade social dificulte as condições para que as pessoas se realizem como cônjuges, pais, filhos, idosos, a dignidade verificada na autodeterminação da própria vida, precisa, necessariamente, ser considerada.

Revela-se, assim, que, qualquer família deve ser formada de modo digno, recebendo tratamento igualitário no que concerne à sua constituição, possibilitando a realização pessoal e social de seus integrantes.

A temática sobre a inconstitucionalidade da norma que impõe o regime obrigatório da separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos, lesiona frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como outros que dele derivam.

Considerando que o mencionado princípio é o cerne dos direitos da personalidade, os quais visam a valorização da pessoa, sendo indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, inatos e necessários, não podendo sofrer quaisquer violações tendentes a agredir à pessoa e à sua dignidade, a observância da autodeterminação pessoal na escolha do regime de bens se torna indispensável para a sua efetiva concretização, o que será tratado a seguir.

2.1 A autonomia da vontade e a autodeterminação pessoal

A valorização da pessoa humana se intensificou por volta do século XX, no período pós-guerra mundial, trazendo uma maior preocupação com a dignidade daquela. Conseqüentemente se careceu de mecanismos garantidores propensos a viabilizar os direitos de existência que formam a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, há que se mencionar que os direitos fundamentais adquiriram papel significativo nas relações pessoais, contribuindo para que os ideais de constitucionalização fossem aplicados ao direito civil. Assim sendo, o poder da pessoa em exprimir a sua vontade fora alargado, possibilitando a escolha daquilo que julgasse o melhor para a sua vida. Significou o ganho de autonomia em questões que permitiam o exercício da liberdade.

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de *autodeterminação*, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. (BARROSO, 2010, p. 24).

Com um direito civil constitucional, a vontade da pessoa humana se colocou em evidência, enfraquecendo prováveis limitações a esta. Além do mais, os direitos fundamentais previstos na Constituição exigem normas que privilegiem a pessoa, sobretudo a observância de sua vontade e autodeterminação.

Resta claro, pois, que o direito tem buscado assegurar a vontade da pessoa humana sempre que possível, até mesmo em questões de cunho patrimonial, como por exemplo, aquelas pertinentes ao regime de bens. Portanto, a imposição de um regime obrigatório para a pessoa com idade superior a 70 (setenta) anos que deseja convolar matrimônio se torna completamente injustificável, haja vista que configura uma verdadeira limitação à sua vontade e à sua autodeterminação, contrariando os princípios inscritos na Lei Maior.

2.2 Da violação à liberdade e à igualdade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, prescreve no caput que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros.

A igualdade perante a lei se traduz pela sábia fala do filósofo grego Aristóteles, "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades." Ainda, nas palavras de Moraes (2003, p. 50), [...] "todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico." Enquanto que o direito à liberdade busca permitir que o cidadão pratique, livremente, qualquer ato, desde que não contrário a lei. Maria Berenice Dias, em seu artigo Novos Rumos do Direito das Famílias, sabiamente pondera:

A Constituição Brasileira, do ano de 1988, é considerada uma das mais avançadas do mundo. Impõe como valor maior o respeito à dignidade humana baseado nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade. Considera a família a base

da sociedade e veda qualquer espécie de discriminação (não datado e não paginado).

Com tais valores defendidos amplamente na Carta Magna, o direito civil, especialmente em sua parte de família, sofreu alterações importantes, se desprendendo do caráter patrimonialista imposto nas relações civis reguladas pelo Código de 1916 e buscando a realização pessoal.

Apesar disso, não é possível afirmar que o atual diploma civil superou completamente a patrimonialização das relações civilistas. A imposição do regime da separação obrigatória de bens em razão da idade, por exemplo, constitui uma norma de perspectiva exclusivamente patrimonial, deixando de considerar o afeto e desrespeitando gravemente os direitos inerentes ao ser humano. Além de ofender a dignidade da pessoa, restringe a sua liberdade de celebrar casamento.

Como resultado, tem-se o tratamento daquele com mais de 70 (setenta) anos de jeito desigual se comparado às pessoas mais jovens, o que, indiscutivelmente, restringe a liberdade na escolha do regime de bens que regulará as relações patrimoniais provenientes de seu casamento.

Assim como já explanado, os direitos fundamentais estão intimamente ligados à liberdade e à igualdade e necessitam ser observados tanto nas relações entre Estado e indivíduo quanto nas relações entre particulares. Daí surge a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja aplicabilidade é imediata, reconhecendo que as desigualdades não se situam apenas no liame Estado/ indivíduo, mas também, entre particulares, nas relações privadas.

Nessa perspectiva, ensina Lenza (2016, p. 1165), [...] “alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização.”

Ora, se a pessoa com idade inferior a 70 (setenta) anos pode escolher livremente o regime de bens que regulará o seu casamento, não parece coerente impor à pessoa que já ultrapassou esta idade um regime que visa tão somente a proteção de seu patrimônio. A não eficácia dos direitos fundamentais de forma horizontal, resta, pois, evidente.

2.3 O princípio da afetividade e o afeto como direito da personalidade

O ser humano é resultado de uma carga valorativa construída no decorrer de sua vida, a qual se edifica por meio de inúmeros fatores, como o convívio social, a família, o patrimônio, entre outros. Cada vez mais é possível observar que esses fatores são organizados levando em consideração o afeto.

Com o princípio da dignidade humana amplamente assegurado pela Carta Magna de 1988, reconhecer o afeto como valor inerente à condição humana é imprescindível, já que uma vida digna, depende, também, de relações baseadas em reciprocidade, amor, cuidado. Assim, o afeto, figura como um legítimo direito da personalidade, o qual pode ser entendido como aqueles direitos voltados à promoção da pessoa na defesa de sua dignidade e essencialidade.

Atualmente, com o propósito de propiciar a igualdade de tratamento e respeito às características individuais, igualmente o bem-estar dos membros da família, as relações familiares passaram a ser fundadas no afeto, e, muito embora a Constituição não trate sobre a afetividade de forma explícita, inegável que além de ser fruto da dignidade humana, também decorre da solidariedade.

Ao passo que a legislação brasileira entendeu que a união estável merece respaldo jurídico e firmou seu reconhecimento como entidade familiar, a afetividade, como consequência, se inseriu no ordenamento jurídico. Outro ponto substancial é a crescente superação dos laços biológicos para a constituição de uma família, o reconhecimento da igualdade de filiação, não se permitindo a diferenciação entre filhos biológicos e socioafetivos, consagrou definitivamente o afeto como um direito fundamental.

Nesse contexto, cabe mencionar importante julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da repercussão geral da socioafetividade, (RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21 e 22.09.2016, publicado no Informativo n. 840 do STF) que, entre outras questões,

afirmou juridicamente a imposição do vínculo socioafetivo e reconheceu ser a efetividade um princípio presente no sistema civil-constitucional brasileiro.

A afetividade viabiliza a dignidade da pessoa humana e reafirma a valorização da solidariedade almejada pela Lei Maior, além do mais, no direito de família, as relações surgidas da livre manifestação têm como característica principal a apreciação do afeto, deixando de lado os antigos ideais patrimonialistas insculpidos na entidade familiar.

Há que se referir ainda que, o afeto passou a ter valor jurídico, sendo considerado um direito essencial da pessoa, logo, um direito subjetivo da personalidade, o qual introduziu a afetividade como princípio fundamental das relações familiares.

2.4 A tutela ao idoso no plano jurídico brasileiro

A Constituição Federal brasileira, além de eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como norte de toda a legislação vigente, na busca pela proteção do indivíduo, constituiu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme disposição de seu artigo 3º, inciso IV.

O caput do artigo 230, por exemplo, evidencia o princípio da igualdade, vedando a discriminação por idade ao dispor que: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Pertinente ao assunto, em 1º de outubro de 2003, por meio da Lei n. 10.741, foi instituído o Estatuto do Idoso, considerado um grande avanço nas práticas tendentes a materializar os comandos constitucionais protetivos da classe. Seguindo os referenciais supremos da Constituição, o artigo 4º, do referido Estatuto, também veda expressamente a discriminação ao idoso.

Posto isto, fica evidente que o ordenamento jurídico brasileiro garante uma farta tutela àquele, outro exemplo são as disposições da Lei n. 8.842/94, responsável pela criação da Política Nacional do Idoso. Contudo, lamentável é o descumprimento dos ditames aqui discutidos, pois, nota-se que, a própria legislação civil, por vezes, limita a proteção conferida constitucional e infraconstitucionalmente ao idoso.

Trata-se essencialmente da disposição contida no artigo 1.641, inciso II, CC, a qual, ao estabelecer o regime obrigatório da separação de bens ao maior de 70 (setenta) anos, acaba por discriminar a pessoa em virtude da idade, e, ainda, presume a redução de seu discernimento.

3 O CASAMENTO E A LIVRE ESCOLHA DO REGIME DE BENS

Sob a atual perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, com atenção especial ao direito de família, o casamento, por agregar valores e tradições, está sujeito a inúmeras variações ao longo do tempo. Assim, Venosa ensina (2017, p. 40), "Evidentemente, a conceituação de casamento não pode ser imutável."

Ainda que passível de futuras alterações conceituais, o casamento pode ser entendido como a união entre duas pessoas, baseada em um vínculo afetivo e reconhecida pelo Estado, cujo objetivo é a constituição de uma família.

Hodiernamente, o casamento tende a privilegiar a realização pessoal fundada no convívio, no afeto e na solidariedade, colocando sua função econômica, por exemplo, em segundo plano. Entretanto, ainda que não evidenciado de pronto, os efeitos econômicos do casamento necessitam da eleição de um regime de bens.

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal (GONÇALVES, 2012, p. 380).

O caput do artigo 1.639, CC, preceitua que: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” Ainda, o parágrafo único, do artigo 1.640, do mesmo dispositivo, estabelece a possibilidade de os nubentes optar, no processo de habilitação, por qualquer dos regimes estipulados no código. À vista disso, a legislação civil contempla a livre escolha como um dos mais importantes princípios do regime de bens.

Sendo assim, tais dispositivos enunciam, nas palavras de Gonçalves (2012, p. 388) [...] “liberdade de escolherem os nubentes o que lhes aprouver quanto aos seus bens, fundado na ideia de que são eles os melhores juízes da opção que lhes convém, no tocante às relações econômicas a vigorar durante o matrimônio.”

3.1 O regime obrigatório da separação de bens

Conforme já abordado, o regime obrigatório da separação de bens se revela como uma autêntica exceção à autonomia da vontade e à livre escolha que permeia o regime de bens. Trata-se de situações que a lei impõe o respectivo regime, impedindo a manifestação dos contraentes.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1.641, do Código Civil, in verbis: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

Tendo em vista que a temática essencial desse artigo é a inconstitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas maiores de 70 (setenta) anos, importante somente o inciso II, do supracitado artigo. Cabe aclarar ainda que, a redação original da lei previa a obrigatoriedade do regime da separação de bens às pessoas maiores de 60 (sessenta anos), tendo sido alterada somente em 2010, pela Lei n. 12.344. A alteração para 70 (setenta) anos mostra um avanço legislativo, mas ainda assim, não se justifica.

A imposição assume caráter protetivo, cujo objetivo do legislador é impedir a realização de casamento motivado exclusivamente por questões e interesses econômicos.

Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, nenhuma delas justifica o risco de gerar enriquecimento sem causa. Porém, das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção (DIAS, 2015, p. 327).

Além do mais, a norma em questão contraria comandos constitucionais importantes, veja:

A hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional este ônus (LÔBO, p. 242-243 apud GONÇALVES, 2012, p. 402).

O caráter protetivo da norma acaba por configurar a redução da capacidade do idoso, todavia, a plena capacidade mental deve ser observada em cada caso concreto, sendo inadmissível que a lei a presuma de forma geral. Há que se colocar que a idade não representa, necessariamente, a perda de discernimento.

3.1.1 Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

Quando ainda vigia o Código Civil de 1916 no ordenamento jurídico brasileiro, o regime da separação obrigatória de bens já era alvo de críticas,

a julgar pela incomunicabilidade dos bens particulares e principalmente pela não sujeição dos aquestos (bens adquiridos durante a vida em comum) à comunicabilidade, sequer questionando a participação mútua na aquisição.

Ao ponderar sobre uma possível distorção da proteção almejada pelo referido regime, a jurisprudência da época passou a admitir a comunicação dos bens adquiridos à título oneroso na constância do matrimônio, o que levou o STF a editar a Súmula 377, com o seguinte texto: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” Fato que enfraqueceu consideravelmente o regime em deslinde.

Mesmo com o declínio do regime da separação obrigatória, o Código Civil de 2002 voltou a empregar a norma em seu artigo 1.641, inciso II, diferindo-se de seu antecessor no limite unificado de idade, sem diferenciação de sexo. Nesse cenário:

A alegação é que o Código atual simplesmente desprezou a orientação da justiça e derogou a súmula. Assim, para determinar a repartição dos aquestos, seria necessária a prova da efetiva colaboração na aquisição do patrimônio. Porém, a súmula não havia sido editada em razão ele indigitada previsão legal. Seu fundamento é que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens. Procurou a justiça amenizar os efeitos nefastos da lei que pune quem desobedece à injustificável recomendação de não casar. (DIAS, 2015, p. 332).

Por conseguinte, o diploma entrou no ordenamento jurídico contradizendo os atuais valores sociais e ignorou o entendimento do Supremo, suscitando dúvidas quanto à aplicabilidade da súmula e dividindo opiniões doutrinárias e jurisprudenciais até hoje, principalmente porque ao prever a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, haverá algo parecido com o regime da comunhão parcial de bens.

3.2 Da união estável celebrada por pessoa maior de 70 anos

Imprescindível trazer que a união estável tem previsão constitucional. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal disciplina que: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

O que muito se discute é se na união estável celebrada por pessoa maior de 70 (setenta) anos incide, assim como no casamento, a regra do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, o qual impõe o regime da separação de bens.

Observando o artigo 1.725, do Código Civil, fica demonstrado que o regime da comunhão parcial de bens é o aplicado nas relações patrimoniais decorrentes da união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros.

Porém, dada a equiparação da união estável ao casamento, principalmente no tocante à sucessão, tem-se entendido que as mesmas regras pertinentes ao casamento devem ser aplicadas à união estável. Pois bem, se a pessoa com mais de 70 (setenta) anos de idade ao contrair matrimônio tem a imposição do regime da separação obrigatória de bens, a mesma imposição restará para o idoso que venha celebrar união estável. Esse é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, tem-se uma importante decisão do STJ a respeito do assunto: (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, segunda seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).

Assim como no casamento, impor a separação obrigatória de bens para o maior de 70 (setenta) anos que vem a realizar união estável, afronta princípios constitucionais fundamentais, além de cercear a livre escolha e reduzir a capacidade do idoso.

Por outro lado, caso haja união estável antecedente ao casamento do idoso, ou seja, se o casal já vivia um relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, deixa de ser obrigatório o regime da separação, trata-se de decisão unânime da Quarta Turma do do STJ ao julgar um caso com a questão.

Como justificativa para a não aplicação da separação obrigatória, há o fato de que, durante a união estável, o regime é o da comunhão parcial de bens, assim, ao optar pelo casamento, a imposição de um regime mais gravoso seria completamente ilógica.

4 A INCAPACIDADE NO CÓDIGO CIVIL E A RESTRIÇÃO À CAPACIDADE DO IDOSO

No atual diploma civil brasileiro toda pessoa é capaz de direitos e deveres, e, a partir do nascimento com vida se inicia a personalidade civil, estando ela apta a avocar deveres e obrigações tal qual a contrair direitos. A capacidade de fato, ou seja, a plena capacidade civil é adquirida com a maioridade, quando se completa 18 (dezoito) anos e a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Dá-se que, uma vez adquirida a capacidade plena, essa só pode ser afastada em casos expressamente previstos na lei, nos quais as pessoas sofrem limitações ao exercício daquela, pois não possuem aptidão para praticar os atos da vida civil, evidenciando assim, sua incapacidade.

Conforme o artigo 3º do Código Civil, a única hipótese de incapacidade absoluta diz respeito ao exercício de atos civis pelo menor de 16 (dezesseis) anos, o qual necessita de representação. Por outro lado, o artigo 4º do mesmo diploma, estabelece as situações de incapacidade relativa, as quais possibilitam o exercício de atos da vida civil desde que mediante assistência e se referem aos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, aos ébrios habituais e viciados em tóxico, aos que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente e aos pródigos.

Deste modo, é possível observar que tais pessoas têm sua capacidade restringida (parcial ou totalmente) e o impedimento da prática de atos civis de forma livre gera um condicionamento à vontade do assistente ou representante legal do incapaz. Visa-se resguardar os interesses deste, a fim de que não realize atos prejudiciais, levando em consideração sua idade, seu incompleto desenvolvimento intelectual, bem como a sua sanidade mental atingida por vícios, patologias, etc.

Nota-se que, em nenhuma das circunstâncias mencionadas acima se encontra a pessoa com idade superior a setenta (70) anos, o que leva a deduzir que o implemento da idade não acarreta a perda da capacidade de fato.

Posto isto, não se justifica considerar como incapaz, por decorrência da idade um pouco mais avançada, o maior de setenta (70) anos, não havendo motivação hábil a sustentar a imposição de um regime de bens que além de ferir a autonomia da pessoa, se perfaz de forma autoritária.

A capacidade civil na legislação brasileira não cessa em razão da idade, completados 18 (dezoito) anos, caso não incidam as hipóteses dos artigos 3º e 4º do Código Civil, a pessoa gozará de capacidade até a sua morte. À vista disso, ao impor o regime de separação de bens, a lei restringe a capacidade do idoso, presumindo que sua idade o torna inapto ao exercício dos atos da vida civil.

Tal imposição acaba por furtar a liberdade de escolha do regime de bens que a pessoa maior de setenta (70) anos considera mais apropriado para reger as relações patrimoniais provenientes de seu matrimônio, e, conseqüentemente, lhe trata como se fosse incapaz, conferindo tratamento diferenciado em relação às demais pessoas, ferindo o princípio da igualdade amplamente defendido pela Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

Diante ao exposto resta claro que o regime obrigatório da separação de bens, previsto no artigo 1.641, do Código Civil, apresenta disposições autoritárias, que se preocupam exclusivamente com o patrimônio, revelando características da lei civilista anterior, e, que além de contrariar princípios da Constituição Federal, coloca em questionamento os pilares interpretativos da própria legislação civil atual.

A imposição do referido regime aos maiores de 70 (setenta) anos que contraem matrimônio (inciso II, art. 1.641, CC), assunto fim do presente artigo, tem como argumento a proteção ao idoso, impedindo que o casamento seja motivado exclusivamente por fins econômicos. Todavia, tal

imposição configura uma ofensa direta à livre escolha do regime de bens que vigora no diploma civil e anula previsões constitucionais importantes.

Ao tratar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Carta Magna e alicerce das demais normas, o regime obrigatório da separação de bens se coloca contra o mesmo, violando direitos fundamentais de liberdade, de igualdade, e cerceando a autonomia pessoal do indivíduo.

Além do mais, a imposição feita aos maiores de 70 (setenta) anos constitui verdadeira discriminação motivada tão somente pela idade, restringindo a capacidade do idoso, tratando-o como se incapaz fosse. Sem parâmetros e desconsiderando a individualidade do ser humano, a lei entende que ao atingir esta idade, a pessoa deixa de ter discernimento e não pode mais escolher por si só o regime que regulará as relações patrimoniais de seu casamento.

O regime obrigatório da separação de bens revela um paternalismo exagerado, o qual fere a autodeterminação pessoal e deixa de considerar o afeto e a vontade como diretrizes das relações familiares, o que não condiz com a aplicação da principiologia constitucional.

Posto isto, é possível concluir que a disposição em tela é inconstitucional, principalmente por privilegiar a tutela patrimonial em detrimento da dignidade da pessoa humana. Ademais, constitui uma discriminação insustentável em razão da idade, constringendo o idoso pessoal e socialmente e tornando-o inerte em face de um patrimônio construído e preservado por ele mesmo até então.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL. BRASÍLIA, DF, 2002. IN: ANGHER, ANNE JOYCE. VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO RIDEEL. 26. ED. SÃO PAULO: RIDEEL, 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASÍLIA, DF, 1988. IN: ANGHER, ANNE JOYCE. VADE MECUM ACADÊMICO DE DIREITO RIDEEL. 26. ED. SÃO PAULO: RIDEEL, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1171820. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 898.060. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 09 maio 2019

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: . Acesso em: 05 maio 2018.

_____. **Novos Rumos do Direito das Famílias**. Disponível em: . Acesso em: 08 maio 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: . Acesso em: 04 maio 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: . Acesso em: 06 maio 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: . Acesso em: 04 maio 2018.

NOTA:

[1] Docente do curso de Direito - Universidade Brasil. r.f.bertolo@bol.com.br

SISTEMA DE COTAS: ABOLIÇÃO AO RACISMO OU "PREFERÊNCIA" SOCIAL?

MARÍLIA MACEDO MIRANDA:
Bacharelanda do Curso de Direito pela
Universidade Brasil.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente Artigo trata de uma breve reflexão que tem por objetivo promover uma análise crítica sobre o sistema de cotas adotado em diversas Universidades Públicas brasileiras. O argumento político-histórico, aplicável essencialmente aos negros, nos diz que estes sofreram injustiças históricas que justificam políticas "corretivas" do governo, uma vez que, o negro trazido ao Brasil na condição de escravo, foi libertado sem que o Estado lhe tivesse oferecido oportunidades concretas de enquadramento e ascensão social. É neste âmbito, que surge o Sistema de Cotas como um possível modo de reparação das injustiças históricas sofridas por minorias ou classes estigmatizadas. Sistema de cotas: abolição do racismo ou "preferência" social? Discriminar a maioria não deixa de ser uma forma de discriminação. Assim sendo, o referido sistema é inconstitucional, pois viola o princípio da igualdade. Uma vez que este propõe-se a beneficiar determinado grupo social, o que implica em concessão de vantagens para determinadas pessoas. A Constituição Federal declara que todos são iguais, sem distinção de cor, raça ou religião. Portanto, ao estabelecer cotas nas universidades aos afrodescendentes, estabeleceu-se o conflito entre os direitos individuais dos que não foram beneficiados e os direitos conferidos a determinado grupo, violando o princípio constitucional da igualdade.

Palavras-chave: afrodescendentes, cotas, universidades.

ABSTRACT: This article aims to publish a critical analysis of the quota system adopted in several Brazilian universities. The political-historical argument, applicable in blacks, sustains us that they suffer the historical injustices that justify "corrective" policies of the government. For, the Negro brought to Brazil as a slave, was released without the subject being brought to society and social ascension. It is in this context that the Quota System appears as a type of payment method for the historical injustices suffered

by minorities or stigmatized classes. System of quotas: abolition of racism or social "preference"? Discriminating the majority is still a form of discrimination. Therefore, the said system is unconstitutional, it violates the principle of equality. Since this is a candidate for a social group, which implies granting advantages to certain people. The Federal Constitution declares that all are equal, without distinction of color, race or religion. Therefore, in establishing relationships with communities, the rights granted are not incompatible, the constitutional principle of equality.

Key words: Afrodescendants, quotas, universitie

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. REVISÃO DE LITERATURA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Antes de discorrer mais precisamente sobre o tema é primordial entender alguns pontos da história do racismo no Brasil. Mesmo com o passar de longos anos, observamos que o Brasil ainda possui o racismo impregnado em suas entranhas. E com o intuito de amenizar tais prejuízos aos negros, surgiram os sistemas de cotas criados pelo governo. Na verdade, tal sistema é uma cópia de um já implantado nos Estados Unidos, com a tentativa de amenizar a discriminação histórica dos negros, através da integração forçada tanto nas escolas como nos locais de trabalho.

No Brasil, diversas universidades brasileiras adotaram uma proposta de cotas ou reserva de vagas para o ingresso da população afrodescendente no ensino superior, com o propósito de solucionar parte do problema causado em decorrência das desigualdades raciais. No entanto, a admissão nas faculdades públicas do Brasil é altamente competitiva, com muito mais candidatos do que vagas disponíveis. De acordo com as pesquisas realizadas, a cada 1,4 milhões de estudantes admitidos em universidades do Brasil, por ano, apenas 3% se identificam como negros e 18% vêm das escolas públicas onde a maioria dos brasileiros negros estuda.

Assim sendo, as cotas raciais foram concebidas para criar um ambiente acadêmico plural e diversificado, com o propósito de superar desvantagens sociais históricas resultantes da desigualdade racial. Embora os afro-brasileiros representem mais de 60% dos estudantes do ensino primário e secundário, eles estão sub-representados no ensino superior, onde compõem menos de 40% da população estudantil.

Contudo, é preciso considerar que as dificuldades encontradas pelos estudantes negros são as mesmas enfrentadas por estudantes pobres, não negros. Ambos distantes de adentrar pelas portas das universidades, em função de uma educação formal deficitária, oferecida por uma rede pública desqualificada pela falta de investimentos dos sucessivos governos. Nessa trajetória, tanto negros como não negros são componentes de um segmento da sociedade que vive em precárias condições socioeconômicas.

O sistema de cotas é uma medida equivocada do governo brasileiro de demonstrar que se preocupa em resolver os problemas sociais. Sendo, portanto, motivo de grandes divergências. Um dos pontos mais debatidos, sem dúvida, encontra-se no fato de que os brasileiros estão sendo forçados a definir quem é negro. Um processo considerado intrigante e estranho, pois mais de 300 termos podem ser usados para designar a cor da pele, do crioulo de pele escura ao branqueado de pele clara. Ressaltando ainda, que os relacionamentos racialmente misturados são a norma e não a exceção.

Diante disso, a literatura revisada vem propor uma análise crítica sobre o sistema de cotas no Brasil, bem como uma reflexão acerca de sua eficiência em relação à busca pela igualdade e redução das injustiças.

2. REVISÃO DE LITERATURA

De acordo com a literatura revisada, não é disseminando as diferenças que o resultado do preconceito irá diminuir ou, menos ainda, se extinguir (FONSECA, 2010). Numa tentativa eivada ao fracasso, foi sancionada a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, conhecida como a Lei de Cotas, sancionada pela Presidente da República, atribui cota de 50% das vagas em instituições e universidades federais destinadas a estudantes egressos de escolas públicas e com renda familiar igual ou inferior a um

salário-mínimo e meio per capita, também adota critérios raciais para a cota (pretos, pardos e indígenas) e posteriormente, em 2014, houve a promulgação da Lei nº 12.990/14 - Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

De acordo com Guarnieri e Melo Silva (2017, p.184),

Diversos fóruns de discussão foram formados e se tornaram verdadeiros ringues compostos por diferentes segmentos e atores sociais (acadêmicos, filósofos, militantes de movimentos sociais, representantes da sociedade civil, entre outros grupos) em torno do embate dicotômico entre os que defendiam as cotas como iniciativa de valorização e inclusão étnico-racial e os que as condenavam como prática discriminatória e inconstitucional. Alastrou-se pelo país o mal-estar gerado pelos possíveis impactos destrutivos de uma política "racializadora" em um país miscigenado como o Brasil. Os atritos ideológicos foram sendo cada vez mais exaltados em função das expectativas "devastadoras" das cotas para a sociedade e para a qualidade do Ensino Superior na opinião dos grupos contrários a essa política pública.

O sistema de cotas é tão absurdo quanto estabelecer que um determinado percentual de cargos públicos seja ocupado por negros ou alunos de escolas públicas. Esta é mais uma manobra política de natureza claramente ideológica. Dá-se aos pobres o seu lugar para conservá-los como tais. É notória a existência de desigualdades a serem enfrentadas pelos negros que, nesta sociedade, possuem menos escolaridade, salário, saúde, emprego e moradia que os brancos e asiáticos. Entretanto, não é suficiente ancorar a luta contra o preconceito e a discriminação que atingem a população negra brasileira com um imperativo moral que se estabelece exaltando a particularidade.

É necessário considerar que as dificuldades encontradas pelos estudantes negros são as mesmas enfrentadas por estudantes pobres, filhos de trabalhadores não negros, que chegam às portas da universidade e não conseguem adentrá-las, em função de uma educação formal deficitária, oferecida por uma rede pública desqualificada pela falta de investimentos dos sucessivos governos. Também eles são componentes de um segmento da sociedade que vive em precárias condições socioeconômicas. Em suma, o funil do ensino superior é necessário sim. Uma vez que esta permanece sendo a única maneira de se filtrar quem de fato merece entrar na Universidade.

A crença de que o acesso ao ensino superior deve ser universalizado é responsável pelos péssimos profissionais colocados no mercado. O acesso ao ensino superior, assim como ao mercado de trabalho, deve ser alcançado por mérito. Assim sendo, não se pode estabelecer critérios senão o da competência advinda da melhor capacidade acadêmica. Até porque os alunos negros são privilegiados com base em um fator (raça) que não guarda correspondência com as aptidões exigidas dos demais candidatos. Os estudantes que prestam o vestibular são submetidos a uma avaliação do conhecimento adquirido no ensino fundamental e médio, independentemente de raça ou cor. Por outro lado, não vislumbra-se como aplicável ao ensino superior o Princípio da Isonomia, pois o ensino superior não se presta para isso, uma vez que, os princípios da igualdade e da isonomia são feridos na infância, quando a criança tem que parar de estudar para complementar a renda familiar; e feridos no ensino público fundamental, quando o Estado disponibiliza uma sala de aula com professores mal remunerados e despreparados. A capacidade acadêmica nada mais é do que a capacidade intelectual trabalhada e desenvolvida ao longo de anos de estudos de qualidade. Dividir a população em classes, raças ou religiões continua sendo dividir, e não há qualquer relação entre a raça dos alunos e o que se mede no vestibular. Tendo em vista que, por vezes, um branco será preterido (ainda que com notas superiores à de um negro) somente por causa de sua cor.

Atribuir tratamento jurídico diverso para os estudantes negros e pardos significa, portanto, beneficiar esse grupo de pessoas, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas em igual situação,

ferindo o princípio da igualdade. O princípio da igualdade pode ser entendido de duas formas: a teórica (amparada constitucionalmente), que tem por finalidade evitar a distribuição de privilégios discriminados; e a prática, que visa ajudar na diminuição dos efeitos decorrentes da desigualdade, no caso concreto. A forma teórica do princípio da igualdade (igualdade formal) nada mais é do que a igualdade garantida através dos textos normativos. Ou seja, a lei concede idêntica relação de direitos e deveres, sem nenhum tipo de discriminação. A igualdade formal (descrita no texto de lei) possui dupla intenção, uma é conceder a todas as pessoas igual distribuição de direitos e deveres. E a outra é garantir que não haja qualquer forma de privilégio a grupos ou pessoas por parte do Estado.

Um exemplo da igualdade formal em nosso ordenamento jurídico é o artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...];

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”.

A igualdade material, por sua vez, é o princípio da igualdade na prática, onde, todas as pessoas, possuindo as mesmas oportunidades, são iguais. Ou seja, não deve haver qualquer diferenciação, combatendo as desigualdades existentes, para que assim o plano jurídico tenha eficácia na atuação do princípio da isonomia. A Constituição Federal garante a igualdade sem distinção de qualquer natureza, abrangendo brasileiros natos ou naturalizados, sendo que o rol elencado nessa Constituição não é taxativo, e sim exaustivo, abrangendo qualquer caso de desigualdade.

Para os contrários a implantação de cotas, esse sistema fere em absoluto o princípio da igualdade. Fere, ainda, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é reduzir as desigualdades sociais e regionais, elencado no artigo 3º da Constituição Federal. O artigo 5º da Constituição Federal, por sua vez, é amplamente atingido pelo sistema de cotas, posto que, estabelece que todos são iguais perante a lei. Ou ao menos deveriam ser. Alertam ser inconstitucional também por tratar-se de afrontar o inciso III do artigo 19 da Constituição Federal, tendo em vista que é expressamente vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, sendo justamente o que o sistema de cotas faz.

Por causa da disputa de admissão em universidades aqui, o Supremo Tribunal foi solicitado a decidir sobre a constitucionalidade das cotas raciais. Implementadas de acordo com a Lei de Cotas do Brasil, essas medidas visam garantir que as universidades públicas brasileiras reflitam a população diversificada do país. A implementação dessas medidas representa um grande salto, mas o Brasil ainda enfrenta muitos obstáculos para tornar seu sistema de ensino superior mais democrático, pois mais da metade da população do Brasil identificou no censo como raça negra ou mestiça, mas apenas 10% desse grupo chegaram à universidade.

Em resposta a essas altas lacunas educacionais, o Congresso do Brasil votou em 2012 um plano para implementar a Lei de Cotas. Por infligir diversos institutos legais solicitou-se o auxílio do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que através de uma decisão pioneira, decidiu por unanimidade que as cotas raciais usadas nas universidades públicas são constitucionais. O Tribunal emitiu sua decisão em abril de 2012 após dois dias de deliberação após um debate acirrado que desafiou o ideal brasileiro de "democracia racial". Com essa decisão, legisladores brasileiros deram início a leis de ação afirmativa voltadas para combater a discriminação e educar o povo historicamente marginalizado. Os proponentes vêem esse movimento expansivo como a base para a possibilidade de ampliar as oportunidades para as minorias no Brasil.

Entretanto, a decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal (STF) no que concerne a ADPF 186, diz que o Partido Político Democratas (DEM) defende que o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres. Assim sendo, o debate gerado entre a UnB e o

DEM não trata apenas de uma questão racial, mas de um problema econômico atrelado à questão racial. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito.

Neste contexto, cento e treze intelectuais brasileiros, entre eles antropólogos, sociólogos, historiadores, juristas, jornalistas, escritores, dramaturgos, artistas, ativistas e políticos preocupados com as consequências da adoção de cotas raciais para o acesso à Universidade redigiram uma carta contra as leis raciais no Brasil. No documento, os subscritores alertam que “o racismo contamina profundamente as sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial - e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça”. Ressaltando, ainda, que as cotas raciais proporcionam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média, conservando intacta, atrás de seu manto falsamente inclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada, conforme versa a Liminar 186 do Acórdão, DJ 20.10.2014.

Sendo assim, devemos pensar a questão em face do modelo de educação brasileiro como um todo para não buscarmos soluções apenas na etapa universitária. A valorização e fomento de políticas públicas prioritárias e inclusivas voltadas às etapas anteriores (educação básica) e alternativas (cursos técnicos) são fundamentais para que não assumamos a universidade como único caminho possível para o sucesso profissional e intelectual.

Por fim, o Tribunal rejeitou tal alegação, encontrando nas quotas o melhor método para resolver as desigualdades raciais que nunca haviam sido confrontadas desde a abolição da escravatura em 1888. O Tribunal decidiu que as cotas raciais eram a melhor opção transitória para fechar a lacuna da desigualdade no ensino superior. Essa lacuna é uma questão importante, já que a maioria dos afro-brasileiros continua morando em favelas e recebendo uma fração dos salários da classe alta e predominantemente branca.

Desde a sua publicação as vagas reservadas para estudantes marginalizados deveriam estar de acordo com a porcentagem da população minoritária no estado em que cada universidade pública está localizada. Os proponentes da política da universidade aclamavam a vitória

legal como um dos muitos passos necessários para garantir que as populações marginalizadas, particularmente os afro-brasileiros, tivessem acesso a uma educação adequada e a uma colocação profissional avançada. Os afro-brasileiros constituem cerca de setenta por cento daqueles que vivem abaixo da linha da pobreza e apenas 2,2% acessam o ensino superior. Grande parte da população afro-brasileira permanece nos escalões mais baixos dos setores socioeconômicos do país e recebe educação precária nas escolas primárias públicas.

Os opositores das cotas raciais veem a política como um remédio racial para uma questão socioeconômica. Os críticos acreditam que a categorização da população por raça criará uma fracionalização dos brasileiros ao longo das linhas raciais e poderá resultar na oficialização da discriminação racial. Alguns veem as cotas como um racismo reverso que viola diretamente a Constituição brasileira, favorecendo os estudantes afro-brasileiros no processo de seleção altamente competitivo para as universidades públicas, enquanto outros vêem as cotas raciais como uma solução importada dos Estados Unidos que é incompatível com as relações raciais brasileiras. Esses opositores mantêm um firme ideal de “democracia racial”, ou a ideia de que as classes raciais do Brasil nunca foram claramente definidas.

Com a decisão do Supremo Tribunal do Brasil e a subsequente Lei de Cotas Sociais, o Brasil tomou medidas fundamentais para cumprir suas obrigações sob a Convenção das Nações Unidas contra a Discriminação na Educação, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). A política do Brasil está de acordo com o Artigo 1, Seções (a) e (b) da Convenção, que convoca os Estados Partes a eliminar a discriminação educacional que priva o acesso dos cidadãos ao ensino superior. Ao implementar uma política nacional que promova mais igualdade nas oportunidades educacionais, o Brasil adotou um método efetivo de reforma que é recomendado no Artigo 4 da Convenção.

De acordo com suas obrigações previstas no Artigo 1, Seção 4 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Brasil tem a responsabilidade de garantir o avanço de um grupo racial que pode exigir proteção para garantir um direito humano fundamental. Protege as reformas do Brasil porque, uma vez atingidos os objetivos pretendidos, eles não favorecerão os afro-brasileiros, como sugerem os

críticos da política. Essas medidas também podem ser incorporadas em campos sociais, educacionais e econômicos, de modo que todas as populações marginalizadas possam desfrutar de igual acesso a um direito humano fundamental.

A raça não será o principal fator na determinação do acesso ao ensino superior, mas sim um fator levado em consideração, em conformidade com o Artigo 13, Seção 2 (c) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A política do Brasil permite que as universidades atendam os grupos mais vulneráveis sem discriminação. Em vez de manter um *status quo* que prejudicou um segmento maciço de sua população, a política do Brasil oferece amplo acesso ao direito humano da educação, que é exigido pelo Pacto. Para os apoiadores das cotas, esses esforços visam expandir o ensino superior para brasileiros marginalizados coincidem com as obrigações internacionais do Brasil. A política de cotas raciais não viola, mas legitimamente protege os direitos humanos concedidos a todos os cidadãos e será crucial para garantir o crescimento contínuo do Brasil como uma potência global. Mas os críticos das medidas dizem que o governo está simplesmente piorando um problema difícil, voltando-se para o que eles consideram ser uma solução importada dos Estados Unidos, um país no qual as definições e relações raciais são muito diferentes.

Alguns oponentes das cotas raciais também argumentam que o racismo não é uma característica da sociedade brasileira e que as condições para os negros melhorarão à medida que a pobreza for gradualmente eliminada. Mas os defensores dos direitos civis apontam para estatísticas que mostram que os brancos brasileiros ganham mais, vivem mais, recebem mais educação e são menos propensos a serem presos do que os cidadãos negros.

Sob o novo sistema para admissão em faculdades adotado aqui, todos os candidatos que se declararem descendentes de africanos nos formulários de admissão são considerados negros e recebem tratamento preferencial. Mas isso levou a queixas de abusos, nos quais os estudantes que não têm a pele escura ou características consideradas africanas, incluindo descendentes de asiáticos ou judeus se autodenominaram negros para melhorar suas chances de serem admitidos. Entre os defensores das

cotas, a simpatia do governo à sua posição está estimulando um debate paralelo sobre qual porcentagem deve ser reservada para os negros.

De acordo com dados do censo, cerca de 45% dos 175 milhões de brasileiros se consideram negros ou pardos, uma designação ampla e deliberadamente vaga que pode ser aplicada tanto a pessoas mestiças quanto a descendentes de indianos. Mas muitos dos que mais pressionam pelas cotas argumentam que o teto deve ser estabelecido, pelo menos no momento, em 20%, qualquer coisa, além disso, está condenada ao fracasso e levaria a uma convulsão social.

Outros afirmam que as cotas devem variar de estado para estado e se basear na porcentagem da população que é preta ou parda. Mais de 80% das pessoas no estado do nordeste da Bahia se enquadram nessa categoria, enquanto menos de 10% da população em estados no extremo sul da fronteira com a Argentina se descrevem como afro-brasileiros.

Segundo Mello (2002, p. 10), “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.

Entende-se, pois, que o sistema de cotas é a síntese da política brasileira mais voltada para alternativas imediatistas e “politicamente corretas”. Justificar o sistema de cotas alegando que inteligência não escolhe raça ou camada social não basta. É necessário promover a capacidade, não o paternalismo. O país só terá a ganhar se todos forem alfabetizados e tiverem à disposição um ensino médio profissionalizante de excelente qualidade, precedido de um ensino fundamental decente. O ensino superior não é para todos, mas para alguns – os mais preparados. Diploma de ensino superior não deve ser sinônimo de vida digna.

Deixa-se, portanto, os paliativos demagógicos de lado e passa-se a adotar políticas sérias, de longo prazo, mas de sucesso garantido. É disso que o país precisa. Quando parar de definir brancos ou negros e passar a definir apenas como brasileiros, terá meio caminho andado para acabar com esses arroubos de insensatez demagógica e começará a andar no caminho da justiça social.

O Brasil necessita estabelecer a construção de uma educação pública de qualidade como prioridade, em todos os níveis de Governo, visando à formação integral do aluno. Pois é DEVER do Estado efetivar a educação *“mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”*, conforme o inciso V do artigo 208 da Constituição Federal. A verdade é que todo esse debate sobre cotas e quem é negro não passa de uma distração, mascarando questões bem mais sérias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A literatura revisada demonstra que o sistema de cotas para negros nas universidades públicas brasileiras fere os princípios constitucionais diferenciando os brasileiros quanto a sua raça. O sistema se opõe também ao artigo 19 da Constituição Federal que proíbe a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar qualquer distinção entre brasileiros ou preferências entre si. O estudo realizado propõe uma análise crítica acerca do sistema de cotas vigente no Brasil. Pois o sistema de cotas raciais para negros, nas universidades públicas do Brasil, que segue o princípio da igualdade material, pode ser considerado acima de tudo inconstitucional, apesar da votação unânime do STF.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico (abril de 2012), pela dimensão da causa objeto da demanda, julgou constitucional a adoção de cotas para ingresso nas universidades públicas brasileiras, bem como, explicitou e fundamentou os motivos que levaram a tal entendimento, ou seja, acerca dos fundamentos que amparam tais ações, ditas afirmativas.

O referido sistema garante que parte das vagas disponibilizadas seja reservada aos negros e pardos, independentemente de sua classificação. Ou seja, independente do mérito, levando em consideração unicamente o critério da cor da pele. Inconstitucionalidade cristalina, posto que o mesmo fere o princípio da igualdade, implicando em concessão de vantagens para determinadas pessoas. A Constituição Federal declara que todos são iguais, sem distinção de cor, raça, religião.

Segundo a Constituição Federal a lei deve ser aplicada igualmente a todas as pessoas, não prejudicando nem beneficiando nenhuma pessoa, com exceção dos deficientes físicos, conforme se verifica no Artigo 37 do

mesmo diploma legal. Não é, pois, conferindo diploma de nível superior aos “socialmente excluídos” que os Princípios Constitucionais serão alcançados. Pois o negro incluso nas universidades públicas a partir do sistema de cotas continuará sendo visto como “inferior” perante a sociedade, uma vez que para ingressar no nível superior de ensino, ele teve de ser favorecido devido a sua “inferioridade intelectual” em relação ao branco.

O Estado tem é a obrigação de trabalhar para promover adequadamente o desenvolvimento intelectual de todos os brasileiros, desde os níveis mais básicos da educação. As ações afirmativas, no que tangem ao sistema de cotas, em nada contribuem para instituir uma sociedade mais justa e igualitária, conforme preconiza nossa Constituição Federal. Ninguém deveria ingressar em uma universidade ou mesmo ocupar um cargo público em razão de sua cor ou classe econômica, mas sim por ser merecedor de ocupar tal posição. Até porque com educação pública de qualidade, as cotas não seriam necessárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLONHA, C. Cotas Universitárias no Brasil: Uma Análise Sobre o Comportamento Institucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, 55 2012.

BONADIMAN, D. A inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013.

BRANDÃO, C.F. **Cotas na Universidade Pública Brasileira: será esse o caminho?** Campinas, SP. Autores Associados, 2015. p.32.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **LEI Nº 12.711, DE 29 DE AGOSTO DE 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: >. Acesso em março de 2018.

BRASIL. **LEI Nº 12.990, DE 9 DE JUNHO DE 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para

provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em março de 2018.

CICONELLO, A. **O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial.** In: OXFAM INTERNATIONAL. (Org.). From Poverty to Power: how Active Citizens and Effective States can Change the World. Oxfam International: Londres, 2018.

DELGRAZIA, B. **Sistema de cotas nas universidades: justiça social ou paliativo demagógico?** Disponível em: <www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/>. Acesso em: 23 de set. 2017.

DIAS, E. F. **Política brasileira: embate de projetos hegemônicos.** São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2016.

FONSECA, C.B. **As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?** São Paulo, 2010.

GLÓRIA, M. C. S. **Políticas de ação afirmativa para negros: novas propostas para antigos problemas.** Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Rio de Janeiro, UFRJ, 2016

GUARNIERI, F.V.; MELO-SILVA, L.L. Cotas Universitárias no Brasil: Análise de uma década de produção científica. **Psicol. Esc. Educ.**, Maringá, v. 21, n. 2, p. 183-193, ago. 2017.

LEITE, J.L. **Política de cotas no Brasil: política social?** R. Katál., Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 23-31, jan./jun. 2011.

LEITE, J. L. **Política de assistência estudantil: entre o direito e o favor. Universidade e Sociedade.** Brasília: Andes-SN, n. 41, p. 165-173, 2018.

MELLO, C.A.B. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª. ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

PASTORINI, A. Quem mexe os fios das políticas sociais? Avanços e limites da categoria 'concessão-conquista'. **Serviço Social & Sociedade**. São Paulo: Cortez, v. 18, n. 53, p. 80-101, 2017.

PEREIRA, R.R. **A desigualdade racial e os problemas enfrentados pelos afetados por este mal**. 2013. Disponível em: >. Acesso em março de 2018.

SCHMIDT, J. P. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos**. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2018.

SOUZA, J.L. **A inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros nas instituições de ensino superior**. Presidente Prudente, 2008. 54 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2008.

SOUZA, D. **A política de cotas: breves anotações**. In: CONGRESSO DO SINDICATO DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR, 25, 2006. Mato Grosso. Anexo ao Caderno de Textos. Cuiabá: Andes-SN, 2016, p. 64-67.

VITÓRIA, F. C. D. **Cotas raciais: e continuaremos negros....** In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 3, 2007. Maranhão. Anais... São Luís: UFMA, 2017

PORTAL STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Med. Liminar) - 186**. Disponível em: [dimentoSTF](#)>. Acesso em março de 2018.

NOTA

[1] Docente do Curso de Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Brasil – Fernandópolis-SP.

INSUFICIÊNCIA DAS LEIS EM RELAÇÃO AOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL

ANA ELISA DE ANGELO: Bacharelanda do Curso de Direito pela Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES
(Orientador) [1]

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade relacionar a evolução histórica da internet com o surgimento de crimes oriundos dela, intitulados cybercrimes ou crimes cibernéticos. No Brasil, há insuficiência de leis para punição de infrações virtuais. Desta forma, o judiciário apresenta soluções imediatas que não sanam o problema de forma permanente e eficaz. Tal carência leva crackers e até mesmo pessoas comuns a propiciar consideráveis danos, tendo como exemplos, pedofilia, publicação de informações pessoais e crimes contra a honra. A vista disso, a criação de leis competentes é imprescindível para extinção de tais delitos, uma vez que, a visibilidade em determinados casos, até mesmo em extensão nacional, promove preocupação momentânea, mas que no decorrer do tempo torna-se algo indiferente e esquecido pela sociedade, e deste modo, seus motivadores não são responsabilizados na proporção de suas condutas. Destarte, com a análise de casos concretos e a sondagem das limitadas leis atualmente aplicáveis, o artigo exposto busca uma perspectiva panorâmica de questões associadas aos ilícitos realizados por intermédio da Internet.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Virtuais, Insuficiência, Legislação, Internet.

ABSTRACT: This article has as its aims relating the historical evolution of internet with the emergence of crimes resulting from it, named cybercrimes either cyber or computer crimes. Therefore, the judiciary presents immediate solutions that do not redress the problem permanently and effectively. This deficiency leads crackers and even ordinary people to provide significant injuries, for instance, pedophilia, the publishing of personal information and crimes against the honor. Therefore, the creation of competent law is indispensable for the extinguishment of this offences, once that the visibility, in some particular cases, even in national extension, foster momentary concern, but with the course of time it becomes

indifferent and something left behind by society, thereby its motivators are not liable in the proportion of its behaviors. That way, with the analysis of specific cases and the survey of restricted law currently applicable, the presented article pursue a panoramic perspective of questions associated to the illicit accomplished through the internet.

Key-words: *Virtual Crimes, Lack, Legislation, Internet.*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CONTEXTO HISTÓRICO – INTERNET E CRIMES VIRTUAIS. CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL. PRINCIPAIS CRIMES CIBERNÉTICOS. 3.1. DIFAMAÇÃO, CALÚNIA E INJÚRIA. 3.2. PEDOFILIA E PORNOGRAFIA INFANTIL. 3.3. DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO SEM AUTORIZAÇÃO. 4. INSUFICIÊNCIAS DAS LEIS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A Internet tem se expandido, assim como, o número de seus usuários. Os prováveis fatores que impulsionam este aumento, segundo Emerson Wendt são “A evolução tecnológica e o barateamento dos computadores e dispositivos móveis de acesso à rede mundial”.

Hoje, tal rede se conceitua como o maior sistema de comunicabilidade global, devido aos vastos recursos que apresenta para facilitar a vida de seus adeptos. A busca por informações, entretenimento, diversão, relacionamentos e transações comerciais são algumas das principais atividades por ela advindas. Entretanto, determinados usufruidores a empregam de forma prejudicial, assim, praticando os intitulados Crimes Virtuais. Segundo Augusto Rossini:

“O conceito de ‘delito informático’ poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta

ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade. ”.

O Brasil não possui uma legislação específica sobre o tema, tem-se alguns artigos e leis que serão abordadas no decorrer da pesquisa, mas de antemão, não são suficientes para punição dos agentes que cometem os crimes virtuais.

Junto aos *cybercrimes* surgem duas figuras, sendo elas, o *hacker* e o *cracker*. Embora a expressão *hacker* geralmente apareça associada a infrações virtuais, são os *crackers* os reais criminosos. A diferença entre eles está no modo em como utilizam seus conhecimentos tecnológicos. Os *hackers* são programadores com um extenso conhecimento acerca de sistema, que não tem propósito de causar danos. Por outro lado, os *crackers* segundo Cassant “...deriva do verbo em inglês “to crack”, que significa quebrar. Entre as ações, estão a prática de quebra de sistemas de segurança, códigos de criptografia e senhas de acesso a redes, de forma ilegal e com a intenção de invadir e sabotar para fins criminosos. ”. Alguns buscam lucrar com a venda de informações, já outros almejam unicamente notoriedade.

Com base neste contexto, o presente artigo buscará apresentar quais as consequências dos crimes cometidos por intermédio da internet, e principalmente, evidenciar as insuficiências de uma legislação específica a este tema.

CONTEXTO HISTÓRICO – INTERNET E CRIMES VIRTUAIS

Em 1946 foi desenvolvido o primeiro computador digital, intitulado ENIAC. Por volta de 1950 iniciou-se sua produção para comercialização. O então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, comprometeu-se a criar um satélite de defesa à prova de destruição, para a concretização de sua promessa e impulsionar a evolução tecnológica foi criada a Agência de Investigação de Projetos Avançados (Advanced Research Project Agency – ARPA). Esta agência foi responsável pelo desenvolvimento da Internet, que foi originada no período de Guerra Fria, especificamente em 1969,

denominada "ArphaNet". Sua principal finalidade era manter comunicação entre as bases militares dos EUA. Ao cessar o conflito, a Internet tornou-se insignificante aos militares, que cederam-na as universidades, que após um tempo permitiu o acesso a pesquisadores domésticos, elevando assim, o número de seus usuários.

Ao mesmo passo dos avanços tecnológicos, surgiram as ameaças virtuais. Elas se iniciaram com um grupo de programadores que elaboraram um jogo nomeado "Core Wars", apto este a se auto reproduzir a cada execução, causando um sobrepeso a memória do computador. Os mesmos criadores também desenvolveram o primeiro antivírus, chamado de "Repper", com a finalidade de aniquilar as cópias criadas pelo "Core Wars". Após este intento, diversas ameaças nasceram com o uso de computadores. Outro exemplo foi Richard Skrenta, que aos quinze anos, desenvolveu o "Elk Cloner", considerado por diversos estudiosos como o primeiro vírus com o objetivo de contaminar computadores.

Na atualidade, muitos crimes não se restringem a esfera computacional, ou seja, causam danos apenas as máquinas, em diversos casos a esfera íntima também é atingida, como no recente caso de invasão ao *ICloud* de famosos, tal como *Jennifer Lawrence, que teve fotos publicadas sem autorização. Este acontecimento envolveu pessoas famosas, que tiveram notoriedade, porém, todos os dias, indivíduos têm conteúdos pessoais expostos e sofrem as consequências de tais ilícitos.*

CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL

Atualmente, nosso país ocupa o quarto lugar em número de usuários de internet, segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. Os crimes cibernéticos crescem de forma proporcional a quantidade dos adeptos virtuais.

Tais ilícitos geralmente se referem a condutas que lesionam a esfera íntima e pessoal das vítimas. Busca-se enquadrar as ilicitudes nas figuras

penais típicas, porém, o Código Penal vigente é de 1940, desta forma, não abarca determinados comportamentos da sociedade moderna.

No Brasil há um número exorbitante de casos de publicações de fotos privadas sem consentimento da pessoa exposta. Recentemente tivemos o caso de uma adolescente de 15 anos que se enforcou no Estado de Mato Grosso do Sul por receio de ter suas fotos íntimas divulgadas. Aos 14 anos ela se relacionou com um rapaz de 17, que a ameaçou pelas fotos tiradas por ele, as quais nem ao menos sabia se realmente existiam. Assim, os crimes virtuais não atingem apenas o computador, ou a rede social de um indivíduo, traz transtornos psicológicos que podem provocar danos irreversíveis.

No cenário contemporâneo, muitos dependem de mecanismos eletrônicos para armazenamento de informações, sejam referentes à vida íntima ou profissional. Caso como mencionado acima, demonstra que os dispositivos de proteção aos recursos computacionais não são competentes em sua integralidade. A história da jovem que se suicidou também demonstra que os usos de aparelhos eletrônicos por pessoas desprovidas de discernimento moral trazem consequências além da esfera digital. Desta forma, é imprescindível meios eficazes para garantir a proteção e segurança dos indivíduos, que devem gozar de sua intimidade e vida privada, tal como assegura a Constituição Federal de 1988 em seu Artº 5º, V.

5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

PRINCIPAIS CRIMES CIBERNÉTICOS

3.1. DIFAMAÇÃO, CALÚNIA E INJÚRIA

Analisando a honra do ponto de vista objetivo, ela caracteriza-se pela imagem a qual a pessoa frui a vista da sociedade, já do ponto de vista objetivo é definida como o sentimento do indivíduo em relação a sua própria dignidade. Há três espécies de crimes frequentemente praticados no meio virtual, sendo eles: Calúnia, Difamação e Injúria.

A calúnia é conceituada como uma conduta na qual imputa-se a alguém um crime sem que este o realmente tenha cometido. Um exemplo de calúnia virtual ocorreu na rede social "facebook", em que uma mulher foi confundida com uma procurada da polícia, sendo esta acusada de cometer rapto de crianças para prática de magia negra. Com ágil compartilhamento da imagem, a informação incorreta espalhou-se e, por conseguinte a massa popular acreditando ser a mulher criminosa, assassinaram-na.

A difamação acontece quando se atribui a um indivíduo conduta que desprestige sua honra à frente da sociedade. Neste caso não é necessário que a imputação se refira a um crime, tal como na calúnia, basta a simples acusação. Um exemplo dado por Danilo Dimas é do sujeito que divulga a foto de outro, em grupos de vendas, aludindo que ele o entregou material distinto do contratado ou até mesmo não o entregou. Assim, há difamação da imagem do vendedor.

Por fim, tem-se a injúria que ocorre quando a ofensa à dignidade de uma pessoa afeta sua honra subjetiva, pouco importando sua visão perante a comunidade. Tem-se como exemplos, comentar na foto de alguém "ladra", "estupido" e outras formas de ofensas que atinjam o íntimo da vítima.

Por mais que estas condutas estejam tipificadas no Código Penal vigente, nos artigos 138, 139 e 140, as penas são brandas e quando ocorrem no ambiente virtual, sua reparação se torna complexa, uma vez

que, cessar por completo algo que está na rede beira a impossibilidade. Assim, é necessário majorar as penas em uma lei específica, e detalhar condutas quando tratar-se de crimes contra a dignidade cometidos na *web*.

3.2. PEDOFILIA E PORNOGRAFIA INFANTIL

A pedofilia é caracterizada como um desvio sexual, no qual um sujeito sente-se sexualmente atraído por crianças. Segundo a psicologia e psiquiatria, trata-se de um comportamento, e não uma ação, sendo, portanto, uma atração desviada. A pedofilia na Internet pode dar-se de várias maneiras. De acordo com Lauria, os criminosos criam perfis *fakes* e induzem crianças a acharem práticas sexuais com adulto algo normal, muitas vezes, marcando encontros com estas. Outra forma de aliciamento se dá com a publicação de anúncios de agências de modelos infantis, que na verdade, tem como intuito utilizar as fotos para conteúdo pornográfico.

A pornografia infantil de acordo com Martinelli pode dar-se de duas maneiras:

Pelas "home pages" e por correio eletrônico. Na primeira opção, os gerenciadores das paginas recebem uma quantia dos usuários (através de depósito ou catão de crédito) que dispõe de um acervo de fotos e vídeos. Na segunda opção o material é distribuído de um usuário a outro, diretamente.

Assim, as formas de veiculação são abrangentes e as de punição tornam-se custosas, uma vez que, dependem, por exemplo, da identificação do IP (Endereço de Protocolo da Internet) de provedores caseiros. Hoje, o aplicativo "WhatsApp" é criptografado e não oferece dados à Polícia, facilitando o envio de conteúdo criminoso, de um usuário para outro.

Os artigos 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente foram alterados no ano de 2008 pela lei 11.829, que tipificam diversas condutas

características de pedófilos. A pornografia infantil encaixa-se no artigo 241-E, que versa sobre sexo explícito.

Estes crimes são repelidos pela sociedade, e numa visão geral, após as mudanças que ocorreram no ECA trazem punições aos seus responsáveis. Em tais condutas o maior obstáculo é a identificação de quem está por trás do conteúdo pornográfico ou pela conversa abusiva com crianças. As penas não são brandas como nos casos de crimes contra a honra, porém, a pornografia e pedofilia ainda são os crimes mais comuns cometidos no meio virtual. Segundo a Polícia Federal há lentidão nos processos, e mesmo recebendo cerca de 50 mil relatórios em um ano, correlacionar os dados cadastrais de IPs dos acusados por meio de tabela eletrônica é um processo moroso e que acaba por acarretar a impunidade.

3.3. DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO SEM AUTORIZAÇÃO

Uma ocorrência que teve extensa repercussão em âmbito nacional foi da atriz Carolina Dickman, que sofreu uma invasão em seu computador de uso pessoal, e como consequência os invasores subtraíram seus arquivos e publicaram suas fotos por intermédio das redes sociais. A atriz, assim como na Lei Maria da Pena, cedeu seu nome à lei [12.737/12](#), que trouxe alterações ao Código Penal Brasileiro, ordenando acerca da tipificação criminal de crimes informáticos. Mais recentemente, tivemos o caso do ator **Stênio Garcia**, que vítima de crackers, teve suas fotos íntimas juntamente com sua esposa “vazadas” na internet.

Em nosso país, são inúmeros os casos de divulgação de conteúdo sem autorização, e que ocorrem meio de invasão computacional. Pesquisas apontam que as mulheres são vítimas recorrentes de tal conduta, segundo a Safernet Brasil, em 2016, 300 pessoas tiveram suas fotos íntimas vazadas. Destas, 202 eram mulheres.

Há situações em que casais trocam fotos, popularmente conhecida como “nude”, ou seja, fotos sem vestimentas, por sentir segurança em seu parceiro, mas que ao término de relacionamento, como forma de vingança ou de não aceitação, um deles acaba por divulgar o conteúdo, que pode acarretar danos irreparáveis à pessoa exposta.

Apesar de haver tipificação para tal conduta, como será abordado no próximo tópico, as punições não são suficientes para coibir os criminosos. Um indivíduo espalha as fotos, ele comete o crime, porém quem sofre as maiores consequências é a pessoa exposta.

4. INSUFICIÊNCIAS DAS LEIS

A lei nº [12.737/12](#), de 30 de novembro de 2012, intitulada Carolina Dickman, trouxe alterações no Código Penal vigente, acrescentando os artigos 154-A e 154-B, assim, originou-se o tipo penal "Invasão de dispositivo informático", apresentando-se desta forma:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do §3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação,

comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

§ 5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. "

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

O bem jurídico amparado por estes artigos é a inviolabilidade dos dados informáticos, busca-se preservar, desta forma, a privacidade e intimidade, constadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O sujeito ativo é qualquer indivíduo que não está licenciado ao acesso as informações. Já o sujeito passivo é qualquer pessoa, podendo esta ser física ou jurídica, proprietária dos dados computacionais.

Porém, uma das maiores críticas acerca da lei encontra-se no sujeito ativo, pois é atípica a conduta de pessoa que invade aparelho computacional próprio para obter dados de outrem que lá estejam, por exemplo, em uma Lan House, o proprietário não irá cometer crime se acessar as informações do locador do computador. Desta forma, há falha na lei, pois quem cometeu o crime deveria ser punido, não devendo importar quem quer que o praticou. Outra falha, ou melhor, lacuna, apresentada por esta lei, encontra-se nos "mecanismos de segurança", uma vez que, um usuário inexperiente que não faz uso de aparatos de segurança, como

antivírus ou senhas de acesso, não será amparado pelos artigos, sendo o crime atípico.

Além destas falhas, temos a pena apresentada, que é detenção de três meses a um ano, portanto, considerada uma conduta de médio potencial ofensivo. Ademais, este tipo de penalidade permite o cumprimento no regime semiaberto ou imediatamente no regime aberto, podendo até mesmo com base no artigo 44, §2º do Código Penal, ser substituída por pena pecuniária. Há também chance de ser substituída por pena alternativa ou restritiva de direitos. Desta forma, uma conduta que pode causar danos irreparáveis a suas vítimas, tem uma punição branda e pouco impactante.

No ano de 2014 foi sancionada a lei nº 12.965/014, intitulada “Marco Civil da Internet”. Esta foi produzida com o intuito de preencher as lacunas de nosso sistema jurídico no tocante aos crimes virtuais. Inicialmente trata dos fundamentos e conceitos, elencando os direitos dos usufruidores. Tipifica princípios, tais como, liberdade, neutralidade e privacidade, além de determinar garantias, direitos e deveres no ambiente virtual. Um destaque se dá ao direito e garantia a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Contudo, sabemos que no momento de punição ao desrespeito de tais princípios as penas são plácidas e não atingem um resultado satisfatório. Além disto, para requisições de informações privadas é necessária ordem judicial, não podendo o provedor da internet fornecer dados como IP, senha e login dos criminosos, deixando o trabalho de investigação moroso. Por mais válida que seja a tipificação de garantias e direitos, tais artigos não abarcam por completo o campo de atividade dos criminosos virtuais, ficando as lacunas a mercê de suprimento advindo de outras legislações, como por exemplo, casos de compras on-line, que são regulamentadas pelo CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Ademais, como já visto no presente artigo, alguns crimes praticados com o auxílio da internet estão tipificados no Código Penal, tais como, os crimes contra a honra, porém, o Código vigente é do ano de 1940, portanto, em determinados casos, torna-se ultrapassado ao tratar de crimes modernos, surgidos no decorrer dos anos, sendo as penas brandas em relação as consequências sofridas pelas vítimas.

Desta forma, a falta de uma legislação específica aos crimes cibernéticos no Brasil, traz em muitos casos a impunidade dos criminosos,

uma vez que, determinadas condutas não são tipificadas e as que são, tal como a lei nº [12.737/12](#), traz lacunas e dúbias interpretações. Com o avanço tecnológico e o crescente número de usuários, se torna indispensável a criação de uma lei que defina as condutas criminosas praticadas no meio virtual, com penas destinadas aos seus agentes proporcionais aos resultados danosos que estes produzem.

CONCLUSÃO

O artigo exposto tem como principal objetivo evidenciar a insuficiência das leis brasileiras em relação aos crimes cibernéticos. A facilidade ao acesso a internet e os preços acessíveis na obtenção de aparelhos computacionais e móveis, faz com que o número de usufruidores do ambiente *web* cresça de forma intensa, por conseguinte, as mesmas proporções, surgem os *cybercrimes*.

Os crimes que ocorrem com maior frequência em nosso país são: crimes contra a honra, divulgação de fotos sem autorização e a pedofilia e pornografia infantil. Os responsáveis pelo cometimento de tais ilícitos não são responsabilizados a proporção de suas condutas. Os sujeitos passivos sofrem consequências que vão além do campo virtual, muitas vezes, atingem sua vida íntima e trazem implicações que poderão perdurar por um longo período.

O Código Penal brasileiro tipifica diversas atuações que se enquadram ao ambiente *web*, porém, tem penas brandas e não suficientes para coibir a prática destes atos. Há também a lei Carolina Dickman (Lei 12.737/2012), que modificou o Código Penal e inseriu artigos em seu corpo, porém, apesar de especificar condutas praticadas na *web*, traz dúbias interpretações e punições plácidas aos criminosos. Desta forma, a falta de uma legislação específica ao *cybercrime*, intensifica a ideia de que a internet é uma terra sem lei.

Contudo, é necessária a produção de uma legislação que verse sobre crimes cometidos no ambiente virtual, uma vez que, são comuns e trazem a suas vítimas prejuízos reais. A punição proporcional é uma forma de controlar a prática destes delitos, dado que, ao saber que poderá responder de forma penosa, o cracker ou até mesmo uma pessoa comum se policiara em seus atos. Desta forma, sabendo dos resultados advindos dos crimes virtuais, deve-se criar uma lei que não mais permita que a

internet, melhor e mais ágil forma de comunicação/interação virtual, seja usada de forma prejudicial a seus usuários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSOCIAL: Direito para os cidadãos. **Lei Carolina Dieckman**: pena, história, saiba o que diz a lei. Disponível em: . Acesso em: 25/03/2018

BOGO, K. C. **A história da internet**: como tudo começou. 4 p. Disponível em: . Acesso em: 02/05/2018

BOL. Adolescente se mata após ameaça de publicação de fotos íntimas e imagens do suicídio são vazadas. **BOL Notícias**. São Paulo. 11/2017. Disponível em:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. 1988. Disponível em: . Acesso em: 07/05/2018

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Brasília. 2012. Disponível em: . Acesso em: 08/02/2018

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

FILHO, D. C. A. N. Crime virtual: crime contra o patrimônio no âmbito da internet, suas peculiaridades e controvérsias à luz do Código Penal de 1940. **Âmbito Jurídico.com.br: o portal jurídico na internet**. Disponível em: . Acesso em: 02/05/2018

MULLER, Leonardo. Apple está investigando brecha do iCloud que vazou fotos de J. Lawrence. **TECMUNDO**. 09/2014. Disponível em: . Acesso em: 05/03/2018

OLIVEIRA, J. C. **O cibercrime e as leis 12.735 e 12.737/2012**. Monografia (Conclusão de curso). Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe. Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão. 2013. Disponível em: . Acesso em: 18/05/2018

ONUBR. Brasil é o quarto país com mais usuários de internet do mundo, diz relatório da ONU. **ONUBR: Nações Unidas no Brasil**. 10/2017. Disponível em: . Acesso em: 05/05/2018

RIBEIRO, A. G. Mulher morta após boato em rede social é enterrada em Guarujá, SP. **G1**. 05/2014. Disponível em: . Acesso em: 09/01/2018

SOUZA, Danilo Dimas. **Crimes virtuais contra a honra**. 1. ed. Clube de Autores, 2016.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos: Ameaças e Procedimentos de Investigação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

PRINCIPAIS CONDUTAS ANTISSINDICAIS

GUSTAVO ELIAS DE MORAIS FREITAS:

Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho Público e Privado pela Faculdade Estácio do Recife.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo uma análise sobre as principais condutas antissindicais realizadas no bojo da relação de trabalho, ora praticadas pelos sindicatos, ora pelos empregadores e pelos próprios trabalhadores. Através da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, este estudo perpassará sobre o conceito de sindicato, das categorias que representa, dos deveres e atribuições desses entes e das principais condutas que afetam e desvirtuam o exercício livre de sua atuação, tendendo a analisar os efeitos dessas condutas no âmbito das relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Sindicalismo brasileiro. Condutas antissindicais. Liberdade sindical.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito e objetivos dos sindicatos – liberdade sindical; 3. Conceito de condutas antissindicais; 4. Principais condutas antissindicais; 5. Mecanismos de defesa à atuação sindical; 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O sindicato é uma espécie de associação, que promove a reunião de pessoas ligadas por um veículo comum, qual seja, o mesmo segmento econômico ou profissional. Possui os objetivos de defender os direitos e interesses coletivos e individuais da categoria que represente, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III, da CRFB), tudo visando à melhoria das condições sociais dos trabalhadores e de pactuação da força de trabalho. Além de tais interesses, também realizam importante função social, pois possuem prerrogativas e deveres na ordem jurídica (arts. 513 e 514, da CLT). Ademais, são indispensáveis para o exercício regular de direitos sociais trabalhistas, como direito de greve (art. 9º, da CRFB e Lei n.

7.783/89), celebração de acordos e convenções coletivas (Art. 612, da CLT) e ajuizamento de dissídios coletivos (art. 114, § 2º, da CRFB e art. 859, da CLT).

A fim de cumprir seu mister, os sindicatos necessitam de garantias que permitam sua atuação livre, tais como vedação da interferência e intervenção do Estado nas questões sindicais, receitas próprias e possibilidade de defesa em face de condutas que atentem contra a liberdade sindical.

Nesse sentido, o presente estudo possui a finalidade de caracterizar as principais condutas antissindicais, ou seja, as condutas que atentam contra a liberdade sindical e de associação, desvirtuando a atividade-fim dos sindicatos e frustrando o fim social a que se propõem.

Para tanto, perpassará pela conceituação de sindicatos, seus atributos e deveres na ordem jurídica trabalhista, além de das principais condutas que afetam e desvirtuam o exercício livre de sua atuação.

2. CONCEITO E OBJETIVOS DOS SINDICATOS – LIBERDADE SINDICAL

Os sindicatos são entidades associativas, uma espécie do gênero associação, eleitos pela Constituição Federal de 1988 como os entes responsáveis pela defesa dos direitos e interesses da categoria que representa, *in verbis*:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

A respeito da conceituação de sindicato, Maurício Godinho Delgado^[1] leciona que:

Sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.

As categorias cujo sindicato representa, por sua vez, estão disciplinadas na Consolidação das Leis do Trabalho como categorias econômicas, profissionais e diferenciadas.

Por categoria econômica, estabelece o art. 511, § 1º, da CLT que consiste no vínculo social básico dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, ou seja, caracteriza-se como a categoria patronal, dos empregadores.

Em seguida, conceitua o § 2º do mesmo artigo que categoria profissional é a expressão social decorrente da similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, ou seja, a categoria dos trabalhadores em condições de vida ou profissão comum.

Por fim, o § 3º daquele artigo estabelece que categoria profissional diferenciada é a formada pelos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares. Dessa forma, realizam suas atividades sem necessária simetria com as atividades do empregador, como os motoristas, professores, químicos, dentre outros.

Nesse mote, afigura-se a relevância que o ente sindical possui na dinâmica das relações de trabalho no Brasil, uma vez que ao sindicato incumbe a defesa dos direitos e interesses da expressiva massa de trabalhadores e empregadores brasileiros, criando normas jurídicas aplicáveis no âmbito das categorias representadas. Ademais, a ordem

constitucional atual listou como direito social fundamental dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, instrumentos celebrados a partir da negociação coletiva entabulada entre os entes sindicais e empregadores, nos termos do art. 7º, XXVI, da CRFB, demandando a participação obrigatória dos sindicatos profissionais.

Assim, as entidades sindicais representam trabalhadores vinculados por elementos profissionais ou econômicos comuns, com o fim de resolver os problemas observados no âmbito coletivo das categoriais e realizando o fim social e democratizante trabalhista, mediante a defesa dos interesses dos trabalhadores no alcance de melhores condições juslaborais.

Além de tais interesses, é importante destacar a importante função social desempenhada pelos sindicatos, pois a legislação trabalhista atribuiu deveres e direitos a estes entes, expressamente previstos na Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos:

- a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida;
- b) celebrar contratos coletivos de trabalho;
- c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal;
- d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, na estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal;
- e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.

Parágrafo Único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, a prerrogativa de fundar e manter agências de colocação.

Art. 514. São deveres dos sindicatos:

- a) colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social;
- b) manter serviços de assistência judiciária para os associados;
- c) promover a conciliação nos dissídios de trabalho;
- d) sempre que possível, e de acordo com as suas possibilidades, manter no seu quadro de pessoal, em convênio com entidades assistenciais ou por conta própria, um assistente social com as atribuições específicas de promover a cooperação operacional na empresa e a integração profissional na Classe. (Incluída pela Lei nº 6.200, de 16.4.1975)

Parágrafo único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, o dever de:

- a) promover a fundação de cooperativas de consumo e de crédito;
- b) fundar e manter escolas de alfabetização e prevocacionais.

Cumpra-se a indispensabilidade dos sindicatos para o exercício regular de certos direitos sociais trabalhistas, como direito de greve (art. 9º, da CRFB c/c Lei n. 7.783/89), celebração de acordos e convenções coletivas (Art. 612, da CLT) e ajuizamento de dissídios coletivos (art. 114, § 2º, da CRFB e art. 859, da CLT).

Dessa forma, em razão da importância deste ente coletivo, o ordenamento jurídico constitucional assegurou-lhes a liberdade de atuação,

vedando a interferência e intervenção do Estado na organização sindical (art. 8º, *caput* e inciso I, da CRFB).

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro não adotou a plena liberdade sindical, conforme previsão na Convenção 87, da Organização Internacional de Trabalho, uma vez que o sindicalismo brasileiro ainda é baseado no princípio da unicidade sindical, por meio do qual é vedada a criação de mais de uma organização sindical que represente a mesma categoria profissional ou econômica, em uma data base territorial, desde que não seja inferior à área de um Município (art. 8º, II, da CRFB).

De toda sorte, não há como se negar o avanço democrático do sindicalismo no Brasil, em razão da simples vedação à interferência e intervenção do Estado na organização sindical. Assim sendo, em princípio, há de ser reconhecida a liberdade sindical, ainda que mitigada pela observância do princípio da unicidade, bem assim a liberdade de associação positiva e negativa (art. 8º, V), oponível a todos os integrantes da sociedade, seja em relação ao Estado, seja em relação às próprias partes na relação de trabalho.

3. CONCEITO DE CONDUTAS ANTISSINDICAIS

Considerando o papel desempenhado pelos sindicatos e as liberdades garantidas ao ente sindical para exercer suas prerrogativas e deveres, as condutas antissindicais são todas aquelas que atentam contra tais liberdades, trazendo prejuízos à livre atuação do ente sindical, seja restringindo, seja criando obstáculos à consecução de seus fins.

A Convenção Internacional 98 da OIT, ratificada pelo Brasil, utiliza o termo “atos de ingerência”^[2], de forma a englobar o amplo conceito das condutas antissindicais.

À guisa de exemplo, citam-se os atos de ingerência nas empresas nas organizações dos trabalhadores, inclusive o financiamento da entidade sindical pelo ente patronal, a proibição/inibição/ameaças ao livre exercício dos direitos sindicais, como filiação, desfiliação, recusa à negociação

coletiva, de forma a macular a independência do sindicato na busca dos direitos e interesses dos trabalhadores.

4. PRINCIPAIS CONDUTAS ANTISSINDICAIS

As principais condutas antissindicais indicadas pela doutrina que afrontam contra a estrutura e organização sindicais são as seguintes:

- *Mise à l'index* (conhecida como lista negra) – consiste na divulgação do nome dos empregados que possuem relevante atuação sindical entre as empresas com o fim de manter esse empregado fora do mercado de trabalho. Dessa forma, mitiga-se a força da atuação sindical como instrumento de pressão sobre os empregadores, visando a melhores condições de trabalho, dado que desmobiliza o movimento sindical, atuando sobre seus possíveis líderes;

- *Company Union* (sindicato de empresa) – também conhecido como sindicato-fantasma, é a espécie de sindicato criado e/ou controlado pelo empregador, direta ou indiretamente. Atenta contra a autonomia do ente sindical, vinculando-o aos interesses do empregador;

- *Yellow Dog Contract* (contrato de cão amarelo) – representa o compromisso assumido pelo empregado de não-filiação, de manter-se desfiliação ao sindicato de sua categoria, como condicionante à admissão e à manutenção no emprego. Praticado geralmente de forma velada, informal, mas que afronta contra a liberdade de associação.

Noutro giro, encontram-se as cláusulas que forçam a sindicalização do empregado, igualmente ferindo a liberdade sindical:

- *Closed Shop* – compromisso assumido pelo ente patronal de apenas contratar empregados regularmente filiados ao sindicato;

- *Union Shop* – compromisso do empregador com o sindicato dos trabalhadores, no sentido de garantir a manutenção dos contratos dos empregados que, algum tempo após a contratação, filiam-se ao sindicato;

- *Open Shop* – compromisso da empresa em contratar apenas os não filiados ao sindicato respectivo;

- *Preferencial Shop* – sinalização de preferência pelo empregador na contratação de empregados filiados;

- *Label* – consiste em uma marca realizada pelo sindicato nos produtos comercializados pelo empregador, com o intuito de demonstrar que há sindicalização naquela empresa;

- *Maintenance of membership* – cláusula que impõe aos empregados que se filiaram ao sindicato o dever de permanecer com a condição de membro, ao longo do período de vigência do instrumento coletivo no qual tal cláusula foi pactuada, sob pena de perda do emprego;

- *Agency Shop* – consiste na obrigação de contribuir com o sindicato, porém não exige a filiação ao sindicato respectivo.

Notam-se, ainda, outras condutas capazes de causar prejuízos ao empregado e ao dirigente sindical, como a imposição de óbices à livre atuação sindical, à efetiva participação e comparecimento nas reuniões, transferência do dirigente sindical para localidade capaz de afetar ou impedir sua atuação, imposição de horários de trabalho que dificultem a mobilização de demais trabalhadores, frustração na divulgação de movimento paredista, dispensas discriminatórias dos empregados participantes de mobilizações coletivas, perseguições, tentativa de enfraquecimento e desmobilização da categoria pela realização de propostas mais atrativas para setores vitais para a continuidade do movimento, dentre outras.

Abaixo, colaciona-se exemplo prático em que o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o financiamento do sindicato pela empresa, caracterizando-o como conduta antissindical:

Dano moral coletivo. Caracterização. Conduta antissindical. Convenção coletiva de trabalho.

Financiamento do sindicato profissional com recursos provenientes do empregador.

O financiamento do sindicato profissional com recursos provenientes do empregador (taxa negocial), conforme firmado em cláusula de convenção coletiva de trabalho, configura conduta antissindical que, ao impossibilitar a autonomia da negociação coletiva, fragiliza o sistema sindical e a relação entre empregados e empregadores, ensejando, portanto, a reparação por dano moral coletivo. Na espécie, registrou-se que, embora a cláusula em questão tenha sido suspensa por força de liminar requerida pelo Ministério Público do Trabalho nos autos de ação civil pública, restou caracterizada a conduta ilícita, de modo que a inexistência de efetiva lesão não afasta a necessidade de reparação, sob pena de retirar a proteção jurídica dos direitos coletivos. Com esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos interpostos pelo MPT, por divergência jurisprudencial e, no mérito, deu-lhes provimento para restabelecer o acórdão do Regional, impondo a condenação no importe de R\$ 10.000,00 a título de dano moral coletivo. TST-E-ARR-64800- 98.2008.5.15.0071, SBDI-I, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 12.2.2015.

Acrescente-se a negativa de participação em negociação coletiva, representando importante ato antissindical, sendo proibida pela legislação trabalhista (art. 616, da CLT).

A Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), ainda, proíbe o *lockout* pelo empregador, *in verbis*:

Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (lockout).

Parágrafo único. A prática referida no caput assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

Considerando que o *lockout* consiste na paralisação de atividades do empregador com o fim primevo de frustrar a negociação coletiva, pode ser enquadrado como conduta antissindical, já que também milita em desfavor do exercício do direito de greve.

A Consolidação das Leis do Trabalho ainda traz em seu corpo um exemplo de ato antissindical praticado pelo próprio Poder Público, nos termos do art. 544, da CLT, *in verbis*:

Art. 544 - É livre a associação profissional ou sindical, **mas ao empregado sindicalizado é assegurada, em igualdade de condições, preferência:** (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

I - para a admissão nos trabalhos de empresa que explore serviços públicos ou mantenha contrato com os poderes públicos; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

II - para ingresso em funções públicas ou assemelhadas, em caso de cessação coletiva de trabalho, por motivo de fechamento de estabelecimento; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

III - nas concorrências para aquisição de casa própria, pelo Plano Nacional de Habitação ou por intermédio de quaisquer instituições públicas; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

IV - nos loteamentos urbanos ou rurais, promovidos pela União, por seus órgãos de administração direta ou indireta ou sociedades de economia mista; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967))

V - na locação ou compra de imóveis, de propriedade de pessoa de direito público ou sociedade de economia mista, quando sob ação de despêjo em tramitação judicial; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

VI - na concessão de empréstimos simples concedidos pelas agências financeiras do Govêrno ou a êle vinculadas; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

VII - na aquisição de automóveis, outros veículos e instrumentos relativos ao exercício da profissão, quando financiados pelas autarquias sociedades de economia mista ou agências financeiras do Govêrno;(Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

VIII - (Revogado pela Lei nº 8.630, de 25.2.1993)

IX - na concessão de bolsas de estudo para si ou para seus filhos, obedecida a legislação que regule a matéria. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) (original sem grifos).

Vê-se, portanto, que há o estabelecimento de uma preferência do empregado sindicalizado em face do empregado não sindicalizado, ato que representa verdadeira afronta ao princípio da liberdade sindical praticado pelo próprio Poder Público.

Note-se que o referido preceito remonta à década de 60, anterior, portanto, à ordem constitucional vigente. Desta forma, entende-se que o referido preceito não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que estabelece, em seu art. 8º, a proibição de interferência ou intervenção do Poder Público na organização sindical. Não obstante a recente alteração introduzida na legislação trabalhista a partir da Lei n. 13.467/2017, tal dispositivo, nitidamente em descompasso com o comando constitucional, não foi suprimido do texto da Consolidação das Leis do Trabalho.

Pode-se citar, ainda, como afronta à plena liberdade sindical, a manutenção da unicidade sindical no texto da Constituição, que proíbe a

liberdade sindical ampla, já que estabelece a impossibilidade de estabelecimento de mais de um ente sindical, representante da mesma categoria em uma mesma base territorial (art. 8º, II, da CRFB). Notoriamente, a extinção da unicidade sindical demandaria profunda alteração no sindicalismo brasileiro, mediante emendas ao texto constitucional com o intuito de fortalecimento dos entes sindicais. Contudo, tal premissa caminha na contramão da atual política neoliberalista representada pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), que retirou parte importante da receita dos sindicatos com o fim da compulsoriedade no recolhimento da contribuição sindical anual.

No entanto, não se descarta que os próprios sindicatos podem ser autores de práticas antissindicais. Além das condutas desvirtuadoras da função social do sindicato, aceitando o financiamento dos empregadores, bem assim a realização de atividades político-partidárias, pode-se citar ainda a eleição de número expressivo de dirigentes sindicais, com o fim de limitar e restringir o exercício do poder potestativo do empregador em encerrar os contratos de trabalho, dada a garantia provisória no emprego prevista para esses trabalhadores. Tal garantia, advinda da própria Constituição Federal (art. 8º, VIII) e repisada no texto celetista (art. 543, § 3º), foi limitada pela Consolidação das Leis do Trabalho a 7 dirigentes sindicais (art. 522).

A seu turno, o Tribunal Superior do Trabalho convalida a limitação celetista dos dirigentes sindicais a 7, a partir do verbete sumular n. 369, *in verbis*.

SUM-369 DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

(...)

II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que

alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

5. MECANISMOS DE DEFESA À ATUAÇÃO SINDICAL

A principal garantia prevista no ordenamento jurídico brasileiro à atuação dos sindicatos consiste na garantia provisória no emprego destinada ao dirigente sindical.

Tal garantia decorre do próprio texto da Constituição Federal de 1988, estabelecido como direito fundamental dos trabalhadores, protegido como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CRFB):

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

A legislação ordinária celetista caminhou no mesmo sentido, como se observa da redação do art. 543, § 3º, da CLT, garantia também extensível aos membros suplentes.

Dessa forma, poderá o membro eleito dirigente sindical exercer suas atividades de forma ampla, sem o temor de perda do emprego em razão da liderança do movimento sindical em busca dos direitos e interesses da categoria. Note-se que a garantia supera o próprio exercício do mandato, estendendo-se até um ano após.

O C. TST possui entendimento firme no sentido de que o dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, nos termos da Súmula 379 daquele Tribunal.

Não obstante, com o intuito de evitar que a dita garantia seja utilizada apenas como uma modalidade de restrição do direito do empregador em rescindir o contrato de trabalho, e não como instrumento legítimo de salvaguarda para as atividades sindicais, a jurisprudência do TST caminha no sentido de exigir que o dirigente sindical de categoria profissional diferenciada exerça na empresa atividade relacionada com a categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente, consoante os termos da Súmula 369, III, do C. TST.

Considerando que tal modalidade de garantia provisória no emprego relaciona-se intimamente com o exercício das atividades sindicais, entende o TST que não há motivos para subsistir a proteção constitucional e legal nos casos em que há extinção das atividades do empregador na base territorial do sindicato, já que a atuação do dirigente sindical seria comprometida, conforme entendimento sinalizado na Súmula 369, IV, daquele Tribunal.

Ressalte-se que esta garantia destina-se aos dirigentes sindicais representantes da categoria profissional, ou seja, dos sindicatos dos trabalhadores, pois não há razão para se conferir garantia no emprego aos representantes dos empregadores, uma vez que o fim principal da proteção seria impedir que a atuação dos dirigentes causem perseguições pelo empregador.

Contudo, deve-se sobrelevar que não há distinção no texto constitucional ou celetista acerca da diferenciação entre os representantes dos empregados e dos empregadores.

A Consolidação das Leis do Trabalho possui, ainda, mecanismo importante de manutenção das atividades sindicais, pois atribuiu competência aos Juízos Trabalhistas para a concessão de medidas liminares, com eficácia até decisão final do processo, a fim de evitar transferências dos empregados, bem assim para garantir a reintegração do dirigente sindical que tenha sido afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador (arts. 543 e 659, IX e X, da CLT).

Importante destacar a existência de sanção administrativa ao empregador que, por qualquer modo, procure impedir a liberdade de associação do empregado ao sindicato, a organização da associação profissional ou sindical, bem assim o exercício dos direitos inerentes à condição de sindicalizado, tudo sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado, conforme redação do art. 543, § 6º, da CLT.

A Lei de Greve, a seu turno, estabelece que é assegurado aos grevistas o direito de utilização de meios pacíficos para persuadir e aliciar os trabalhadores recalcitrantes a aderirem à greve, bem assim de arrecadar fundos e promover a livre divulgação do movimento (art. 6º, da Lei n. 7.783/89). Nesse sentido, em papel interpretativo, o Tribunal Superior do Trabalho sinaliza no sentido de garantir a liberdade sindical aos dirigentes sindicais, através da possibilidade de frequência livre dos dirigentes às assembléias sindicais, desde que ocorra sem ônus para o empregador, além de possibilitar a afixação de quadro de avisos do sindicato na empresa, desde que não veicule comunicados político-partidários ou ofensivos, consoante Precedentes Normativos 83 e 104, do C. TST.

Não olvidando da independência entre as instâncias, também há reprimenda do Estado no âmbito do Direito Penal quanto aos atos que violem a liberdade de associação. Nesse sentido, o art. 199, do Código Penal estabelece o crime de atentado contra a liberdade de associação, nesses termos:

Art. 199 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3684, no sentido de que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional (EC) 45/04 não atribuiu à Especializada Trabalhista competência para solucionar conflitos em matéria criminal, motivo pelo qual competirá ao magistrado do trabalho a comunicação da conduta

violadora da liberdade de associação sindical ao órgão fiscalizador competente (Ministério Público Federal) para a verificação da prática delituosa acima consubstanciada.

6. CONCLUSÃO

Os sindicatos indiscutivelmente ocupam posição de destaque no sistema confederativo de representação sindical brasileira. Não obstante ainda persista no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da unicidade sindical, estabelecendo restrições à plena liberdade desses entes e culminando na não incorporação ao cenário brasileiro da Convenção n. 87, da OIT, devem ser assegurados ao sindicato os mecanismos hábeis a possibilitar a plena consecução dos seus objetivos democráticos na defesa dos interesses dos trabalhadores, visando o alcance de melhores condições de trabalho.

Nesse mote, afigura-se indispensável a proteção à liberdade sindical ampla, como proteção à atuação livre do ente em busca da concretização dos direitos e interesses da categoria que representa, seja através da análise acurada pelos Juízos Trabalhistas e Ministério Público do Trabalho acerca das condutas que violam a liberdade sindical (antissindicais), seja pela pronta reprimenda dos atos tendentes a afrontá-la.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª edição. São Paulo: Editora Ltr. 2016.

BRASIL. ***Constituição da República Federativa do Brasil***, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 24.05.2018.

_____. ***Código Penal***, Decreto-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 24.05.2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em 24.05.2018.

_____. **Convenção 98, da OIT**, Decreto Legislativo nº 49, de 27 de agosto de 1952. Disponível em http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_098.html. Acesso em 24.05.2018.

_____. **Jurisprudência**. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em <http://www.tst.jus.br/>. Acesso em 24.05.2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Edição. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8ª ed., São Paulo: LTr, 2015.

NOTA:

[1] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Edição. São Paulo: LTr, 2017.

[2] ARTIGO 2º

1 - As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas em outras, quer diretamente, quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionante e administração.

2 - Serão particularmente identificadas a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por meios financeiros ou outros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.

A SUPREMACIA ANTROPOCENTRICA FRENTE AO RESPEITO PELO DIREITO DOS ANIMAIS

GIOVANNA RODRIGUES BRABOSA DE MENDONÇA: Bacharelanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CÉSAR MELLO^[1]

RESUMO: O presente artigo traz uma breve crítica sobre a supremacia antropocêntrica frente o direito dos animais, desde como o homem coloca-se em situação de superioridade, explorando o animal de todas as formas, bem como o surgimento de uma legislação teoricamente voltada para amparar os animais. Observa-se a ineficiência da lei, e o conflito entre o capitalismo e o direito dos animais, sendo mais uma vez o interesse do homem superior. Por fim, o crescimento, mesmo que ainda pouco, da conscientização acerca do protecionismo animal e uma alusão de um direito preocupado com o bem estar também dos animais.

Palavras chaves: Direito. Animais. Exploração.

INTRODUÇÃO

Sempre houve uma relação entre o homem e os animais, apesar de que há muito tempo existem outras formas de subsistência, o homem continua colocando os animais em situações cruéis. O ser humano vem se colocando acima dos animais, e passando por cima de seus direitos, ignorando completamente que se trata de seres vivos, apenas para explorá-los.

Nos tempos atuais, a cultura de exploração animal está enraizada, e até mesmo a legislação que deveria resguarda os animais ainda é pouco eficaz, e insuficiente. Os animais não nasceram para servir ao homem, eles são dotados de sentimentos muito parecidos com os nossos.

O Brasil aos poucos foi introduzindo algumas leis que protegem os animais, muito longe do que se espera para que de fato os resguardem. A nossa Carta Magna impõe a obrigação de cuidado, respeito e penalidades

para aqueles que praticam as condutas descritas como crimes ambientais, porém de forma muito branda. Os Estados também possuem suas próprias legislações ambientais.

Pode-se concluir que grande parte do que acontece com os animais é devido a uma cultura antropocêntrica que ainda vê a exploração animais como forma primordial para subsistência. E a falta de normas mais duras só encoraja que essa situação prospere afinal as penalidades ainda são brandas, prevalecendo assim os interesses econômicos e não a preservação dos animais.

Ao desenvolvimento deste trabalho, buscar-se-á analisar brevemente como o homem mantém uma relação de domínio e exploração sobre os animais. Tratando-se de um ser vivo, porém não humano, acarretando assim certa atenuação em relação aos seus direitos, que são raramente levados em consideração, afinal, a cultura atual é de que o animal serve para a subsistência humana.

Mesmo com a legislação que rege e assegura os direitos aos animais, ainda existe uma grande deficiência quando se trata de protegê-los. A uma grande diferenciação, sobre os animais que são portadores de direitos e os que são praticamente ignorados. Os animais domésticos, por exemplo, cachorros e gatos, são assegurados enquanto os demais animais como vacas, porcos e aves que são explorados e mortos de forma banal e extremamente cruel, e muito pouco se faz para resguardá-los.

Este trabalho busca ressaltar como a discriminação entre espécies que a sociedade projeta afinal nenhuma vida vale mais do que a outra, então necessário se faz que a justiça proteja todos os tipos de animais, sendo eles domésticos, selvagens, aquáticos ou quaisquer tipos. A legislação brasileira ainda precisa desenvolver meios jurídicos que resguardem de forma eficiente todas as espécies, e por mais de tais mudanças batam de frente com um grande mercado, a inércia não deve ser aceita.

O presente trabalho é desenvolvido a partir de observações e análises de conteúdos publicados em livros, artigos e teses, com o intuito de identificar e demonstrar os objetivos desta pesquisa.

Sendo assim, valer-se-á do método dedutivo, a fim de apresentar neste contexto os conhecimentos já consolidados, através de uma pesquisa bibliográfica e análise legislativa para alcançar os fins desejados.

1. EXPLORAÇÃO ANIMAL AO LONGO DA HISTÓRIA

Ao longo da evolução humana é possível observar como sempre estivemos ligados com a sociedade animal, afinal o ser humano sempre usou da natureza como matéria primordial para sua subsistência. Existem registros desde os tempos pré-históricos de como os animais eram integrantes dos meios em que o homem habitava, como por exemplo, as pinturas rupestres que foram umas das primeiras formas de representação, que registravam grandes animais como bisões, cavalos, cervos, entre outros, que muitas vezes sugeriam através destas, lutas e caças.

As primeiras atividades humanas voltadas à subsistência foram à coleta, a caça e a pesca, seguidas da agricultura e do pastoreio. Mas não se pode precisar em que época e como isso aconteceu. Nem existe uma ordem cronologia identificável, tendo ocorrido o desenvolvimento dessas atividades de forma independente em cada região. (PEDRO; COULON, 1989)

Nos tempos mais antigos, as atividades como essas eram a forma que os seres humanos encontravam para sobreviver. As condições naturais iam além do que estava em suas mãos, então eles usavam as peles para se aquecerem, por exemplo, e cada região se desenvolveu conforme estava os recursos que estava à sua disposição.

[...] a vida nômade baseada na caça, na pesca e na coleta de alimentos da era Paleolítica - dez mil anos foi a.C foi aos poucos sendo substituída por uma nova sociedade em que o homem praticava a agricultura, domesticava os animais, desenvolvia a cerâmica e a

tecelagem, usava ferramentas especializadas de pedra afiada e polida e vivia em aldeias era Neolítica - oito mil anos a.C.) (PEDRO; COULON, 1989).

Com o homem passando a domesticar os animais, sua exploração não era apenas para saciar sua fome e aquecer seu corpo, mas também os usavam para garantir mantimentos, ajudar no transporte, tração, montaria, entre outros.

[...] a domesticação de animais, surgida em certas áreas, permitiria enriquecer a dieta humana com uma provisão regular de carne e também de leite e peles. Mais tarde, alguns dos animais domesticados proporcionariam uma nova fonte de energia muscular, além da humana, como montaria ou força de tração de arados e carros, multiplicando, dessa forma, a capacidade produtiva do homem e sua mobilidade espacial. (RIBEIRO, 1983, p. 67).

Mesmo com o homem passando a usar em outros tipos de atividades de subsistência, conforme o tempo foi passando, a exploração animal só aumentava.

[...] os primeiros animais que o homem domesticou foram os que podiam contribuir para lhe aumentar os meios de subsistência. O cão, pelo olfato, tem sido sempre grande auxiliar na caça. Vacas, ovelhas, cabras e porcos, fornecem-lhe carne e também leite, mas as aves, além da carne, fornecem-lhe ovos. Acredita-se que o ganso haja sido a primeira das aves de quintal domesticadas. É possível que o pato haja sido domesticado ao mesmo tempo, pois ambos eram comuns no antigo Egito. Parece que as primeiras aves foram domesticadas na região da Birmânia. Os romanos conheciam as galinhas d'Angola, e os habitantes pré-históricos da América do Norte possuíam perus domesticados. É possível

também que se tenha domesticado o coelho como fonte de alimento. Os animais que servem ao homem somente como bestas de carga também foram domesticados em épocas muito remotas, mas não tanto quanto os animais produtores de carne e leite. O burro e o camelo foram, provavelmente, os primeiros. Supõe-se que o cavalo tenha sido domesticado depois. A mula é utilizada há milhares de anos. O elefante, se bem que não seja propriamente animal doméstico, porque raras vezes se reproduz em cativeiro, é domesticado há séculos. A lhama é animal de carga, em certas regiões andinas, desde tempos imemoriais (BARSA, 1969, p. 416).

Conforme a domesticação dos animais o homem passou a cada vez mais explorá-los, um grande exemplo disso são os circos, zoológicos e aquários. Além de privarem os animais que vivera em seus habitats naturais, os deixam suscetíveis a um grande estresse, sendo maltratados, torturados, agredidos como forma de punição e castigos para um grande show.

(...) isso faz com que os animais obedeçam ao comando do domador, que se anuncia pelo estalo da chibata. Assim, tigres saltam em meio a argolas de fogo, ursos pedalam bicicletas, chimpanzés dançam com roupas femininas, elefantes sentam em banquetas, leões se curvam resignados. Tamanho abuso não se limita aos picadeiros ou aos treinos, mas envolve as contínuas viagens das companhias itinerantes, sob chuva e sol, calor e frio, atravessando estradas adversas e desconhecidas. Privados de liberdade e de respeito, os animais mantidos no circo formam um triste comboio de resignados prisioneiros. O aplauso do público, ao fim de cada apresentação deles, representa – na realidade – um inconsciente estímulo à insensibilidade humana. Necessário convencer as pessoas de que circo com animais escravizados não é sinônimo de alegria ou de pureza

infantil. É preciso, enfim, mostrar a dolorosa verdade desses espetáculos, afastando o véu que encobre a miserável condição dos animais que nele atuam.” (LEVAI, 2011. p. 54.)

Esses animais vivem uma vida de escravidão, em situação deplorável, servindo apenas como entretenimento, e como forma de lucro. Sem quaisquer tipos de tutela para protegê-los. Muitos deles passam a vida em cativeiro, solitários, são presidiários de uma prisão insalubre.

(...) de nada serve preservar alguns poucos exemplares vivendo em cativeiro se esses animais jamais serão reintroduzidos em seus antigos ambientes, até porque, com frequência, sua extinção advém da supressão desses mesmos ambientes. Além disso, a recuperação da espécie com base em alguns poucos exemplares representaria um afunilamento genético. Se há realmente uma preocupação com a preservação das espécies, deveriam ser preservados seus ambientes naturais.” (HOFFMANN, 2009. Disponível

em: <https://www.anda.jor.br/2009/06/zoologicos-crueldade-travestida-de-diversao/>).

A sobreposição dos interesses humanos sobre os animais foi aumentando conforme iam surgindo mecanismos tecnológicos. Eles não serviam apenas como comida, entretenimento, proteção, força, mas começaram também a servi de cobaias para experiências. Ekaterina Rivera diz que “as experiências com animais são práticas muito antigas, tanto que não se sabe ao certo quando foi o marco inicial dessa atividade” e que essas práticas podem ter começado a ser realizado pelo médico grego Galeno (130 – 200 d.C).

Os laboratórios se utilizam de diversos animais para diversas funções, ratos (utilizados, na maioria das vezes, para investigação do sistema imunológico), coelhos (submetidos a testes cutâneos e oculares,

entre outros procedimentos), gatos (usados principalmente para a realização de experiências cerebrais), cães (geralmente destinados ao treinamento de cirurgias), rãs (que são designadas para teste de reação muscular e, principalmente, na observação didática), macacos (usados para análises comportamentais, entre outras funções), porcos (cuja pele rotineiramente serve de modelo para o estudo da cicatrização), cavalos (bastante utilizados no campo da sorologia), pombos e peixes (destinados, principalmente, aos estudos toxicológicos), e muitas outras espécies que também servem como cobaia para as experimentações realizadas pelo homem. (LEVAI, Laerte Fernando, 2011).

É importante ressaltar que os animais, inclusive os utilizados em pesquisas, são seres sencientes, ou seja, têm capacidade emocional para sentir dor, medo, prazer, alegria e estresse, além de terem memória e serem suscetíveis a sentir saudades.

No Brasil, milhares de animais vêm a óbito em decorrência dos inúmeros testes cruéis a que são submetidos, como testes cirúrgicos, toxicológicos, comportamentais, neurológicos, oculares, cutâneos, etc., sem que haja limites éticos, ou mesmo relevância científica, em tais atividades. Registros de experiências terríveis praticadas com animais nas salas de aula, laboratórios, nas fazendas industriais ou até mesmo na clandestinidade, demonstram os infinitos graus da estupidez humana. (LEVAI, Laerte Fernando, 2011).

Atualmente existem várias alternativas que substituem essa crueldade, não é mais necessário que continuem com essas atrocidades, sendo que a tecnologia atua de forma satisfatória sem precisar que quaisquer animais sejam torturados, ressaltando que na maioria dos casos esses testes são ineficientes.

A pesquisa com base em experimentação animal falha repetidamente, 92% das potenciais drogas farmacêuticas que são consideradas efetivas por testes em animais, sendo tidas como eficazes e seguras, não passam em ensaios clínicos, quer por causa da eficácia insuficiente ou de efeitos secundários indesejáveis. Dos 8% das substâncias que são aprovadas, metade são posteriormente retiradas do mercado porque os efeitos colaterais mesmo letais nos seres humanos tornam-se evidentes. (TAI, Patrícia, 2013. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2013/11/experimentos-animais-nao-sao-necessarios/>)

Mesmo com teste ineficazes, ainda assim são mantidas essas experiências cruéis, é questionável onde está a lei que deveria tutelar os animais sendo que nem mesmo são testes eficientes. Trata-se apenas de uma proteção de sofrimento e tortura sem conclusão eficaz.

Há muito tempo existe oposição à experimentação em animais. Essa oposição alcançou poucos resultados porque os experimentadores, apoiados por empresas comerciais que lucram com o suprimento de animais de laboratório e equipamentos, têm conseguido convencer os legisladores e o público de que a oposição é feita por fanáticos desinformados, que consideram os interesses dos animais mais importantes que os interesses dos seres humanos. Mas, para se opor ao que acontece hoje, não é preciso insistir em que cessem imediatamente todos os experimentos em animais. Tudo o que precisamos dizer é que os experimentos que não servem a objetivos diretos e urgentes devem cessar imediatamente e, nos demais campos de pesquisa, devemos buscar, sempre que possível, a substituição dos experimentos que

envolvam animais por métodos alternativos, que não os utilizem. (SINGER, Peter, 2004, p. 45.)

Tendo o homem controle dos meios a sua volta, é necessário que se tenha uma visão menos antropocêntrica, para equilibrar o homem e o meio ambiente. A forma mais eficiente de controlar as ações humanas é através da legislação que vem de forma coercitiva podar esses atos que estão cada vez mais nocivos.

Sabemos que os seres naturais não-humanos não são capazes de assumir deveres e reivindicar direitos de maneira direta, explícita e formal, embora sejam constituintes do ecossistema planetário, tanto quando o é a espécie humana. A Ciência não tem força impositiva ou de coação; por isso exige que o Direito tutele o ecossistema planetário. Tal exigência baseia-se no fato de que o mundo natural tem seu valor próprio, intrínseco e inalienável, uma vez que ele é muito anterior ao aparecimento do Homem sobre a Terra. As leis do Direito Positivo não podem ignorar as leis do Direito Natural (MILARÉ, Édis, 2011, s. p.).

2. DIREITO DOS ANIMAIS

Na legislação brasileira, a própria Constituição e algumas leis que tutelam sobre os animais, como: Código de Pesca (Lei n. 221, de 28 fevereiro de 1967), Lei de Proteção a Fauna (Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967, alterada e pela Lei n. 7.653, de 12 de fevereiro 1988), Lei da Vivisseccção (Lei n. 6.638, de 8 de maio de 1979), Lei dos zoológicos (Lei n. 7.173, de 14 de dezembro de 1983), Lei dos Cetáceos (Lei n. 7.643, de 18 de dezembro de 1987) e a Lei da Inspeção de Produtos de Origem Animal (Lei n. 7.889, de 23 de novembro de 1989).

A Constituição assegura a defesa e a proteção dos animais, vedando qualquer ato que de alguma forma gere riscos ao meio ambiente, extinção de espécies e atos cruéis. A crueldade e os maus-tratos são conceitos equivalentes, ambos se referem às numerosas práticas cruéis em que os animais são

submetidos a elevado sofrimento sem qualquer justificativa e extrema violação às leis da natureza, princípios jurídicos nacionais e internacionais, bons costumes e asseguradores da proteção da incolumidade da vida de todos os seres vivos. (CUSTÓDIO, Helita Barreira, 2005, p. 593.)

Apesar da previsão legal acerca da proteção aos animais, os interesses do homem ainda se colocam frente aos que tutelam os animais, ficando o antropocentrismo mais uma vez como principal interesse do homem. Um exemplo disso são as manifestações culturais que batem de frente com a proteção animal, e que prevalecem à identidade de um povo sobre a vida e o bem-estar animal.

[...] ressalta que, caso um animal esteja ameaçado de extinção, o costume estaria prejudicado, devendo ser vedada a prática, para que seja dada uma mínima qualidade de vida e chance de sobrevivência ao animal, visando a preservação da vida do animal. Assim, em se tratando de um exercício cultural de determinada região e o animal não se encontrando em vias de extinção, não haverá violação constitucional quando praticado atos cruéis contra os animais. Cita também a necessidade de ser realizado o abate de animais pelo método menos doloroso. (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, 2010, p. 67.)

Sendo que de acordo com a lei nº 9.605 de 1998, serão punidos os que praticarem maus tratos contra animais, onde está aplicabilidade dessa lei se os animais continuam sendo torturados e mortos?

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

A falta de empatia do homem pelo animal tomou conta dos seres humanos, abatedouros, experiência científica, aquários, circos, rodeios, vaquejadas, zoológicos, são todos fabricas de crueldade. Não é necessário esse tipo de comportamento, mas isso já se tornou tão natural para o homem que sequer a legislação que protege os animais é eficaz.

Certamente, os animais enquanto tais devem, porque são seres sensíveis e não simples máquinas, nos inspirar uma certa compaixão. Porém o mais grave é que, na crueldade e nos maus tratamentos que inflige a eles, é o homem que degrada a si mesmo e perde sua humanidade. (FERRY, Luc, 2009, p. 73)

Vale ressaltar que a vida do homem está diretamente relacionada à natureza, ao ecossistema de modo geral. Sendo assim a preservação das entidades naturais é essencial para sobrevivência das futuras gerações.

O constituinte tutela o ambiente que resulta em equilíbrio entre o homem e a natureza, importando em uma proteção para as presentes e futuras gerações. O equilíbrio no meio ambiente não importa em imobilismo das relações do homem, mas na busca de harmonia ao meio ambiente. (CARLI, Vilma Maria Inocência, 2004, p. 20.)

Nesse sentido, em que o homem tem certo controle Salienta Fiorillo (2006, p. 16) diz que: "o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria".

Assim, chegará o tempo em que a crueldade e o menosprezo aos direitos dos animais será memória triste de um passado, hoje presente. Mas para tanto é imprescindível que se reformulem determinados conceitos, rompendo grilhões de uma mentalidade tacanha. A etapa mais importante para que se obtenha essa renovação de conceitos, situa-se justamente na redefinição da natureza jurídica dos animais: sujeitos com personalidade jurídica própria à sua condição e não coisas; seres e não números, criaturas da mesma Natureza e não meros elementos econômicos ou materiais, para exploração e diversão do homem. (Ibiden – P. 69)

O primeiro passo para transformar essa crueldade, que hoje faz parte da realidade mundial, é começando justamente com a legislação regulamentando e reconhecendo os direitos dos animais. Existe, uma a Declaração Universal dos Direitos dos Animais proclamada Organização das Nações Unidas para Educação Ciência e Cultura (UNESCO), em 15 de outubro de 1978, que busca igualdade entre animal e homem e a obrigatoriedade de respeito e cuidados deste para com aquele, mostrando que maus tratos aos animais constitui infração, porém sem impor nenhuma penalidade.

No Brasil a penalidades que decorrem de maus-tratos aos animais são insignificantes diante das atrocidades que são cometidas, todas são passíveis de Suspensão Condicional do Processo. Sem leis rigorosas, é improvável que as crueldades praticadas irão cessar. Cada estado disciplina sobre suas próprias normas de proteção ambiental, resultando assim em uma discrepância, e falta de efetividade quando se trata de proteger os animais.

Abre precedente para tratar de forma desigual as várias espécies animais, resguardando umas e deixando outras de lado. Todos os animais sentem dor, medo, sofrimento, tristeza e por que os tratar de forma tão cruel? Todos sentem a mesma dor e sofrimento.

Mesmo que a legislação brasileira ainda tenha muito que evoluir em relação aos direitos dos animais, cada passo é necessário, e mesmo que demore o que se espera é que a cada dia que passe o legislador projete cada vez mais leis que protejam os animais e os reconheçam seus direitos se discriminação.

“Chegará o dia em que todo homem conhecerá o íntimo dos animais. Nesse dia, um crime contra um animal será considerado um crime contra a própria humanidade.” (Leonardo da Vinci)

3. AS EXPLORAÇÕES SOCIALMENTE ACEITAS

A principal atividade que movimenta a economia brasileira é a pecuária, e hoje em dia existem mais bovinos do que seres humanos no país. Fora que além dos bovinos, o Brasil também é um grande produtor de suínos, caprinos e galináceos, sendo responsável por uma serie de abusos aos animais.

Estando diretamente ligados aos interesses econômicos, a produção e criação desses animais ignoram totalmente o que se considera aceitável para o bem estar animal. Um animais que viveria 20 anos, é abatido com 5 anos, usando-se da manipulação genética um galinha por exemplo, que chegaria a viver mais de 10 anos, tem seu vida ceifada dentre 2 ou 3 meses.

Além do tempo de vida consideravelmente reduzido as condições de vida destes animais são de longe aceitáveis, sendo submetidos a castrações sem qualquer tipo de anestesia, tento seus chifres cortados ou ate mesmo queimados. No caso das galinhas, os bicos são cortados, pois acabam cometendo canibalismo devido às situações estressantes que são submetidas.

A indústria leiteira pode ser considera outro show de horror, uma vez que as vacas devem estar constantemente prenhas para produção de leite, sem intervalos para recuperação, e separadas precocemente de seus bezerros o que resulta em um grande sofrimento psicológico para a mãe.

Ligadas diretamente a máquinas que ordenham o leite incessantemente, ocasionando infecções, doenças, dores e muitas vezes o óbito.

Tudo que deriva dessas indústrias são “aproveitados”, os bezerros que foram separados são destinados também a produção de leite, quando fêmeas, e os machos para indústria da carne, couro, ou a produção de carne de vitela, os ossos vão para a fabricação de gelatinas e colas. Explora-se o animal até o último sopro de vida.

A situação dos suínos não se difere muito das anteriores, uma vez que são criados em condições super precárias, amontoados, sem higiene, enclausurados sem conseguir se mexer, submetidos a um grande nível de estresse e como os outros, também sofrem mutilações.

No Brasil, a Instrução Normativa SDA - 3, de 17/01/2000, diz o seguinte:

“O SECRETÁRIO DE DEFESA AGROPECUÁRIA DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 83, inciso IV, do Regimento Interno da Secretaria, aprovado pela Portaria Ministerial n.º 574, de 8 de dezembro de 1998, e considerando a necessidade de padronizar os Métodos de Insensibilização para o Abate Humanitário estabelecer os requisitos mínimos para a proteção dos animais de açougue e aves domésticas, bem como os animais silvestres criados em cativeiro, antes e durante o abate, a fim de evitar a dor e o sofrimento...”

Trata-se de um regulamento que prevê um conjunto de técnicas que tornaria o abate menos cruel, evitando sofrimentos desnecessários e garantindo o bem estar do animal, não só na hora do abate em si, mas também na situação pré abate. Ocorre que vemos que a situação em que os animais se encontram está muito longe de ser humanitário, o que resulta mais uma vez na ineficiência jurídica na proteção aos animais, sem a devida divulgação e fiscalização.

Outra grande indústria que investe na exploração animais é a de vestimentas, as peças feitas de couro, normalmente de bois, vacas e jacarés, são consideradas de qualidade, além de esteticamente mais atraentes. Outras roupas que chamam a atenção são as feitas de peles de arminhos, martas, castores, guaxinins, coelhos, raposas e chinchilas.

Por trás de todo o luxo que envolve esses tipos de roupa, está uma grande instrução da tortura, já que para conseguirem as peles, os animais são esfolados vivos, amarrados e seus pelos arrancados, resultando em um dor imensa, grandes machucados por todo o corpo, ou em sua morte.

O carneiro é outro animal que também está a mercê da exploração, pois além de ser produto da pecuária o seu pelo tem um grande valor comercial. Assim como os outros, o carneiro é geneticamente modificado para uma produção maior de lã, submetido à esfolações, mutilações, castração sem anestesia, entre outros. Explorados repetidamente para a produção de lã durante toda a vida até que são batidos para consumo.

Os animais também são explorados como forma de entretenimento, como em equitação, corridas de cavalos, corridas de cães, rinhas de galos, rodeios, vaquejadas, circos, aquários e zoológicos. Além de manterem os animais presos, passando sua vida toda em jaulas, estábulos, tanques, acorrentados ou deslocados em meios desconfortáveis.

Esses animais usados para entretenimentos devem ser "domesticados" ou treinados, e a forma que usam para conseguir controlá-los é através de correntes, chicotes, fochineiras, ganchos de metal e bastões elétricos para forçar os animais a se comportarem de determinada maneira. Outros métodos incluem acorrentar os animais e privá-los de comida e água.

Além de gerar prejuízo a saúde física do animal, esse tipo de comportamento também resulta em traumas psicológicos muito severos a eles. Os traumas causados resultam em sérios problemas psicológicos ao animal, a ansiedade e o medo constante os afeta tanto que acabam apresentando comportamentos como mover-se repetidamente para frente e para trás ou de um lado para outro, batem as cabeças, mordem as barras de suas jaulas ou se automutilam.

Zoológicos e aquários privam os animais de sua liberdade, negam-lhe o direito de se movimentarem e socializarem, não tem espaço para se exercitarem. Esses animais estão vivendo em locais desconfortáveis, sofrem de esgotamentos físicos e mentais. Tudo isso em troca de um entretenimento que custa caro para eles, enquanto que para nós trata-se de uma diversão momentânea, reafirmando mais uma vez a crença do homem de que os animais estão à disposição servi-lo.

Um dos animais que mais sofrem com a interferência do homem são os peixes, que dificilmente conquistam a empatia do ser humano. O número de animais aquáticos que são capturados e mortos é difícil de calcular, são toneladas e toneladas pescados todos os dias. Vale ressaltar que muitos estudos mostraram que peixes têm a capacidade de sofrer e sentir prazer, da mesma forma que mamíferos, aves, répteis e outros animais, sentem dor e buscam experiências positivas.

Mesmo sendo animais que sentem como qualquer outro, os peixes são mortos de formas cruéis, asfixiados quando são retirados da água, em decorrência de ferimentos causados pela pesca, cansaço extremo na tentativa de escaparem, esmagados pelo peso de outros peixes, ou mortos pelos próprios pescadores com arpões como é o caso do atum, congelados vivos ou ate mesmo cozidos vivos para manter-los "frescos".

A pesca tem tomado proporções irrecuperáveis, várias espécies de peixes estão entrando em extinção, um exemplo é a sardinha. Um estudo realizado por uma equipe internacional de cientistas e publicado na revista científica Science, afirmam que os estoques de pesca já caíram em cerca de 33% e a taxa de eliminação da biodiversidade marinha continua aumentando. Essa pesquisa mostra um dado alarmante "não haverá praticamente mais nada para pescar nos oceanos até o ano de 2048."

Existem ainda, outros setores em que o homem sobrepõe os seus interesses acima do direito dos animais, como a caça, apicultura, usados como meio de transporte e tração, e um dos mais cruéis as experiências em animais.

CONCLUSÃO

No presente estudo, podemos observar como o ser humano e as relações com os animais ao longo da história foram resultando em uma sobreposição de sua situação como indivíduo dotado de racionalidade, acima das demais espécies animais, inicialmente como uma questão de própria sobrevivência.

Com o passar dos tempos a cultura antropocêntrica tornou-se a verdade, e cada vez mais o homem usava da exploração animal para sua subsistência. Chegando a um ponto em que o desenvolvimento social e tecnologia dispensam essa opressão animal.

Os mecanismos jurídicos que regem a convivência social seria uma fonte para a implantação de novas formas de visualizar os interesses dos animais, uma vez que como seres pensantes e empáticos, desenvolveria métodos para protegê-los e resguardá-los

Apesar de várias previsões legais, quando se trata de direito dos animais, nossa legislação ainda tem muito que discutir e evoluir. Afastando um pouco o interesse econômico, e passando a enxergar os animais como seres sensitivos que são, modificaria o modo como são tratados e de fato tutelar sobre seus direitos, com leis mais eficientes que tratem sobre o assunto.

A sociedade humana em vários momentos históricos sofreu mudanças em entendimentos que anteriormente eram considerados verdade absoluta, por que não modificar a relação do homem com o animal, passando a condenar essa escravidão.

Não se trata de uma sobreposição do direito dos animais sobre o interesse humano, e sim estabelecer uma convivência pacífica e um equilíbrio entre as espécies, dessa forma impossibilitaria a exploração de uma em favor da outra, uma comparação ao mesmo fundamento da abolição da escravatura.

Existindo saídas alternativas para os casos em que há uma exploração animal, como nos casos de alimentação, vestimenta, entretenimento, testes e experiências, falar da libertação animal não seria uma utopia e sim o futuro possível.

REFERÊNCIAS

SINGER, Peter. Liberação Animal. Porto Alegre: Lugano, 2004.

<https://www.anda.jor.br/2009/06/exploracao-animal/> Acessado em 03.maio.2018.

<http://www.animal-ethics.org/exploracao-animal/animais-usados-alimentacao-introducao/> Acessado em 03.maio.2018.

<https://lucasvelez.jusbrasil.com.br/artigos/320992016/analise-do-direito-a-dignidade-da-vida-animal-em-experimentos-laboratoriais>. Acessado em 03.maio.2018.

<https://www.anda.jor.br/2013/11/experimentos-animais-nao-sao-necessarios/> Acessado em 05.maio.2018.

<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/estoques-de-peixe-podem-acabar-ate-2048-diz-estudo-4551822> Acessado em 05.maio.2018.

<http://www.animal-ethics.org/exploracao-animal/animais-usados-entretenimento/circos-outros-espectaculos/> Acessado em 05.maio.2018.

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-animal-uma-breve-digressao-historica,48729.html> Acessado em 05.maio.2018

<http://www.agricultura.gov.br/assuntos/sustentabilidade/bem-estar-animal/arquivos/arquivos-legislacao/in-03-de-2000.pdf> Acessado em 06.maio.2018.

NOTA:

[1] Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Canoas – RS – 1996), especialista em Direito e Estado pela Universidade do Vale do Rio Doce (Governador Valadares), é Mestre em Ciências do Ambiente pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (Palmas – TO). É Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte). Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail: antoniocesarmello@hotmail.com

A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL - USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

BRENO HENRIQUE SHIBATA CRUZ:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis/SP.

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES
(Orientador)

RESUMO: A extrajudicialização dos procedimentos e a desjudicialização são institutos de importância significativa no âmbito jurídico, por meio dos quais é concedida ao povo uma maior aproximação da Justiça e facilitação do alcance de suas pretensões de jurisdição voluntária que podem ser resolvidas pelas serventias extrajudiciais com a mesma segurança jurídica dos processos que permeiam o Judiciário. Neste sentido, este trabalho visa tratar desses institutos, elucidando sua importância, bem como o papel dos Cartórios em meio à enorme busca pela Justiça pelos cidadãos, apresentando, como exemplo, o procedimento da ação de usucapião e sua possibilidade de realização extrajudicial. A pesquisa se desenvolverá de forma analítica à doutrina e à legislação, bem com à realidade prática das Serventias extrajudiciais e à situação de abarrotamento do Poder Judiciário atual, a fim de ressaltar a necessidade de se “desafogar” o ordenamento jurídico e valorizar os Cartórios extrajudiciais.

Palavras-Chave: Extrajudicialização; Serventias extrajudiciais; usucapião;

ABSTRACT: Extrajudicialisation of procedures and unjudicialisation are institutes of significant legal significance, through which the people are given a greater approximation of justice and facilitating the scope of their intentions of voluntary jurisdiction that can be solved by extrajudicial services with the same security of the processes that permeate the judiciary. In this sense, this work aims to address these institutes, elucidating their importance, as well as the role of notaries in the midst of the great search for justice by citizens, presenting, as an example, the procedure of the action of usucapião and its possibility of extrajudicial performance. The

research will be developed in an analytical way to the doctrine and legislation, as well as to the practical reality of extrajudicial services and to the current situation of overcrowding of the judiciary, in order to highlight the need to "unburden" the legal system and to value extrajudicial registries.

KEYWORDS: Extrajudicialization; extrajudicial services; usucapião;

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO. 2. O PAPEL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NA DESJUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL. 3. OS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. 4. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL. 4.1. Conceito e Espécies de Usucapião. 4.2. Usucapião Extrajudicial. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta um estudo acerca das formas de extrajudicialização e desjudicialização do processo civil, no que tange aos procedimentos que podem ser realizados pelas Serventias extrajudiciais e a importância deste setor na atualidade da Justiça brasileira e diante da morosidade do Poder Judiciário, decorrente dos inúmeros processos que poderiam, por vezes, serem resolvidos de modo mais célere.

A pesquisa é dividida em quatro capítulos, os quais demonstram, inicialmente, o conceito de extrajudicialização e desjudicialização, bem como elucidam sua necessidade no cenário jurídico atual, discorrendo, em seguida, sobre as Serventias extrajudiciais e seu papel como parte integrante da Justiça brasileira, a fim de facilitar o acesso dos indivíduos à segurança jurídica buscada nos procedimentos que ajuízam, elencando em sequência as diversas formas atuais de procedimentos extrajudiciais, com enfoque na usucapião.

O primeiro capítulo tratará dos conceitos de extrajudicialização e desjudicialização, mediante a apresentação de suas origens e

fundamentação que lhes justificam, respaldada em dados que corroboram a superlotação do Poder Judiciário e a necessidade desses procedimentos.

Em sequência, o segundo capítulo se destina ao estudo sobre as Serventias extrajudiciais, seu papel no ordenamento jurídico atual e a segurança jurídica que podem conceder aos procedimentos, desde que lhes seja possibilitado o saneamento dos procedimentos de jurisdição voluntária, os quais, por sua vez, se encontram dispostos e conceituados no capítulo subsequente.

Por último, a pesquisa irá dispor sobre a ação de usucapião, sua conceituação e importância perante o cumprimento da função social da propriedade como desejado pela Constituição de 1988, além das suas diversas formas e particularidades de requisitos necessários a cada uma, ressaltando, por fim, a forma extrajudicial possibilitada pelo Novo Código de Processo Civil.

O tema desenvolvido encontra respaldo no ordenamento jurídico e em dados estatísticos acerca da gama de processos que lhe acomete, bem como na doutrina e no conhecimento da realidade extrajudicial das serventias, baseado também em pesquisas e artigos acerca do tema, além da legislação positivada.

1. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO

A chamada extrajudicialização dos processos e procedimentos judiciais corresponde a uma vertente da conhecida “desjudicialização”, tendência cada vez mais forte no sistema jurídico brasileiro, que busca desafogar as vias judiciais, na mesma medida em que tem como finalidade garantir o acesso à Justiça indiscriminadamente.

A crise judiciária não é fenômeno recente, mas é marco do século XX, pois se trata de um extremo decorrente da crescente busca pela Justiça para a solução de conflitos, como oposto à falta de direitos e repressão experimentada pelo ser humano em épocas anteriores. Conforme explicita o constitucionalista e hoje Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2001, p. 19):

O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. A família jurídica romano-germânica surge e desenvolve-se em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema. Seus institutos, conceitos e ideias fizeram a história de povos diversos e atravessaram os tempos. O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência.

No Brasil, essa tendência pela busca das vias jurisdicionais para a resolução de lides fortaleceu-se especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, batizada de “Constituição Cidadã”, que trouxe inúmeras medidas progressistas em reação às arbitrariedades contidas na Constituição anterior, de 1967, nascida em pleno regime militar – em especial a garantia do acesso à justiça, atualmente considerada como corolário da dignidade humana (artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Tal direito tem sido paulatinamente legitimado como de suma importância entre os direitos individuais e sociais trazidos pela Carta de 1988, tendo em vista que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (CAPPELLETTI, GARTH, 1998, p. 11).

Desta forma, em busca da efetivação de suas prerrogativas, o indivíduo passa a utilizar cada vez mais dos mecanismos garantidos constitucionalmente, havendo a crescente conscientização dos direitos pelo

cidadão comum, hipossuficiente, que encontra também na Carta Magna instrumentos para a concretização do acesso à Justiça, como a assistência judiciária, a defensoria pública etc.

Assim, como consequência dessa procura cada vez maior e facilitada, o Poder Judiciário, expressão do Estado, se tornou o maior responsável pela pacificação social – o que levou a uma sobrecarga dos magistrados brasileiros, inclusive por haver, a partir da Emenda Constitucional número 45, de 30 de dezembro de 2004, uma profunda mudança estrutural no Poder Judiciário pátrio. Tal emenda trouxe, além de diversas alterações sistemáticas, a garantia da razoável duração do processo (inciso LXXVIII acrescido ao artigo 5º da Constituição).

Interessante ressaltar que existem estudos, como o Relatório número 32.789-BR, do Banco Mundial (BANCO MUNDIAL, 2004, p. 141), que concluíram que o número de demandas analisadas pelo Judiciário pátrio está muito além dos parâmetros internacionais, como se pode observar do seguinte excerto:

A demanda por serviços do Judiciário cresceu dramaticamente, em especial desde 1991, da mesma forma que a produtividade do setor, ainda que não o suficiente para compensar a maior carga de trabalho. Por todo o país, o número médio de processos e o de processos decididos alcança as mais altas taxas latino-americanas e mundiais. É claro que existem variações consideráveis entre regiões e jurisdições, além de números surrealistas nas duas extremidades do espectro – juizados e tribunais que parecem solucionar números impossíveis de processos, e outros, cujo desempenho se parece mais como alguns dos piores da América Latina em termos de produção.

O mencionado estudo, publicado em 2004, ainda é extremamente atual, além de ser bastante extenso e esmiuçar o desempenho do Poder Judiciário brasileiro, com base especialmente em processos em curso na Justiça paulista; traz, ainda, diversas conclusões e propõe várias soluções,

que englobam não somente a produtividade judicial, mas a criação de leis e mecanismos para atingir o objetivo da diminuição dos processos, mediante cooperação de todos os Poderes, inclusive Legislativo e Executivo.

Conclui-se, pois, que, apesar de a produtividade dos magistrados brasileiros também ter crescido em conjunto com as demandas, o aumento destas foi exponencial, o que levou inevitavelmente à chamada “crise judiciária”, que assola o País até os dias atuais.

Ademais, é importante asseverar, neste momento, que, apesar da existência de instrumentos que têm por finalidade disponibilizar o acesso à Justiça para toda a população, tal garantia ainda não atingiu seu ápice, sendo que um alarmante número de indivíduos ainda “passa ao largo da proteção jurídica, em função da situação particular em que vivem, causada notadamente pela gritante diferença na distribuição da renda, criando camadas e subcamadas populacionais que vivem à margem da sociedade” (BARBOSA, DA SILVA, 2015, p. 03).

Em vista de tal fato, coube ao legislador buscar novas formas de contornar o abarrotamento da Justiça e propiciar cada vez mais abertura para que todos os indivíduos possam fazer valer seu direito, constitucionalmente aclamado, de acesso à Justiça, mediante instrumentos alternativos de solução de conflitos.

Tal fenômeno é conhecido como desjudicialização, ou seja, a tendência em encontrar maneiras de retirar da esfera judicial algumas atribuições que lhe são típicas, conferindo-as a outros órgãos ou entes, vinculados ou não ao Estado, que possam contribuir para acelerar a resolução de conflitos, de forma tão segura quanto as vias jurisdicionais típicas.

2. O PAPEL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NA DESJUDICIALIZAÇÃO

DO PROCESSO CIVIL

Nas últimas décadas, as serventias extrajudiciais têm sido examinadas sob uma nova perspectiva, além daquela a que são comumente

vinculadas – a burocrática, dos selos e carimbos. Em primeiro lugar, note-se que o Brasil não é, como muitos afirmam, o único País em que há procedimentos notariais e registrais:

Não é por acaso que a profissão de tabelião de notas e o ato de reconhecimento pessoal das pessoas que assinam documentos existem praticamente em todos os países, até na China. Aliás, o Brasil adotou o reconhecimento de firmas porque, diferentemente da maioria dos países, aceita como válidos documentos particulares. Na Espanha, por exemplo, nenhum documento particular tem acesso ao Registro de Imóveis, mas tão somente aqueles formalizados em escrituras públicas, de modo que o notário sempre verifica a identidade daqueles que assinam os instrumentos que lavram, garantindo a autenticidade e a segurança dos negócios. Se assim não é, ou seja, se não se impõe a obrigatoriedade da adoção da escritura pública, o reconhecimento de firma assume a posição de facilitador dos negócios e garantidor da autenticidade e segurança dos contratos (SHIRTS, 2013).

Além disso, outro raciocínio muito comum que deve ser refutado é de que a necessidade de elementos de segurança (como o reconhecimento de firma e as autenticações) decorre por conta da existência dos Cartórios; muito pelo contrário, as Serventias extrajudiciais é que nasceram da necessidade de se dar mais segurança aos atos e negócios jurídicos – são os próprios entes e pessoas negociantes que, muitas vezes, exigem a forma pública, quando esta já não está prevista na lei.

Importantíssimo ressaltar que as Serventias notariais e de registros públicos têm a finalidade precípua de dar segurança aos atos jurídicos e aos fatos da vida dos cidadãos, especialmente nos dias de hoje em que a tecnologia contribui cada vez mais para facilitar fraudes e falsificações –

apesar de muitos, especialmente aqueles que desconhecem a atividade, considerarem que se trata de burocracia supérflua.

Essa cultura decorre do estereótipo a que os “cartórios” estavam vinculados até muito recentemente, de que as chamadas nomeações para as unidades extrajudiciais se davam como premiação, barganha política, pelo Governador do Estado a seus favorecidos, que poderiam passar, indefinidamente, a titularidade para seus herdeiros, para pessoas por eles indicadas ou, até mesmo, “comprar um cartório”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, há quase 30 anos, esse regime jurídico foi alterado, passando a ser obrigatório concurso público para ingresso na atividade, na forma do artigo 236, § 3º: “O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.

Isso não significou que aqueles que já estavam em exercício quando da promulgação da Carta Magna perderiam, automaticamente, a titularidade, mas que, a partir de sua vacância, a unidade extrajudicial somente poderia ser preenchida por um concursado, ressalvados os casos de interinidade precária.

Desta forma, com o passar dos anos, gradativamente os Cartórios têm vagado e sido preenchidos por titulares concursados, em sua grande maioria, bacharéis em direito (mas também ex-advogados, ex-magistrados, ex-promotores de justiça etc.), dotados de substancial saber jurídico e selecionados em rigorosos concursos públicos.

Em virtude disso, cada vez mais os registros públicos e tabelionatos se afastam de simples “batedores de carimbo” e se aproximam da função de assessores jurídicos das partes que lhes procuram, buscando executar seus atos de forma célere, segura e competente, orientados “pelos princípios e regras de direito, pela prudência e pelo acautelamento” (NSCGJ/SP, p. 32).

Ora, na medida em que há um acúmulo cada vez maior de processos judiciais perante os órgãos jurisdicionais, seja pela complexidade dos casos, seja pelo intuito protelatório de algumas partes (que se utilizam de mecanismos processuais para delongar a resolução da lide), sendo necessário buscar formas de solucionar as demandas em curso, nada mais justo que utilizar do instrumento benéfico que são as Serventias extrajudiciais – que possuem, ainda, mais uma característica interessantíssima: a capilaridade.

Isso significa que os Cartórios estão presentes em todos os municípios brasileiros, por mais afastados que estes possam ser, sempre havendo pelo menos um na localidade, prestando serviços à população. Segundo a Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo e o Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo, há mais unidades extrajudiciais do que agências lotéricas e dos Correios (ANOREGSP, 2016, p. 25), distribuídas pelo País.

Vê-se, pois, o enorme potencial ainda não completamente explorado que possuem os Cartórios, que poderiam contribuir ainda mais com a descentralização de vários atos que hoje ainda dependem de atuação judicial, com segurança jurídica, rapidez e diminuição de custos, atuando em conjunto com o Poder Judiciário na pacificação social.

Desde a promulgação da [Lei 11.441/07](#), que permite a cartórios formalizar divórcios, partilhas e inventários, mais de 1,3 milhão de atos foram oficializados em tabelionatos de todo o Brasil. Desse total, 500 mil foram feitos apenas em São Paulo. Os dados são da central de dados do Colégio Notarial do Brasil (CNB). Segundo o CNB, o fato de os cartórios terem assumido essas responsabilidades evitou um custo de R\$ 3 bilhões à Justiça de todo o Brasil e de R\$ 1,2 bilhão ao governo paulista. Os valores foram calculados pela entidade com base em estudo de 2013 do Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) (CONJUR, 2016).

Não se pretende, com o presente estudo, afirmar que a extrajudicialização é a solução para todos os problemas que o Poder Judiciário enfrenta na atualidade. Existem várias questões sérias que precisam ser levadas em consideração e investigadas a fundo, como, por exemplo, o fato de que “o Estado é, de longe, o maior litigante judicial, abarcando em suas três esferas cerca de 70% dos processos em tramitação” (RODRIGUES, 2014).

Porém, não se pode negar que a transmissão de mais responsabilidades, inclusive mediante alterações legislativas, em conjunto com mais investimento para as Serventias extrajudiciais, tem a capacidade de contribuir consideravelmente para desafogar a malha judiciária brasileira e contemplar os direitos constitucionais de acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana.

3. OS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Os primeiros instrumentos de solução de conflitos chamados “alternativos” à jurisdição tem início com a heterocomposição, por meio da arbitragem, conciliação e mediação; entretanto, ainda demandam a interferência, de uma forma ou de outra, da máquina judiciária – seja por se darem intraprocessualmente, como no caso da conciliação, seja por demandarem execução judicial posterior, na arbitragem. Em outras palavras, não se tratam propriamente de uma desjudicialização, no sentido estrito, uma vez que o Poder Judiciário ainda estará envolvido.

É notório que o sistema jurisdicional brasileiro é primordialmente contencioso, ou seja, tem como ponto nevrálgico a busca pela solução de disputas vivenciadas pelos cidadãos e pelo Estado. Sua aparelhagem processual foi construída a partir da noção de lide – que, pela percepção clássica, é definida como “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (MARQUES, 2000, p 02).

Assim, constata-se facilmente que o conflito corresponde à principal demanda judiciária. Contudo, não se pode olvidar que existem situações, cada vez mais frequentes, em que não há pretensão resistida, mas apenas a necessidade que o Estado, na pessoa do juiz, fiscalize a existência dos

requisitos legais e sua adequação ao caso concreto, para que seja efetivado o direito material – esta é a chamada jurisdição voluntária.

É que, vale enfatizar, a “jurisdição voluntária” caracteriza-se, não obstante ser prestada pelo Estado-juiz, pela ausência de conflitos entre os envolvidos na situação de direito material. Tanto que é costume não se referir, em se tratando de jurisdição voluntária, a “partes” mas a “interessados”; evita-se, a todo custo, falar em “lide” no sentido de “conflito” falando-se em “controvérsia”, e assim por diante (BUENO, 2014, p. 44).

Por opção do legislador, vários dos procedimentos classificados como “de jurisdição voluntária” já podem ser realizados administrativamente nas serventias extrajudiciais, sem intervenção do Estado-juiz: separação e divórcio consensuais, inventário extrajudicial, usucapião administrativa, entre outros – ressalte-se que a lei foi clara em seu desejo de desonerar o Poder Judiciário, ao deixar explícito que não haverá necessidade de homologação judicial nessas situações. A esse fenômeno, de transferência do monopólio jurisdicional à esfera extrajudicial, dá-se o nome de extrajudicialização.

A Lei 11.441/2007 é um dos grandes exemplos de aplicação prática da extrajudicialização, visto que trouxe ao ordenamento jurídico a possibilidade de realização de inventários e divórcios nas Serventias extrajudiciais, de modo administrativo. Este dispositivo foi considerado como de grande importância para o direito de família contemporâneo, visto que, desde que cumpridos determinados requisitos, os procedimentos consensuais deste âmbito do direito podem ser realizados pelos registradores, não havendo a necessidade de se buscar o Poder Judiciário para tal, como era de praxe, a fim de resguardar a segurança jurídica necessária ao ato.

Outra exemplificação da extrajudicialização é decorrente da Lei 6.766 de 1979, que concedeu aos Cartórios de Registro de Imóveis a permissão para tratar acerca das questões sobre aquisição de terrenos e lotes,

abrangendo inclusive a possibilidade de notificação dos adquirentes das terras. Do mesmo modo, com a Lei 8.560 de 1992, implantou-se na sociedade a fomentação ao reconhecimento de paternidade de forma voluntária a partir do vínculo estipulado com o filho, na busca de evitar as lides contenciosas de reconhecimento paternal quase que obrigatório, estipulando, dessa forma, certa harmonia entre a família.

Em 2004, por sua vez, a Lei 10.931 dispôs sobre a possibilidade de se retificar os registros imobiliários, quanto à sua área, de forma administrativa, sem a necessidade de interferência da via judicial. No mesmo sentido, a Lei 11.790/2008, em alteração à Lei 6.015/73, trouxe a viabilidade de realização tardia do registro de nascimento.

Por fim, uma das novas disposições extrajudiciais mais comentada e estudada atualmente, implantada pelo novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.071, é a Usucapião, que agora pode ser realizada sem a interferência da Justiça.

4. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

4.1. Conceito e Espécies de Usucapião

A princípio, antes de adentrar ao tema específico da Usucapião, é necessário conceituar esta modalidade de aquisição da propriedade outros direitos reais ante o ordenamento jurídico brasileiro, bem como elucidar as diversas formas existentes, a fim de uma exposição clara e objetiva sobre sua possibilidade de realização fora das vias processuais.

A usucapião é uma forma de aquisição da propriedade que se dá pela posse ininterrupta e prolongada do bem, móvel ou imóvel, em suas diversas formas, de acordo com os requisitos específicos de cada, que se diferenciam, *a priori* pelo indicador temporal, e possuem em comum a determinação do interessado em “usucapir” o bem, tê-lo como seu.

A princípio, a usucapião deve obedecer alguns princípios gerais, segundo o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, quais sejam, como já mencionada, a real intenção de posse, sem subjugação ou

subordinação a qualquer indivíduo, em caráter único e exclusivo, a fim de explorar o bem para seu proveito ou de sua família, apenas. A posse da qual se busca a reafirmação jurídica não pode ainda ser exercida mediante violência, de forma precária ou clandestina, devendo ser espontânea, em caráter pacífico, brando (ou manso) e contínuo.

Neste sentido, a usucapião de bens imóveis divide-se em ordinária, extraordinária e especial urbana ou rural, enquanto a de bens móveis se partilha entre ordinária e extraordinária.

A Usucapião ordinária se configura pelo exercício da posse sobre o bem imóvel, desde que haja justo título e boa-fé, sendo indispensável a prova desses dois requisitos. Nesta hipótese, a posse deve ser de forma mansa e pacífica, continuamente, sem interrupções e sem oposição do proprietário de direito, em período igual ou superior a dez anos, como dispõe o artigo 1.242 do Código Civil vigente: “Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.”

Não obstante, o prazo pode ser reduzido para cinco anos quando houver provas de que o imóvel foi comprado pelo usucapiente, com registro posteriormente cancelado em cartório, e ainda se o possuidor realizar investimentos no bem, com fim socioeconômico, ou se o imóvel for seu local de moradia habitual estabelecida, como dispõe o parágrafo único do artigo 1.242 do CC/2002:

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. (BRASIL, Código Civil de 2002).

A usucapião extraordinária, em contrapartida, configura-se na posse em que o possuidor tenha ânimo de proprietário, ou seja, desde que haja

evidente vontade e aparência de dono da coisa, bem como necessita de posse justa, sem violência, clandestinidade ou precariedade, de forma mansa e pacífica e sem a contraposição do proprietário de direito. Nessa modalidade de usucapião, a lei presume de forma absoluta a presença do justo título e da boa-fé (a lei esclarece " independentemente de justo título e boa-fé").

A posse deve ser ininterrupta, no prazo de quinze anos, o qual poderá ser reduzido caso haja habitualidade de moradia ou realização de obras e serviços produtivos no bem imóvel. Poderá ainda o possuidor adquirir esta modalidade de usucapião por meio de sentença declaratória do juiz competente, valendo esta como título para registro da propriedade perante o registrador de imóveis.

Assim, demonstra o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.238, *caput* e parágrafo único:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Quanto à usucapião especial, esta modalidade se fundamenta no princípio da função social da propriedade, o qual, em síntese, determina que a propriedade deve cumprir sua função na sociedade, o dever para o qual foi criada e adquirida pelos homens, a fim de produzir, em meio rural, e servir de moradia no meio urbano. Desta maneira que o descumprimento deste papel na sociedade é uma das formas de perda do título pelo proprietário, observado que, para o direito, este não faz *jus* ao bem imóvel que detém.

A usucapião especial, portanto, se divide em rural e urbana, de forma que será necessário ao possuidor exercer a função social que não é cumprida pelo proprietário de direito. A urbana se subdivide em individual ou coletiva, onde a primeira se configura nos casos de imóveis urbanos com área máxima de 250 metros quadrados, desde que habitado para a própria moradia do indivíduo ou de sua família, com ânimo de proprietário.

Neste caso, é desnecessária a apresentação de justo título, presumindo-se a boa-fé do usucapiente, desde que não haja qualquer outro bem imóvel em nome do possuidor e a posse contenha os requisitos mínimos comuns às outras formas, em caráter manso e pacífico, de modo ininterrupto e sem qualquer oposição do proprietário de direito, pelo prazo mínimo de cinco anos completos, nos termos do artigo 1.240 do Código Civil de 2002.

No caso da usucapião urbana coletiva, esta terá validade apenas quando o imóvel possuir tamanho superior a 250 metros quadrados, sendo ocupado por uma coletividade de pessoas na intenção de fazer deste sua moradia, e, ainda, mediante a presença dos demais requisitos na forma individual.

O artigo 1.239 do Código Civil traz ainda a possibilidade da usucapião rural, pela qual o indivíduo deverá possuir imóvel rural no período mínimo de cinco anos ininterruptos, sem oposição do real dono, observados os demais requisitos já apresentados, desde que o bem imóvel tenha o tamanho máximo de 50 hectares e nele seja exercida sua função social pelo usucapiente.

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (BRASIL, Código Civil de 2002).

No caso de bens imóveis, a usucapião poderá resultar do aproveitamento do tempo de posse exercido por seus antecessores (art. 1.243 do CC.), sendo aplicado ao dono futuro quando houver a manutenção do abandono iniciado pelo proprietário anterior, em caso de transmissão de direitos.

Subsistem, neste caso, as formas ordinária e extraordinária, onde a primeira dependerá do exercício da posse de bem móvel em período igual ou superior a três

anos, em condição ininterrupta e incontestável, dependendo de justo título e boa-fé do indivíduo sobre o bem.

A usucapião extraordinária, no que lhe diz respeito, independe de justo título ou boa-fé do indivíduo possuidor do bem móvel, entretanto, necessita de prazo mínimo de cinco anos, além dos demais requisitos da ordinária. Não menos importante, resta uma nova forma de usucapião disposta pelo Código de Processo Civil de 2015, qual seja a extrajudicial, pela qual os registradores poderão validar a posse do indivíduo.

Ainda, há que se destacar o artigo 1.240-A do Código Civil, incluído pela Lei nº. 12.424, de 2011, a saber:

“Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

4.2. Usucapião Extrajudicial

A usucapião extrajudicial, ou usucapião administrativa, possui respaldo legal no artigo 1.071 do Novo Código de Processo Civil. No entanto, o ordenamento jurídico já dispunha acerca desta possibilidade desde 2009, através da Lei 11.977, que conferia ao possuidor o direito de registro do imóvel desde que respeitados os requisitos dispostos pelo artigo 183 da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, o Novo CPC, em alteração ao artigo 216-A da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), na busca de “desafogar” o poder judiciário, traz o tema da seguinte forma:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado [...].

O Novo CPC não restringe esta possibilidade ao tamanho de propriedade, de modo que pode ser realizada para qualquer modalidade de usucapião, desde que cumpridos os requisitos necessários. Observa-se ainda que o artigo é claro ao mencionar que não há prejuízos à via jurisdicional, ou seja, esta forma é uma alternativa, sem obrigatoriedade, ao processo judicial, visto que pode ser feita de forma mais célere pelo interessado.

É necessário, de início, o requerimento do interessado ao registro de imóveis competente, o qual deve conter uma ata notarial que corrobore o período de exercício da posse pelo requerente, a planta do imóvel objetivado e seu memorial descritivo, devidamente realizados por profissional habilitado, além das certidões negativas dos distribuidores da comarca, a apresentação de justo título ou de documentos comprobatórios da origem da posse, seu exercício em continuidade, o tempo e a natureza da mesma, bem como a comprovação de pagamento dos devidos impostos e taxas neste período de posse sobre o imóvel.

Será aberto prazo de 15 dias ao Estado para manifestação acerca da pretensão do usucapiente, do mesmo modo que ao público, através de edital, a fim de informação para possíveis terceiros interessados no caso. Não havendo qualquer contraposição do Estado ou de terceiros, cumpridos os requisitos e apresentada a documentação necessária, diante de concordância expressa dos detentores de direitos sobre o bem, será registrada a aquisição da propriedade do imóvel e a consequente abertura de matrícula, quando assim for necessário.

Na hipótese de ser rejeitada a pretensão do usucapiente, este poderá ainda recorrer ao Poder Judiciário e ajuizar ação de usucapião judicialmente, nos termos apresentados nesta pesquisa.

Observa-se, neste sentido, que a possibilidade de realização da usucapião extrajudicialmente, sem necessidade de mobilização da Justiça ou do Ministério Público, além de conceder autonomia ao registrador de imóveis, lhe possibilita auxiliar na desburocratização judiciária e fornece ao cidadão uma forma evidentemente mais célere e simplificada, porém jamais insuficiente, de adquirir a propriedade da qual mantém posse.

5. CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou apresentar, com base no ordenamento e doutrinas jurídicas, o conceito e as formas de extrajudicialização e desjudicialização dos procedimentos jurídicos, analisando o papel das Serventias extrajudiciais neste processo, que confere mais celeridade às pretensões dos indivíduos, garantindo-lhes a mesma segurança jurídica que um título judicial, fruto de um longo processo movido no judiciário.

O trabalho buscou apresentar o conceito dessa nova forma processual, a extrajudicial, analisando seu surgimento e suas formas de aplicação, que vão desde

os métodos de solução de conflitos, conciliação e mediação, até a realização de inventários, divórcios e usucapião por meio dos Cartórios, como auxiliares e integrantes da Justiça.

Demonstrou ainda a importância do trabalho realizado pelas serventias extrajudiciais e dados que comprovam que seu trabalho vem, aos poucos, desabarrotando os juízes do acúmulo de processos que, por vezes, podem ser solucionados em tempo inferior ao comum, desde que presentes os requisitos necessários para tal.

Por fim, a pesquisa dispôs sobre as diversas possibilidades conferidas ao público de realização extrajudicial de suas pretensões, com enfoque na usucapião, desenvolvendo o artigo acerca do conceito de usucapião e suas formas, dispostos pelo Código Civil de 2002 e da novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil à Lei dos Registros Públicos, possibilitando aos indivíduos a aquisição da propriedade pretendida diretamente pelo registro de imóveis, desde que cumpridas as determinações legais, sem óbices às pretensões que prefiram o trâmite processual judiciário.

Assim, o objetivo deste estudo é ressaltar a importância conferida às serventias extrajudiciais, principalmente diante da enorme gama de processos que assolam o judiciário, especificamente quanto aos casos de usucapião, a fim de garantir mais facilmente ao indivíduo e ao Estado o cumprimento da função social da propriedade, nos termos da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO; SINDICATO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Revista Cartórios com Você**, São Paulo, ed. 4, ano 1, jul./ago. 2016.

ATOS EM cartórios retiraram 1,3 milhão de processos da Justiça. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/atos-cartorios-retiraram-13-milhao-processos-justica>>. Acesso em: 20 maio 2018.

BANCO MUNDIAL. **Fazendo com que a Justiça Conte: Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil**. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica. América Latina e Caribe, 2004. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; DA SILVA, Cristiano Alves. **Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Âmbito do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2015. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: 21 maio 2018.

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião Administrativa: de acordo com o novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Lei dos Registros Públicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 19 maio 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**, 2.ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Millennium, 2000.

SHIRTS, Matthew. Crônica – O cartório. **Revista VEJA SP**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/883/cronica-o-cartorio.html>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

A LEGALIDADE DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA MOVIMENTAÇÃO E SAQUE DO FGTS

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 Supremo Tribunal Federal julgou improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade 2382, 2425 e 2479, conforme veiculado no informativo de jurisprudência nº 894, as quais versavam sobre a invalidade de dispositivos da Lei 8.036/90, dentre eles a vedação à concessão de medida liminar ou tutela antecipada que impliquem em saque ou movimentação do FGTS. A superveniência do Código Processo Civil de 2015, por sua vez, previu nova modalidade de tutela provisória, a tutela de evidência. No artigo, será abordada a possibilidade de concessão de tutela provisória de evidência para movimentação e saque do FGTS.

PALAVRAS-CHAVE: FGTS. Tutela de evidência. Constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As tutelas provisórias no Novo Código de Processo Civil. 3. A constitucionalidade do art. 29-B da Lei 8.036/ A distinção do precedente fixado nas ADIs 2382, 2425 e 2479 e a tutela de evidência. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Lei 8.036/90, com a redação dada ao artigo 29-B Medida Provisória nº 2.197-43 de 2001, vedou a concessão de medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva ou de tutela antecipada que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 2382, 2425 e 2479 deliberou pela constitucionalidade do aludido dispositivo.

A nova legislação processual civil, a seu turno, inaugurou a distinção legal entre as tutelas provisórias de urgência e de evidência.

No presente artigo busca-se aferir a legalidade da decisão que concede a tutela provisória de evidência que implique em movimentação ou saque do FGTS.

2. As tutelas provisórias no Novo Código de Processo Civil

O processo, enquanto instrumento da jurisdição, função estatal, deve primar pela eficiência dos atos processuais e, em atenção ao princípio do pleno acesso à justiça, promover a entrega, em tempo razoável, da solução do mérito da lide, incluindo a atividade satisfativa.

Nesse sentido, os artigos 5º, LXXVIII, da CR/88, 4º, 6º, 8º e 139 do CPC/2015 e 765 da CLT.

A fim de mitigar a crise no sentimento de justiça, o CPC/2015 disciplinou no Livro V as tutelas provisórias, que podem ser de urgência satisfativa ou cautelar e provisória (art. 294 CPC/2015).

A tutela provisória, segundo Fredie Didier:

“ é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva - que a confirme, revogue ou modifique.”
(DIDIER, 2014, p. 516)

Rinaldo Mouzalas, por sua vez, refere:

“As tutelas provisórias são, então, instrumentos de combate as repercussões decorrentes da demora da prestação jurisdicional e possuem o escopo comum de redistribuir de forma mais igualitária o tempo do processo, rumo a dotar o procedimento de maior efetividade, ao antecipar sua efetivação ou prevenir sua inutilidade.”
(MOUZALAS, 2016, p.367)

As tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015 podem ser classificadas como sendo: 1 – de urgência, as quais se subdividem em tutela antecipada e tutela cautela; e 2 – de evidência.

Nos termos do art. 300 do CPC/2015 “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

A tutela de evidência, por outro lado, conforme artigo 311 do CPC/2015, será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

“I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.”

Nesse sentido, afirma NEVES (2016) que a distinção clara entre as tutelas de urgência e de evidência, funda-se na ausência de necessidade de demonstração de perigo de dano ou risco ao processo, sendo bastante a configuração de alguma das hipóteses previstas no artigo 311 do CPC/2015.

Donizetti, na mesma esteira, refere que:

“a tutela de evidência não está lastreada na urgência, mas na

evidência das provas apresentadas desde logo pelo autor, assim com o na hipótese de ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (art. 311).”

Conquanto as tutelas de urgência e de evidência, por serem hipóteses de tutela provisória, caracterizem-se pela formação de convicção precária, ou seja, necessária de confirmação por decisão definitiva, a partir de juízo sumário, não exauriente, as hipóteses descritas no art.311 do Código de Processo Civil tratam de situações de grande probabilidade de êxito na demanda pelo autor.

A partir desta distinção, é de se questionar, sob a perspectiva teleológica do art. 29-B da Lei 8.036/90, se a vedação à concessão de medida liminar e tutela antecipada nela referida inclui também a tutela de evidência.

3. A constitucionalidade do art. 29-B da Lei 8.036/90

A Medida Provisória nº 2.197-43 de 2001, incluiu o artigo 29-B na Lei 8.036/90, tendo previsto:

“ 29-B. Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos [arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil](#) que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS. ”

O aludido dispositivo promoveu cizânia doutrinária e jurisprudência acerca da constitucionalidade da disposição, mormente no que diz respeito à existência de vício formal por se tratar de alteração de norma processual por meio de medida provisória e diante de eventual afronta à independência do Poder Judiciário.

Quanto à existência de vício formal, o Supremo Tribunal Federal promoveu o cotejo do processo legislativo vigente à época da elaboração da aludida medida provisória, tendo fixado a posição de que inexistia no período a vedação à disciplina de matéria processual por esta espécie legislativa.

Outrossim, restou superada a inconstitucionalidade sob o prisma do acesso à justiça e independência dos magistrados, a despeito do voto vencido do Ministro Marco Aurélio.

Deste modo, diante do caráter dúplice ou ambivalente das ações do controle concentrado de constitucionalidade, a improcedência das ADIs 2382, 2425 e 2479 implicam na constitucionalidade do art. 29-B da Lei 8.036/90, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art.102, §2º da CR/88).

4. A distinção do precedente fixado nas ADIs 2382, 2425 e 2479 e a tutela de evidência

A constitucionalidade do art. 29-B da Lei 8.036/90 declarada pelo Supremo Tribunal Federal sedimentou a conclusão de que no fica vedado ao magistrado a concessão de medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada.

O referido dispositivo legal não contempla, todavia, a vedação à concessão da tutela de evidência.

Conforme tratado anteriormente, a tutela de evidência funda-se em uma probabilidade séria, real, iminente de êxito do autor na demanda, tanto que o não se exige o requisito urgência para sua concessão.

Nesse sentido, no caso concreto, amparado por quaisquer das hipóteses do art. 311 do CPC, é dever do Magistrado, mormente na seara justrabalhista, na forma dos artigos 139 do CPC e 765 da CLT, velar pela efetividade da decisão judicial.

Assim, por exemplo, no caso em que o empregado distribua reclamação trabalhista na qual pleiteie a liberação dos valores depositados na conta vinculado do FGTS instruída com aviso de dispensa sem justa causa, carta de concessão de aviso prévio, Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho com código de dispensa imotivada, sem que seja oposta qualquer dúvida razoável pelo réu, nos termos do artigo 311 do CPC deve ser concedida a tutela de evidência.

Ressalte-se que o caso apresenta distinção em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se trata de decisão de antecipação de tutela, que exige o requisito da urgência ou de medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva.

5. Conclusão

A partir do exposto, a opção do legislador pátrio foi a de distinguir as espécies de tutela provisória, conforme as peculiaridades das tutelas de urgência e evidência.

Fixada a constitucionalidade do disposto no artigo 29-B da Lei 8.036/90 pelo Supremo Tribunal Federal, há vedação jurídica à concessão de tutela antecipada ou de medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva destinada à movimentação ou saque dos valores depositados na conta vinculada do FGTS.

A aludida decisão, segundo defendemos, todavia não abrange a tutela provisória de evidência que possui requisitos específicos, pautados na probabilidade de êxito do autor na demanda.

Em arremate, conquanto a questão ainda seja objeto de profunda controvérsia, posicionamos no sentido de ser possível, mesmo após o julgamento das ADIs 2382, 2425 e 2479, a concessão de tutela provisória de evidência que se relacione à movimentação e saque dos valores depositados na conta vinculada do FGTS.

6. Referências Bibliográficas

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v2 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

MOUZALAS, Rinaldo; NETO, João Otávio Terceiro; MADRUGA, Eduardo. Processo Civil – Volume único. 8ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. 8ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DA OMISSÃO NA CONSERVAÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS

VICTOR AUGUSTO GIRARDI:
Bacharelado do Curso de Direito pela
UNIBRASIL - Universidade Brasil. Auxiliar
de Cartório;

MARCO ANTÔNIO COLMATTI LALLO
(Orientador)

RESUMO: A Responsabilidade Civil é um instituto de importância significativa no âmbito jurídico, e é por meio deste que há a proteção do bem jurídico tutelado dos cidadãos, evitando assim que sejam lesados, e caso isso ocorra, que sejam ressarcidos. Deste modo se enquadra a Administração Pública como principal ente protetor, sendo responsável por suas ações e omissões, por meio de seus agentes, que possam resultar em danos a terceiros. Neste seguimento o presente trabalho visa tratar da Responsabilidade Civil do Estado quando falha na conservação das vias públicas e esta conduta omissiva gera prejuízos aos particulares que transitam por estas vias, sujeitos à insegurança ocasionada por buracos, falta de sinalização e situação precária das pistas, em um estudo de amplitude municipal, estadual e federal. A pesquisa se desenvolverá de modo a esclarecer os conceitos da Responsabilidade Civil e da figura Estatal, bem como elucidar a necessidade de manutenção do trânsito seguro, como apregoado pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Administração Pública; Conservação das vias públicas.

ABSTRACT: Civil Liability is an institute of significant importance in the legal sphere, and it is through this that there is protection of the legal right protected of citizens, thus avoiding that they are harmed, and in case this happens, that they are reimbursed. In this way, the Public Administration is classified as the main protector, and is responsible for its actions and omissions, through its agents, that may result in damages to third parties. In this follow-up the present work aims to deal with the Civil Responsibility of the State when it fails in the conservation of the public roads and this

omissive conduct generates damages to the individuals that transit through this path, subject to the insecurity caused by holes, lack of signalization and precarious situation of the tracks, in a study of municipal, state and federal amplitude. The research will be developed in order to clarify the concepts of Civil Responsibility and the State figure, as well as elucidate the need to maintain safe traffic, as proclaimed by the Brazilian Traffic Code.

KEYWORDS: Civil responsibility; Public administration; Conservation of public roads.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. 1.1 Conceito. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. 2.1. Responsabilidade Civil da Administração Pública por Omissão. 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SOBRE OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA MÁ CONSERVAÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS. 4. CONCLUSÃO. RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta um estudo acerca do instituto da Responsabilidade Civil, a fim de delimitar situações de responsabilização do Estado sobre suas ações e, principalmente, suas omissões na conservação das vias públicas e os prejuízos decorrentes deste fato aos particulares.

A pesquisa é dividida em três capítulos, os quais demonstram o conceito de Responsabilidade Civil, inicialmente, explanando acerca das teorias utilizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro para a aplicação prática da responsabilização cível.

Neste sentido, no primeiro capítulo será feito o estudo do conceito e surgimento da Responsabilidade Civil, da sua evolução mediante a apresentação das teorias que a consagraram, tanto subjetivas quanto objetivas.

O segundo capítulo se destinará a elucidar o conceito de Estado como Administração Pública no que diz respeito ao seu papel de protetor do bem jurídico tutelado, ressaltando-se a Responsabilidade Civil atribuída

à figura estatal, abrangendo assim situações genéricas e específicas de responsabilização do Estado no que diz respeito a atos comissivos e, principalmente, atos omissivos que resultem em dano ao bem jurídico de terceiros.

Segue a terceira parte, no objetivo de tratar da Responsabilidade Específica por Omissão do Estado na conservação das vias públicas e a consequente necessidade de reparação dos danos causados aos particulares prejudicados por esta falha da administração.

O tema desenvolvido, por se tratar de assunto pouco explanado pelo ordenamento jurídico brasileiro, apesar de polêmico e constantemente presente no rol das ações cíveis do poder judiciário, se baseará em doutrina genérica e artigos científicos análogos, visando, de modo dedutivo alcançar o resultado esperado em cada capítulo e no trabalho como um todo.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito

Responsabilidade é a atribuição e o dever de observância a algo, a tutela, o condicionamento e o cuidado, assim como o resultado da falta dos mesmos. Portanto, em uma das separações a fim de facilitar o conhecimento sobre o que é devido ao indivíduo há a Responsabilidade Civil, a qual deriva da necessidade de reparar um dano causado a outrem, mediante ação ou omissão, resultado do descumprimento do compactado. Assim, é papel da lei recompor o que foi defasado ou infringido no ordenamento jurídico, de modo que a Responsabilidade Civil, portanto, se respalda em âmbito jurídico no princípio fundamental de que não se deve lesar a ninguém, e uma eventual lesão decorre na necessidade de reparação.

Plácido e Silva conceituam o tema da seguinte forma:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a

prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção. (SILVA, 2010, p. 642).

O dever jurídico de cada cidadão é o de respeitar o ordenamento sobre o qual é regido, de forma que não seja causado prejuízo por quem desrespeita àquele que segue a normatização estabelecida. Assim quando não se cumpre o dever primário surge a obrigação secundária, decorrente da anterior, de reparar o dano causado pelo que foi ou deveria ser feito.

Nesse segmento se confundem ainda diferentes responsabilidades, de modo que é necessário ressaltar as diferenças que especificam cada uma, não se pode tratar a Responsabilidade Civil, por exemplo, do mesmo modo que moral e a criminal. A Responsabilidade moral é o conceito base, já mencionado, baseado na conduta do homem médio na sociedade, o indivíduo de comportamento moral equilibrado, no entanto há vezes em que algo é moral, mas proibido, ou imoral, mas livre de proibição, levando em conta a teoria de intersecção entre direito e moral (DINIZ, 2009).

Assim, a Responsabilidade Civil surge como um intermédio entre moral e direito que gera obrigação de ressarcimento do prejuízo causado, de início buscando restaurar a situação anterior ao dano causado, e posteriormente com objetivo indenizatório. Se difere nesse aspecto da responsabilidade criminal, onde não há reparação, mas sim a punição pelo descumprimento da norma estabelecida, esta que é de observância geral, de modo que a sociedade como um todo sofre pela conduta praticada contra seu ordenamento.

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 51) tratam da Responsabilidade Civil como sendo: “[...] a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).”

Como pressuposto inicial da Responsabilidade Civil há a voluntariedade do ato praticado ou não, assim prega a regra geral de que o ato ilícito ocasionado é de vontade própria do indivíduo, do qual surge a necessidade indenizatória, de recompensar o indivíduo prejudicado pela conduta.

Monteiro (ano apud STOCO, 1997, p.49) define que “[...] o ato ilícito também é ato de vontade, mas que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente [...] [...] o ato ilícito constitui delito, civil ou criminal, e, pois violação à lei.”

A Responsabilidade Civil é dividida ainda, doutrinaria e juridicamente, em subjetiva e objetiva, de modo que a primeira é proveniente do dano causado por ato doloso ou culposos onde deve-se provar a relação entre a conduta e o resultado, ou seja, é necessário se observar a culpa, o dano e o nexo de causalidade. E a segunda, objetiva, dispensa a necessidade de se comprovar a culpa ou dolo na conduta do agente, sendo suficiente apenas a relação entre o dano causado e a conduta praticada para que seja passível de indenização. O ordenamento jurídico brasileiro adota a Teoria da Responsabilidade Civil subjetiva, de maneira geral, não excluindo, no entanto, menção à responsabilidade objetiva no que diz respeito a situações de risco causado a outrem.

A Responsabilidade Civil objetiva se baseia no risco causado a outrem e na reparação da situação decorrente, não sendo necessário que se observe a culpa do agente causador, de modo que se inclui nesta teoria inclusive situações de risco causadas por caso fortuito ou força maior, onde só interessa a relação de causalidade entre o fato e o resultado.

O Código Civil Brasileiro de 2002 trata da Responsabilidade Civil objetiva em seu artigo 927, parágrafo único, da seguinte maneira: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Gagliano e Pamplona Filho (2010) dispõem que é, portanto, adotada no Brasil a teoria do risco, onde é levado em conta a potencialidade danosa da conduta do agente que resulta em situação de risco para outrem, e nesse mesmo segmento surge também a Responsabilidade Civil objetiva em relações de consumo, adotada pelo código do consumidor atualmente e fonte de mudanças significativas no âmbito jurídico nacional.

Desse modo, a Responsabilidade Civil se tornou hoje um dos âmbitos de maior importância no direito, por tratar intimamente das situações de prejuízo sofridas pelas pessoas e a forma de reparar isto. No entanto, além da responsabilidade entre as pessoas em si, causadoras ou sofredoras do dano, há a Responsabilidade Civil do Estado, ou da administração pública, que tem o papel de tratar das situações danosas entre os entes estatais e o povo, como será abordado.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Responsabilidade Civil em si, como já apresentado, representa a necessidade de reparação de um dano causado, e a administração pública, como tal e apesar de sua soberania, não se exime desse dever reparador quando é agente de uma situação danosa onde tem a responsabilidade de reparar o que foi lesado. O poder do povo é outorgado ao Estado para que busque o bem comum em um regime democrático, portanto quando o mesmo apresenta condutas que se desviam da lei e prejudicam o bem comum é necessário responsabilizá-lo civilmente de forma econômica (Gagliano; Pamplona Filho, 2010).

No entanto, a administração pública por si só não pratica conduta, essa é uma atividade atribuída aos membros de tal organização, ou seja, os agentes públicos, servidores do Estado. Assim, por meio das ações dos agentes públicos que infiram dano moral ou patrimonial a outrem cabe ao Estado responder, sendo responsabilizado de modo a compensar o prejuízo sofrido, e tal responsabilidade vale não somente para os atos ilícitos, quanto para os lícitos, desde que decorram em dano.

Gagliano e Pamplona Filho (2010) tratam ainda do fato de a administração pública possui poder de imposição e imperatividade sobre os

entes que são administrados por ela, de tal forma que é necessário um processo complexo e rígido de reparação do dano causado e, portanto, sua responsabilidade é proporcional ao seu papel social e jurídico. Assim, a Responsabilidade Civil do Estado se norteia por princípios mais extensos e delicados.

A base que fundamenta a Responsabilidade Civil da Administração Pública se encontra no princípio da isonomia, o qual dispõe que todos devem ser tratados iguais mediante as diferenças que lhe são particulares. De modo que a administração deve dividir seus encargos a todos de maneira igualitária, não prejudicando assim um ou outro indivíduo por lhe abarrotar de ônus enquanto os demais vivem normalmente.

Neste caso, o indivíduo a quem foi causado mais prejuízos estará fora da abrangência igualitária, portanto, o dever do Estado é situá-lo novamente à linha de igualdade com os demais, ressarcindo esse prejuízo causado, mesmo que não tenha sido por seus próprios atos, e ainda mais quando assim for, corrigindo o dano causado para que um indivíduo não seja mais onerado do que outro, trazendo novamente o equilíbrio social às custas da própria administração pública.

Maria Helena Diniz disserta sobre o tema da seguinte maneira:

As pessoas jurídicas como as físicas devem, portanto, ressarcir os prejuízos causados a outrem. O Estado, sendo pessoa jurídica de direito público, não foge à regra, mas sua responsabilidade rege-se por princípios próprios, visto que os danos que causa advêm do desempenho de funções que visam atender a interesses da sociedade, não sendo justo que somente algumas pessoas sofram com o evento lesivo oriundo de atividade exercida em benefício de todos.” (DINIZ, 2009, p. 638).

É válido ressaltar que, em situações como a desapropriação, não é cabível a aplicação da Responsabilidade Civil da administração pública, pois é este um caso onde o prejuízo ao indivíduo é causado em detrimento do

benefício público e devidamente ressarcido pela administração. Ressalta-se também que, como já dito, o Estado responde pelas ações ou omissões de seus agentes, ainda que estes sejam de entidade particulares a serviço da administração, e cabe ao Estado posterior ação regressiva ao agente causador.

Nesse âmbito do ressarcimento não se inclui, de regra, o dever da administração pública de ressarcir situações onerosas provenientes de atos legislativos, havendo assim um caso de irresponsabilidade administrativa.

O Estado não se responsabiliza pelos atos legislativos por ser a norma uma forma de imposição soberana a todos, da qual não se pode reclamar, pois presume-se que em um Estado democrático de direito a lei é criada pelo próprio povo por meio de seus representantes, assim as onerosidades ocasionadas pela mesma já são, em tese, previstas pela população. Além do fato de que o ato jurídico é uma situação de imposição geral, e assim não gera um prejuízo individual a alguém, e também não se responsabiliza o Estado porque a lei posterior não revoga um direito já existente e caso houvesse tão responsabilização a administração pública e a justiça se estagnariam, de modo que os interesses dos particulares que se sentirem lesados passarão a ser de maior observância que os interesses gerais.

No entanto, há situações onde o Estado ainda se responsabiliza pelos danos sofridos pelos particulares mediante atos legislativos, como quando a própria lei prevê o prejuízo e a indenização a este, quando um ato constitucional ou não atinge diretamente o patrimônio particular, em casos de atos inconstitucionais que decorram em dano ao indivíduo, ou em situações de omissão do legislador ou do próprio ente público.

2.1. Responsabilidade Civil da Administração Pública por Omissão

O termo "Omissão" se refere ao "Ato ou efeito de omitir" ou à "aquilo que se omitiu; falta, lacuna". Significa o ato de deixar de fazer o que se esperava que fosse feito, deixar de agir, seria assim então o oposto de ação.

No âmbito do direito, Omissão se caracteriza por deixar de fazer algo pelo qual era obrigado ou possuía condições de fazer, sendo assim, seria o descumprimento de uma ordem jurídica que impõe certa ação, a qual não é realizada, omitindo-se assim o agente. Os fatos jurídicos se dão nesta área tanto pela ação quanto pela omissão do indivíduo, de modo que a prática de uma ação ou a recusa em praticá-la surtem efeitos no mundo jurídico, cada uma a seu modo.

O site de artigos jurídicos JUS BRASIL (2015) conceitua Omissão da seguinte maneira:

Inação. Em sentido amplo, a ação envolve a omissão. Compreende também o fazer coisa diferente da imposta pelo preceito da norma jurídico-penal *aliudfacere*. A omissão é relevante como causa quando o emitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência. (OMISSÃO..., 2015).

O ordenamento jurídico como um todo se baseia na questão de ação ou omissão, ou ainda, segundo Maria Helena Diniz (2009), "ação comissiva ou omissiva", onde a ação comissiva é a prática de algo que contraria o ordenamento jurídico, e a omissiva o ato de não ter feito algo, contrariando a lei do mesmo modo. No âmbito do direito penal e da Responsabilidade Civil, principalmente, os atos omissivos têm observância significativa e poder de mudar condições, pois nestes casos "deixar de fazer" interfere tanto quanto "fazer".

A Omissão é intimamente ligada com os elementos da Responsabilidade Civil, mais precisamente a Conduta Humana, caracterizando-a como Conduta Humana Negativa quando assim for por omissão do agente. Da conduta omissiva resultará o dano infringido ao indivíduo ou o prejuízo causado, e então o dever de reparação, tanto nas

relações contratuais, extracontratuais ou do Estado, caberá a quem se omitiu de fazer algo. No entanto será de atribuição da vítima provar o dano que sofreu, a conduta omissiva do agente e o nexo de causalidade entre estes dois, portanto há a inversão do ônus da prova.

Dentro do âmbito da Responsabilidade Civil e de acordo com a evolução histórica do mesmo surgiram várias teorias, como já citado, dentre elas a já mencionada também teoria da culpa administrativa, uma das teorias subjetivistas que levavam em conta o elemento da culpa. Dentro desta surge a noção de que o Estado deve ser responsabilizado diretamente pelos atos de seus agentes, e com esses atos surge a inclusão da omissão, pois tanto a culpa *in commitendo* quanto a culpa *in omittendo*, culpa por ação e culpa por omissão, passam a acarretar em Responsabilidade Civil para a administração pública. No entanto, cabe ressaltar que deve haver nesta omissão a voluntariedade do agente, excluindo a conduta caso não haja.

[...] a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. 2007, p. 1.013).

A Omissão do Estado então será proveniente de Imprudência, Negligência ou Imperícia, como explanado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), ocasionando no dano ao particular. Assim o Estado se responsabilizará civilmente pelos efeitos da prática dotada de negligência, imprudência ou imperícia.

Cabe detalhar para todos os efeitos o que são essas práticas pelas quais se configura o dano da administração pública. Deste modo, Negligência é quando o Estado deixa de agir da forma que era esperada

que agisse, age com descuido sem tomar as devidas precauções para a situação, decorrendo em prejuízo ao indivíduo.

Já a Imprudência é uma forma de conduta mais ativa do que omissiva. Pois além do Estado deixar de fazer algo como lhe era esperado, faz algo de modo adverso, precipitadamente e sem cautela alguma, em certos casos munido ainda de má fé.

E por último há a imperícia, ainda rejeitada por algumas doutrinas, mas aceita de modo geral, de maneira que se configura quando há a espera de uma ação de conhecimento técnico, científico, ou específico do agente. No caso do Estado há imperícia quando por meio de seus entes públicos não é disposta a devida atenção a certas situações e, posteriormente, a ação mal feita ocasiona em dano a certo indivíduo.

Entende-se que é dever do Estado manter a ordem social, portanto quando há uma quebra nessa ordem o mesmo é responsabilizado. As situações em que o próprio Estado fere o bem comum por meio de seus agentes e suas atividades se configuram como condutas positivas, ações que causam danos. Enquanto há ainda as situações onde a administração pública apenas é responsabilizada por não ter agido, pois se espera, por exemplo, que o Estado mantenha a segurança de seus indivíduos, e no caso de um ataque que fira essa segurança a administração pública será responsabilizada por não ter mantido um ambiente seguro como deveria ser.

O Estado poderia ser responsabilizado então por duas formas de situações, as de força maior da natureza ou as de ações de terceiros. Na primeira se englobam casos onde a administração não trabalha de modo efetivo, como exemplo, na manutenção de asfaltos, bueiros, encostas e morros, e então uma situação ambiental inevitável como chuvas fortes ou tremores ocasionam enchentes, desmoronamentos, soterramentos, e desastres naturais do tipo. Nestas situações pessoas terão seus bens jurídicos prejudicados, e assim deverá o Estado recompensá-las, não por ser responsável pela situação natural de chuva forte, mas por ser responsável pelo prejuízo causado pela situação da enchente, que não ocorreria caso houvesse a devida atenção administrativa.

O Estado será responsabilizado também por ações de terceiros que firam o bem jurídico tutelado de particulares, como exemplo em situações onde manifestações ou atos de certos indivíduos venham a prejudicar a integridade física de um civil que se encontrava na rua como assim faz cotidianamente. Assim será responsabilizado o Estado por não ter agido para evitar os iminentes danos que poderiam ser causados nestas situações.

Há ainda casos onde pode-se responsabilizar a administração pública seguindo a teoria do risco administrativo, no entanto, devido à sua amplitude, cada caso deve ser tratado individual e atenciosamente. Se aplicaria esta a situações de *bullying* na escola, por exemplo. De modo que não seria necessário se observar a culpa do agente praticante, atribuindo o dever de ressarcimento diretamente ao Estado, considerando apenas o dano causado e o nexo de causalidade entre este e a conduta praticada por terceiro.

Entretanto, nestes últimos casos a responsabilidade da administração pública se configuraria mais como subjetiva do que objetiva, e é importante lembrar que via de regra o Brasil responsabiliza o Estado de forma objetiva. Portanto, casos de força maior, ou que englobem a teoria do risco administrativo fogem ao pactuado, sendo considerados apenas quando baseados em jurisprudência e casos julgados.

A Responsabilidade Civil da Administração pública, no que diz respeito à omissão, para alguns doutrinadores e no entendimento do direito brasileiro, não tem necessidade de comprovação de culpa, portanto é objetiva. De modo que em situações em que não há a quem atribuir culpa não haverá interferência na reparação do prejuízo causado, pois é mais importante que se verifique se houve ou não omissão do Estado que resultou na situação, do que se atente à quem deve ser atribuída a culpa.

Não é necessário que se atente à culpa pois a própria conduta negativa do Estado já lhe atribui intrinsecamente esse elemento, afinal este deveria ter se atentado para com certa situação e isto não foi feito. Resta à administração então indenizar o dano causado pela sua omissão, de modo que a simples relação entre conduta, nexo causal e dano já configura a

Responsabilidade Civil por omissão. No entanto, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, cabe direito de regresso do Estado contra seu servidor que tenha praticado conduta danosa com dolo ou culpa, portanto deverá ser analisada a culpa do agente.

Entende-se que o agente servidor da administração possui um dever específico de diligência imposto pelo Estado que lhe obriga a fazer algo de modo a não ferir de forma alguma o bem jurídico tutelado do particular administrado. O agente deve prever as consequências do ato que lhe é obrigado fazer devido à natureza da organização estatal, para que assim não incorra em um posterior dever de ressarcimento do Estado devido a danos causados a terceiros.

O Estado se torna obrigado a reparar então devido à omissão do agente, culposa ou não, que deveria ter estipulado métodos de evitar prejuízo coletivo e assim não fez. Deste modo, por causar situação onde haverá reprovação social da conduta do Estado por meio de seu agente é necessário a indenização do prejuízo, sem se atentar a intenção culposa ou dolosa do agente.

Diferentes doutrinadores separam a situação omissiva em dois casos, de modo que o primeiro se atribui quando há uma infração direta do ordenamento jurídico, nos casos onde o Estado deveria agir porque a legislação assim regulamenta, e não agiu. Não há a importância de se qualificar a intensidade ou qualidade da ação, apenas a sua execução, que não foi feita, configurando uma omissão direta.

E há os casos em que o ordenamento jurídico dispõe sobre situação danosas que podem vir a ocorrer, prevendo-as e estipulando formas para evitá-las. No entanto, a administração pública se omite de forma a não cumprir seu dever de evitar essas situações prejudiciais, decorrendo no dano causado a terceiro devido à sua omissão em relação ao que deveria ter feito para evitá-lo.

Entende-se então que a omissão direta do Estado, contrariando o ordenamento jurídico por meio da conduta de seu agente, será considerada ilícita, respondendo assim por responsabilidade objetiva. Enquanto a

omissão indireta pela conduta do agente estatal em uma situação onde não era exigível conduta específica e houve dano, será tratada como responsabilidade subjetiva, assim como nas situações genéricas, tais como já expostas, onde não há a contrariedade jurídica da omissão estatal.

Cavaliere Filho (2015) segue no mesmo sentido, de modo que o entendimento final e adotado no Brasil é exatamente o de que o Estado responderá objetivamente pela sua omissão decorrente em prejuízo a terceiro por motivo de não ter este agido como era devido. E responderá subjetivamente pela sua omissão genérica, ou seja, pela falta de um serviço que deveria ter sido executado, por não ter evitado algo que não lhe era obrigado, analisando assim cada caso de forma concreta para que se aplique a devida responsabilização.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SOBRE OS PREJUÍZOS DECORRENTES DA MÁ CONSERVAÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS

Apresentado o instituto da responsabilidade civil do Estado por omissão, nota-se que em um país de grandes proporções, como o Brasil, a administração pública tem o desafio de ser presente em todo o território nacional, evitando os possíveis danos que podem decorrer de suas atividades comissivas e se antecipando quanto às potenciais consequências das condutas omissivas, visto que, ocasionada a conduta e gerado um dano decorrente desta, será necessário o ressarcimento do prejuízo.

Observa-se assim, que a má conservação das vias públicas é uma falha na atividade do Estado de manter as vias em boas e seguras condições de trânsito, desta forma, é a personificação de uma omissão da administração pública. Neste sentido, como já analisado para os casos de conduta omissiva do ente público, a situação será gerida pela teoria da responsabilidade subjetiva, a fim de se avaliar se houve realmente conduta comissiva estatal e nexos de causalidade entre esta e o prejuízo sofrido pelo particular.

Sobre isto, dispõe o Código de Trânsito Brasileiro de 1997, em seu artigo 1º:

Art. 1º [...]

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

§ 3º Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

Desta forma, ressalta-se que o Sistema Nacional de Trânsito é um órgão criado pelo Código de Trânsito Brasileiro de 1997, composto por diversos setores que tem por obrigação o cumprimento de todas as disposições presentes no referido código, a fim de manter políticas de educação e o bom funcionamento do trânsito no país. Este instituto, por sua vez, é gerido pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, responsáveis por manter os departamentos estaduais e locais de trânsito. Ou seja, é uma discricionariedade do poder público e seus atos, desta forma, são de responsabilidade da administração pública.

Quanto à conservação das vias públicas, observa-se que o país é dividido em vias municipais, estaduais e federais, de modo que a conservação de qualquer destas é de competência direta do ente público que a mantém e, uma consequente conduta omissiva deve ser ressarcida por esta mesma entidade, municipal, estadual ou federal.

É notório que as vias públicas sofrem de situações externas à vontade dos entes públicos, visto que as condições climáticas e o tempo são fundamentais na sua depreciação, e não apenas a mera utilização pelos cidadãos. Assim, não se pode atribuir ao Estado toda a culpa pelas condições de uma pista que é de sua competência, entretanto, ao avaliar a subjetividade da responsabilidade civil, deve-se observar o prévio

conhecimento do ente público acerca da situação da via depreciada, bem como a inércia ante esse conhecimento, evitando corrigir os problemas existentes para a manutenção de um trânsito seguro.

Portanto, ainda que a via pública possua problemas que não são inerentes a qualquer atividade particular danosa, o Estado não se desincumbe do dever de repará-la e mantê-la, pois caso não o faça, será o competente para ressarcimento dos prejuízos subsequentes. Assim, a administração pública deve manter a fiscalização ativa acerca destes locais, procedendo à regularização de qualquer problema sempre que este for identificado.

4. CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou apresentar com base no ordenamento e doutrinas jurídicas, a fundamentação teórica para discussão sobre a Responsabilidade Civil Específica por Omissão do Estado na conservação das vias públicas, iniciando pela explanação do conceito de Responsabilidade Civil, Responsabilidade Civil do Estado e esta por omissão.

Demostrou também as inúmeras divisões do instituto da Responsabilidade Civil, as quais lhe permitem que esse âmbito tenha uma abrangência maior perante às necessidades sociais de reparação diante de prejuízos sofridos. Neste sentido tratou da Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva, assim como das teorias que fundaram cada um dos conceitos e são utilizadas ainda hoje para aplicações que fogem à regra adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O objeto da pesquisa foi explanar sobre os inúmeros prejuízos que a má conservação das vias públicas pode ocasionar na vida dos particulares, analisando ainda sobre o entendimento jurisprudencial do Estado de São Paulo acerca do tema, de forma favorável aos cidadãos, desde que comprovada a culpa resultante da conduta omissiva do ente público competente para a manutenção das vias públicas.

Assim, o estudo demonstrou que a frente desta vertente e de divergentes situações que resultam em prejuízo ao particular que transita pelas vias públicas, bem como buscou auxiliar na propagação de políticas públicas do próprio governo para manter a segurança de suas vias e rodovias, a fim de evitar os danos particulares bem como as posteriores e certas indenizações decorrentes destes. É notório que os indivíduos necessitam de uma maior educação sobre o trânsito e de penalizações gravosas para os erros que cometem, entretanto, a administração também deve ser penalizada por sua falha na prestação de serviço que gera ao indivíduo os mesmos riscos que a falta de educação ao conduzir veículos automotores ou até mesmo transitar como pedestres.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997.

_____. Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil Brasileiro*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. Ed. São Paulo: Editora, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva: 2009. v.7: Responsabilidade civil.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva: 2010. V.3: Responsabilidade civil.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. P.979.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, Vol. 5, p. 449.

OMISSÃO... **Omissão**. Disponível em: . Acesso em 08 out. 2015.

A ATUAL INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE EXTERNA INCOMPATÍVEL COM O CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO

EMANUEL HOLANDA ALMEIDA:

Graduado em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assistente de Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

Resumo: Trata-se de artigo cujo objetivo é analisar a subsistência no ordenamento jurídico brasileiro da possibilidade de dispensa do controle da jornada do empregado que exerce atividade externa. Analisa-se essa situação à luz do direito constitucional à limitação da duração do trabalho, considerando-se as inovações tecnológicas e jurídicas sobre o tema e os entendimentos sedimentados na jurisprudência.

Palavras-chave: Limitação da jornada de trabalho. Exceções ao controle da jornada de trabalho. Atividade externa.

Sumário: 1. Introdução; 2. A definição de jornada de trabalho e a importância de sua limitação; 2.1. Aspectos relacionados à saúde; 2.2. Aspectos sociais; 2.3. Aspectos políticos; 2.4. Aspectos econômicos; 3. A relevância histórica da limitação da jornada de trabalho e a revolução das normas que a regulam; 4. O art. 62, I, da CLT; 4.1. Discussões acerca da constitucionalidade do dispositivo; 4.2. Interpretação e alcance; 5. A inexistência de atividade externa impossível de ser controlada; 6. Conclusão; Referências.

1. Introdução

A limitação da jornada de trabalho foi uma das primeiras reivindicações da classe operária, possuindo íntima ligação com o surgimento do próprio Direito do Trabalho. Sua conquista representou um grande avanço para o estabelecimento de padrões mínimos de dignidade nas relações laborais, tendo em vista que se apresenta como instrumento

essencial para a proteção física, mental e social dos trabalhadores (BARROS, 2016).

Atualmente, no âmbito interno, a limitação à jornada de trabalho é um direito fundamental constitucionalmente garantido aos empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos, como estabelece o art. 7º da Constituição da República.

Diante de tantos elementos que demonstram a importância de uma jornada limitada, eventuais exceções a essa regra suscitam desconfiança, merecendo uma análise aprofundada de sua legitimidade social e conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, a hipótese de dispensa do controle de jornada em razão do exercício de atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, prevista no art. 62, I, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 8.966/94, sempre foi alvo de inúmeras discussões – inclusive acerca de sua constitucionalidade. Passados mais de vinte anos de sua instituição, essa exceção legal ao limite de jornada permanece vigente, mas ainda é causa de forte insegurança jurídica.

Não são poucas as demandas existentes na Justiça do Trabalho em que se discute a regularidade da aplicação do aludido dispositivo, sendo que, na maioria das vezes, reconhece-se que sua utilização ocorreu com o objetivo de fraudar a legislação trabalhista e sonegar o pagamento de horas extras. No âmbito do TST, fixou-se o entendimento majoritário entre as turmas que essa previsão legal só é admitida no caso de total impossibilidade de controle da jornada do trabalhador externo, não bastando apenas a inexistência desse controle por parte do empregador.

Ocorre que a caracterização dessa impossibilidade não é tarefa das mais simples, sobretudo porque o próprio ordenamento jurídico e o atual estágio de desenvolvimento tecnológico da nossa sociedade oferecem alternativas que possibilitam o controle da jornada de trabalho do empregado que exerce atividade externa sob quaisquer condições.

No presente artigo, buscar-se-á, após a apresentação de algumas considerações doutrinárias e pretorianas acerca do instituto da limitação à

jornada de trabalho e da previsão contida no art. 62, I, da CLT, demonstrar que as causas que motivaram a criação dessa disposição legal não mais subsistem. Pretende-se, portanto, comprovar que se trata de norma desligada da realidade social, que não possui mais aplicabilidade prática, devendo ser extirpada da nossa ordem jurídica, a fim de se conferir maior segurança às relações empregatícias que tenham por objeto a prestação de serviços externos.

2. A definição de jornada de trabalho e a importância de sua limitação

A jornada de trabalho pode ser compreendida como o lapso temporal no dia, semana ou mês em que o empregado coloca-se à disposição do empregador em virtude do pacto empregatício. Mede a principal obrigação do empregado no contrato – a prestação de serviços –, mensurando objetivamente a extensão da transferência de força de trabalho em favor do empregador (DELGADO, 1998. p. 19).

Conforme se infere do art. 4º da CLT, o legislador adotou a teoria do tempo à disposição do empregador, que se mostra mais benéfica a este do que a teoria do tempo efetivamente trabalhado. Isso porque considera como jornada de trabalho, além do interregno em que as atividades estejam sendo desenvolvidas, o período em que esteja aguardando ordens.

Diante dessa característica, está intrinsecamente ligada à remuneração do trabalhador, tendo em vista que sua medida irá ditar o valor do labor humano. Contudo, a importância acerca da limitação da jornada de trabalho transcende a definição da contraprestação pelo trabalho subordinado, sendo discutida, ainda, sob quatro enfoques: biológico, social, político e econômico. De forma sintética, já que não é objetivo do presente trabalho esgotar esse tema, analisar-se-á cada um deles a seguir.

2.1. Aspectos relacionados à saúde

À medida que o empregado, ao prestar serviços, dispense sua força de trabalho, é consequência natural o desgaste físico e/ou mental. É por

essa razão que a extensão da jornada de trabalho está diretamente relacionada com a saúde do trabalhador. Quanto maior a jornada, maior o cansaço.

Cientificamente, tem-se que o “esgotamento provocado por excesso de trabalho físico ou mental ocasiona a autointoxicação do trabalhador, eis que (...) dá-se a ‘liberação de leucomáinas no cérebro, aumento de ácido láctico nos músculos e creatinina no sangue e diminuição da resistência nervosa (...)’”. (BRANDÃO apud FONSECA, 2012. p. 121).

O resultado de jornadas excessivas é o enfraquecimento do sistema imunológico, baixa produtividade e o aumento no número de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. OLIVEIRA apud FONSECA, 2012. p. 122).

Defende-se, inclusive, que o objetivo principal das regras sobre duração do trabalho é tutelar a integridade física do trabalhador (BARROS, 2016. p. 436), e que elas possuem caráter de normas de saúde pública (DELGADO, 2016. p. 954).

2.2. Aspectos sociais

A limitação da jornada de trabalho possibilita ao empregado focar-se de forma adequada em sua vida particular. Permite, por exemplo, a fruição de maior tempo para suas relações familiares e sociais, lazer e até mesmo para o aperfeiçoamento educacional/profissional.

Deve-se ressaltar que o direito ao lazer é assegurado no caput do art. 6º da Constituição da República, e que, segundo o art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. (ONU, 1948).

Acrescente-se, para finalizar, que como corolário dessa discussão, em cotejo com o avanço tecnológico, fala-se hoje em direito à desconexão, expressão cunhada pelo Professor Jorge Luiz Souto Maior, que, de forma resumida, é o direito do empregado se desconectar da sua realidade profissional nos momentos de descanso.

2.3. Aspectos políticos

Segundo DELGADO (2016. p. 955), "a modulação de jornada e da duração do trabalho consiste em um dos mais eficazes mecanismos de combate ao desemprego. A redução da duração diária, semanal e mensal do labor abre, automaticamente (ainda que não em proporção equivalente), inúmeros postos de trabalho, ou – na pior das hipóteses – obstacula, de modo franco e direto, o ritmo de avanço da taxa de desocupação no mercado de trabalho".

Por sua vez, medidas como a intensificação do trabalho e a prestação de horas extras possuem o efeito e corroer postos de trabalho (DAL ROSSO apud FONSECA, 2012. p. 137).

Há, portanto, uma visível correlação entre a limitação da jornada e a criação de empregos, o que demonstra sua importância como medida de política de combate ao desemprego.

2.4. Aspectos econômicos

Sob o ponto de vista econômico, é comum o argumento do empresariado de que a limitação da jornada e as demandas por sua diminuição tendem a aumentar os custos de produção e, conseqüentemente, diminuir a competitividade – principalmente no mercado externo. Argumenta-se que o efeito disso é a diminuição dos investimentos e o enfraquecimento da economia nacional.

Todavia, vários estudos têm apontado que a limitação da jornada, acompanhada por uma tendência à sua diminuição sem redução de salários, apesar de aumentar o custo do trabalho em um momento inicial, acaba sendo compensado pelo aumento da produtividade, restaurando-se o equilíbrio financeiro e o lucro empresarial (FONSECA, 2012. p. 144).

Logo, as medidas de limitação de jornada apresentam-se também como instrumento eficaz do ponto de vista econômico, pois impulsionam a produtividade e, como visto acima, diminuem as despesas com licenças por doenças e acidentes de trabalho.

3. A relevância histórica da limitação da jornada de trabalho e a evolução das normas que a regulam

A revolução industrial do século XVIII impôs profundas mudanças no setor produtivo, dentre elas o surgimento da classe operária. Diante de um panorama de plena liberdade do exercício da atividade econômica, o trabalho era considerado uma mercadoria, estando submetido unicamente à autorregulamentação do mercado.

Inevitavelmente, como ainda ocorre atualmente, a concorrência e a busca por maiores lucros levava à necessidade de redução dos custos de produção. Sem qualquer interferência externa, a autonomia da vontade dos contratantes possibilitava a minoração dessas despesas produtivas através do sacrifício da parte hipossuficiente da relação: o trabalhador. O reflexo disso era a fixação de salários irrisórios, jornadas extenuantes e condições de higiene degradantes, que potencializavam os riscos de acidente.

Nessa época, a jornada de trabalho chegou a ser de 16 horas e se constatou uma exploração desenfreada do trabalho de mulheres e crianças em substituição ao trabalho do homem, por ser consideravelmente mais barato (CASSAR, 2015. p. 55).

A partir dessa realidade, Karl Marx desenvolveu a teoria da depauperação progressiva do proletariado, que possuía vinculação direta com a acumulação do capital. Esse marco teórico contribuiu de forma decisiva para a mobilização da classe trabalhadora, que, através do aprimoramento da consciência coletiva, passou a pressionar o Poder Público, a fim de que este apresentasse soluções para os problemas enfrentados. (BARROS, 2016).

Essa pressão social exercida pela massa trabalhadora e até mesmo pela igreja católica, que era um forte agente social da época, através de documentos eclesiais que defendiam a melhoria das condições de trabalho com fundamento na dignidade humana (Encíclica Rerum Novarum, Quadragesimo Anno, Divini Redemptores etc.) ensejou a intervenção estatal no equilíbrio da relação entre os atores das atividades laborais.

Surgiu, então, no final do século XIX, o Direito do Trabalho, com normas de natureza predominantemente imperativa, de caráter cogente, irrenunciáveis pelas partes, importando numa acentuada diminuição da liberdade contratual. O objetivo era, claramente, garantir alguns padrões mínimos de dignidade para os trabalhadores.

A consolidação do ramo justralhista veio no início do século XX. Com o término da primeira guerra mundial, consolidou-se a convicção de que a paz universal permanente só seria atingida através da justiça social. Tendo esse escopo, a OIT foi criada em 1919 como parte do Tratado de Versalhes e logo em sua Convenção nº. 1 da OIT dispôs sobre a duração do trabalho na indústria, estabelecendo a jornada de oito horas diárias e quarenta e oito horas semanais, o que demonstra de forma incontestável a natureza basilar desse tema dentro do Direito do Trabalho.

No mesmo período, surgiram as primeiras Constituições que incorporaram em seus textos os direitos trabalhistas: a Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), sendo que ambas trouxeram dentre seus dispositivos regras de limitação da jornada de trabalho. A do México, inclusive, estabeleceu a jornada diária de oito horas, a limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, a jornada máxima noturna de seis horas e um dia de descanso a cada seis trabalhados (PINHEIRO, 2006).

Além de medida de proteção individual do empregado, a limitação da jornada constitui-se em meio eficaz para garantir a eficiência da economia e para limitar a possibilidade de concorrência desleal. Essa evidente essencialidade refletiu numa tendência mundial de adoção de normas limitadoras do tempo trabalhado (OIT, 1958).

A própria OIT, além da mencionada Convenção nº. 1, editou até 1939 outras quatro Convenções (30, 31, 47 e 67) visando a limitar a jornada de trabalho de diversas categorias profissionais. É inegável que a matéria constitui-se, portanto, em um dos seus objetivos primários.

No Brasil, apesar da tímida existência de leis trabalhistas esparsas no período entre o final do século XIX e o início do século XX, apenas a partir do golpe de Estado de 1930 que se observa a efetiva regulação dos direitos

trabalhista. De 1932 até 1934, foram publicados vários decretos com a finalidade de estabelecer a jornada máxima de 8h diárias (FONSECA, 2012) e a Constituição de 1934 trouxe no §1º do seu art. 121 a determinação de que a legislação ordinária deveria prever o direito ao “trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei” (BRASIL, 1934).

Em 1943, a CLT codificou a legislação trabalhista existente e estabeleceu algumas disposições novas, sistematizando matérias relacionadas à limitação da jornada de trabalho como períodos de descanso, trabalho noturno e quadro de horários, além de disposições especiais relacionadas a categorias específicas. Além disso, fixou o limite semanal em 48h.

A Constituição de 1946 manteve a jornada de 8 horas diárias e determinou a remuneração do descanso semanal.

A Lei nº. 605/49 fixou os critérios da remuneração do descanso semanal e incluiu o adicional de horas extas.

Passou-se um grande período sem modificações relevantes acerca da matéria, até que com a promulgação da Constituição da República de 1988 a limitação da jornada passou a ser considerado como um direito fundamental e o limite semanal foi reduzido para 44 horas. A “Constituição Cidadã” trouxe, ainda, autorização para a flexibilização do limite de jornada, desde que atendidos determinados requisitos. Demais disso, foi erigida ao status de direito fundamental do trabalhador – o art. 7º está situado no título II da Constituição da República, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

4. O art. 62,I, da CLT

O art. 62 da CLT surgiu como exceção à regra geral de controle de jornada e registro da jornada, estabelecida nos arts. 58 (art. 7º, XIII, da CR/88) e 74, §2º, do texto consolidado. Em linhas gerais, além da limitação a uma jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, o empregador que conta com mais de dez empregados em um estabelecimento tem o dever de registrar a jornada de cada um deles.

Desde sua primeira redação, elencou hipóteses em que o empregador estava dispensado de controlar e limitar a jornada de trabalho de determinados empregados. Uma dessas situações está relacionada com o trabalho externo, estabelecendo a disposição original do mencionado artigo, em sua alínea "a", que não estavam sujeitos às regras relativas à limitação de jornada os vendedores praticistas, os viajantes e os que exerceram, em geral, funções de serviço externo não subordinado a horário, devendo tal condição ser, explicitamente, referida na carteira profissional e no livro de registro de empregados, ficando-lhes de qualquer modo assegurado o repouso semanal.

Essa previsão foi alterada pela Lei n. 8.966/94, que incluiu o inciso I ao aludido dispositivo, disciplinando a inaplicabilidade das regras que limitam a jornada aos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

A atualização legislativa não alterou substancialmente a norma, apenas conferiu uma redação mais abrangente ao seu texto, de forma a evitar interpretações que pudessem restringir sua aplicação a determinadas categorias, deixando claro que o relevante é apenas o exercício de atividade externa não compatível com a definição de jornada.

4.1. Discussões acerca da constitucionalidade do dispositivo

Faz-se necessário registrar a existência de discussão acerca da compatibilidade da norma ora analisada com a Constituição da República de 1988.

Num primeiro momento, logo após a entrada em vigor da nova Constituição, foi alvo de intenso debate a recepção por esta do art. 62 da CLT. Antes mesmo da pacificação da discussão, a Lei n. 8.966/94 trouxe novos contornos para ela. Por se tratar de regra posterior à sua promulgação, passou-se a discutir efetivamente a constitucionalidade da norma.

Alegou-se que teria havido a derrogação do dispositivo pelos incisos XIII, XIV e XV do art. 7º do novo texto constitucional, que ao determinarem

a existência de limites para jornada de trabalho, não estabeleceram qualquer possibilidade de dispensa (DE SOUZA; DO AMARAL; DOS SANTOS JÚNIOR; SEVERO, 2015).

Ademais, como já destacado, a limitação da jornada ganhou a roupagem de direito fundamental, possuindo as normas que a instituem, ainda, eficácia plena – aplicabilidade imediata, direta e total. Assim, uma parte da doutrina e da jurisprudência passou a defender que a Constituição universalizou os limites impostos, não podendo uma lei ordinária criar exceções não previstas pelo Poder Constituinte.

Por todas as questões que envolvem a necessidade de limitação da jornada de trabalho, esse entendimento parece ser o mais adequado. A própria evolução normativa do instituto, que vem sendo estendido até mesmo a categorias outrora excluídas constitucionalmente de sua tutela, fortalece essa tese – vide o caso dos empregados domésticos que passaram a ter direito à limitação da jornada a partir da EC 72/03. Ressalte-se, inclusive, que esse foi o entendimento adotado na 1ª Jornada de Estudos da Justiça do Trabalho, promovida em conjunto pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMAT), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT) e Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA) em 2007, conforme se infere de seu Enunciado n. 17:

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

Contudo, prevaleceu o posicionamento de que o dispositivo original foi recepcionado pela Constituição de 1988 e a Lei n. 8.966/94 é

materialmente constitucional, por se tratar de regra relativa a condição especial de trabalho. Trata-se de matéria pacificada no âmbito do TST.

4.2. Interpretação e alcance

Inicialmente, parte da doutrina defendeu a aplicação dessa disposição legal aos “empregados que, executando serviços externos em razão da própria natureza das funções, não podem estar submetidos a horários, desde que tal importaria em impedir que pudessem desenvolver suas atividades, a fim de obter remuneração compensadora, como no caso dos vendedores e viajantes” (SUSSEKIND, 1999). Privilegiou-se, portanto, a interpretação literal da lei, buscando-se definir as atividades que se enquadrariam em seu campo de aplicação.

Contudo, essa interpretação, data vênia, mostra-se inadequada. Ora, como a limitação da jornada pode impedir um trabalhador de desenvolver suas atividades e de obter sua remuneração? Como visto nos primeiros capítulos desse trabalho, a fixação de limites para o labor tem a finalidade precípua de proteger o empregado, além de possuir repercussões positivas no próprio resultado de suas atividades – quantitativamente e qualitativamente. Demais disso, o ordenamento já garante àquele que recebe remuneração variável, pelo menos, o salário-mínimo (art. 7º, VII, da CRFB).

Percebe-se, portanto, que é temerário falar em atividade incompatível com o controle de jornada, diante da própria natureza desse instituto.

Em contrapartida, também surgiu o entendimento de que o ponto de toque da aplicação do dispositivo ora discutido é a impossibilidade material de controle de jornada. Entende-se que a mera possibilidade de o empregador controlar o tempo pelo qual o trabalhador permanece à sua disposição afasta a incidência do art. 62, I, da CLT, sendo irrelevante a discussão acerca da existência efetiva de fiscalização da jornada de trabalho cumprida.

Segundo Mônica Sette Lopes (LOPES, 2012), a partir de uma interpretação teleológica, tem-se que a finalidade da criação dessa regra jurídica foi a impossibilidade de fiscalização da jornada de trabalho dos empregados externos.

Optou-se pela insubordinação ao limite de jornada porque, como a empresa não tinha como saber onde estavam, poderiam trabalhar menos do que a jornada mínima, contanto que realizassem as atribuições que lhe eram inerentes. Não se pensava que eles trabalhariam mais de 8 horas diárias para cumprir seus deveres profissionais, tendo em vista que haveria a mitigação da subordinação jurídica pela ausência física do empregador, implicando numa maior liberdade e na confusão entre horas de trabalho e horas de lazer (NASCIMENTO apud LOPES, 2012).

Atualmente, esse posicionamento é adotado por todas as Turmas do TST – 1ª (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-121500-11.2010.5.23.0004, Rel. Ministro Walmir Oliveira da Costa, 2013); 2ª (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 4391-83.2010.5.12.0035, Relator Desembargador Convocado: Valdir Florindo, 2013); 3ª (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 799-53.2015.5.18.0111, Rel. Mauricio Godinho Delgado, 2016); 4ª (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-176700-44.2008.5.02.0202, Rel. Ministro João Oreste Dalazen, 2013); 5ª (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 2047-86.2012.5.18.0005, Rel. Antonio José de Barros Levenhagen, 2017); 6ª (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR - 58600-76.2009.5.17.0009, Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 2014); 7ª (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 1811-78.2011.5.15.0062, Rel. Cláudio Mascarenhas Brandão, 2014) e 8ª (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR - 527-36.2012.5.03.0029, Rel. Dora Maria da Costa, 2013).

5. A inexistência de atividade externa impossível de ser controlada

A norma, em si (não o dispositivo atual), é originária da CLT, ou seja, data de 1943. Na sua gênese, como visto acima, certamente pela realidade completamente diferente que vivenciava a sociedade brasileira, não se imaginava que sua utilização implicaria na precarização da mão de obra – prestação de serviços além dos limites legais de forma incontrolada.

Hoje, em razão da globalização e do grau de desenvolvimento do modo de produção capitalista, acirra-se cada vez mais a competitividade no mercado. Por conseguinte, tem-se o aumento das exigências em face do trabalhador, que possui metas a cumprir e é constantemente cobrado por resultados. Logo, a realidade atual é a de que o empregado normalmente não consegue cumprir todas as tarefas que lhes são atribuídas dentro da jornada ordinária.

A prova maior disso é o notório grande número de demandas em que se reconhece o direito ao recebimento de horas extras na Justiça do Trabalho e a forte tendência de flexibilização da jornada.

Portanto, a presunção de que o trabalhador poderia cumprir suas atividades em jornada inferior à mínima legal, uma das motivações da criação do dispositivo, não mais subsiste.

Ademais, pergunta-se: ainda existe alguma atividade externa em que o controle é totalmente impossível?

A humanidade experimenta a era pós-digital, em que o conhecimento e a tecnologia desenvolvem-se de forma exponencial. Em poucos anos, evolui-se o equivalente a décadas ou séculos do passado.

Qualquer cidadão nos dias de hoje possui acesso fácil a aparelhos digitais inteligentes que enviam e recebem informações instantaneamente, e as redes de cobertura dos sinais de telefonia e internet estão cada vez maiores. Lugares que em outrora estavam digitalmente isolados agora estão completamente conectados.

Em relação à telefonia móvel, em pesquisa realizada em 2014, o IBGE constatou que 77,9% da população já utilizava celular (BUCCO, 2015).

Mais da metade dos lares brasileiros possuem acesso à internet (BOCCHINI, 2016) e o celular já é o principal meio de acesso no país (VILLELA, 2016).

Nota-se, pois, que a possibilidade de controle do trabalho externo é uma realidade totalmente acessível à maior parte da população através de

aparelhos simples e baratos. É, inclusive, uma situação amplamente visualizada no cotidiano das relações laborais atuais, tendo várias empresas adotado sistemas de registro de jornada remotos ou mesmo o controle diretamente ou indiretamente através de ligações telefônicas e aplicativos de mensagens instantâneas.

Em alguns casos específicos, isso vai mais além. O empregador tem acesso em tempo real ao desenvolvimento da prestação de serviços, como se vislumbra, por exemplo, quanto aos motoristas de veículos rastreados por satélite. A empresa, além de saber a exata localização e velocidade do veículo, com alertas referentes a mudanças de rotas e paradas não programadas, pode até mesmo bloqueá-lo à distância.

O controle da jornada, em tais situações, é maior até mesmo do que o realizado sobre os trabalhadores internos, que podem parar para tomar um café, ir ao banheiro ou conversar com algum colega e, mesmo assim, não serem notados.

Para as situações restantes, em que a tecnologia ainda não está ao alcance de empregado e empregador, a própria legislação já havia estabelecido uma solução bastante simples. Ela, contudo, sempre foi ignorada.

Na forma do art. 74, §3º, da CLT, se o trabalho for executado fora do estabelecimento da empresa, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder. Essa previsão foi recentemente mencionada nas leis que regularam a atividade dos motoristas profissionais e afastaram qualquer possibilidade de ausência de controle de jornada – art. 2º, V, da Lei nº. 12.619/12 e art. 2º, V, b, da Lei nº. 13.103/15. Ou seja, o legislador entendeu que é possível o controle da atividade dos motoristas – que é eminentemente externa – através de simples anotações realizadas pelo trabalhador em documentos levados consigo.

Poder-se-ia questionar a fidedignidade desse registro realizado unilateralmente pelo empregado, mas se deve invocar o princípio geral do direito que diz que a boa-fé deve ser sempre presumida. Além disso, o controle da razoabilidade das jornadas anotadas, pelo empregador, é

plenamente viável a partir da produção do trabalho do empregado, sendo possível a aferição de um tempo médio que se leva para a realização de qualquer atividade.

Ressalte-se, também, que, no caso de eventual fraude por parte do empregado, o princípio da primazia da realidade sobre a forma, uma das bases do Direito do Trabalho e que também pode ser aplicado em favor do empregador, possibilitará o afastamento dos registros de jornada fraudulentos. Apesar de a atividade ser externa, o empregado terá contato com várias pessoas que podem testemunhar sua jornada, como clientes e colegas de trabalho.

6. Conclusão

Diante do que foi exposto até aqui, verifica-se que a limitação da jornada do trabalho é um instituto embrionário do próprio Direito do Trabalho, uma conquista histórica da classe trabalhadora. Possui um escopo que vai muito além da regulação da relação entre patrão e empregado, tendo relevância social tamanha que atualmente é um direito fundamental dos trabalhadores em nosso ordenamento jurídico.

A norma insculpida no art. 62, I, da CLT, apesar de ter tido uma atualização do seu texto em 1994, é originária da época da criação do estatuto consolidado. Naquele tempo, o panorama econômico era completamente diferente, assim como a realidade das relações de trabalho.

Nos dias atuais, é inadmissível a existência de exceções legais ao controle de jornada pelo simples fato de o empregado exercer atividade externa. A permanência dessa possibilidade no ordenamento jurídico leva apenas à precarização da força de trabalho e à insegurança jurídica.

Se por um lado o empregado que não está sujeito ao controle de sua jornada acaba excedendo habitualmente os limites legais (muitas vezes em seus momentos de descanso), por outro o empregador que se utiliza desse expediente assume um grande risco de ser condenado ao pagamento de vultosas quantias em uma possível reclamação trabalhista em que se postule o pagamento de horas extras.

Isso ocorre porque a interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência para a aplicação do aludido dispositivo, com o devido respeito, encontra-se desligada da realidade. São cada vez menores as decisões judiciais que reconhecem a existência de impossibilidade de controle da jornada externa, situação que, como demonstrado, não existe.

Toda jornada de trabalho externo é controlável, podendo-se utilizar os mais variados meios para tanto, desde que idôneos. Isso está cada vez mais em voga em razão do espetacular desenvolvimento tecnológico que é experimentado.

Nem se alegue que se trata de entendimento extremamente protecionista, que pode inviabilizar a prática de determinadas atividades. A flexibilização da jornada de trabalho é uma realidade cada vez mais presente nas relações empregatícias, sendo preferível que os contratantes adotem essa prática a simplesmente dispensarem o controle da jornada externa.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho – 10 ed.* – São Paulo: LTr, 2016.

BOCCHINI, Bruno. *Pesquisa mostra que 58% da população brasileira usam a internet.* EBC – Agência Brasil, São Paulo, 13 set. 2016. Disponível em: Acesso em: 19 fev. 2017.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.* Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte, Rio de Janeiro, em 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm > Acesso em: 17 fev. 2017.

BRASIL. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília.* Senado, 1988.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho.* Rio de Janeiro: Congresso, 1943.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *1ª Tuma. Processo: TST-RR-121500-11.2010.5.23.0004*. Rel. Ministro Waldir Oliveira da Costa. Diário de Justiça, Brasília, 22 nov 2013.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *2ª Tuma. Processo: AIRR - 4391-83.2010.5.12.0035*. Relator Desembargador Convocado: Valdir Florindo. Diário de Justiça, Brasília, 06 set 2013.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *3ª Tuma. Processo: AIRR - 799-53.2015.5.18.0111*. Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado. Diário de Justiça, Brasília, 19 dez 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *4ª Tuma. Processo: TST-RR-176700-44.2008.5.02.0202*. Rel. Ministro João Oreste Dalazen. Diário de Justiça, Brasília, 22 nov 2013.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *5ª Tuma. Processo: AIRR - 2047-86.2012.5.18.0005*. Rel. Antonio José de Barros Levenhagen. Diário de Justiça, Brasília, 17 fev 2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *6ª Tuma. Processo: RR - 58600-76.2009.5.17.0009*. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga. Diário de Justiça, Brasília, 07 fev 2014.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *7ª Tuma. Processo: AIRR - 1811-78.2011.5.15.0062*. Rel. Cláudio Mascarenhas Brandão. Diário de Justiça, Brasília, 22 ago 2014.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *7ª Tuma. Processo: RR - 527-36.2012.5.03.0029*. Rel. Ministra Dora Maria da Costa,. Diário de Justiça, Brasília, 25 out 2013.

BUCCO, Rafael. *77,9% DOS BRASILEIROS USAM CELULAR, APONTA O IBGE*. Portal Telesíntese, São Paulo, 13 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/779-dos-brasileiros-usam-celular-aponta-o-ibge/>> Acesso em: 19 fev. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho – 11.ª ed. rev. e atual.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho – 15. ed.* – São Paulo: LTr, 2016.

_____. *Jornada de trabalho e descansos trabalhistas – 2. ed. rev., reelaborada e atualizada até a Lei 9.601/98.* – São Paulo : Ltr, 1998.

DE SOUZA, Rodrigo Trindade; DO AMARAL, Marcio Lima; DOS SANTOS JÚNIOR, Fernando Clarner; SEVERO, Valdete Souto. *CLT comentada pelos Juízes do Trabalho da 4ª Região.* São Paulo: LTr, 2015.

FONSECA, Maíra S. Marques da. *Redução da jornada de trabalho: fundamentos interdisciplinares* – São Paulo: LTr, 2012.

LOPES, Mônica Sette. *O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano.* Revista LTr. Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 76, n.1, p. 72-79, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. *Hours of work. International Labour Conference Report VIII.* Genebra: OIT, 1958.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Assembleia Geral. Paris: ONU, 1948.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais : a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917.* Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: . Acesso em: 16 fev. 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho, 22 ed.* – São Paulo: Saraiva, 1999.

VILLELA, Flavia. *Celular é principal meio de acesso à internet no Brasil, mostra IBGE.* EBC – Agência Brasil, Rio de Janeiro, 06 abr. 2016. Disponível em: Acesso em: 19 fev. 2017.

PENA DE CARÁTER PERPÉTUO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

GUSTAVO ELIAS DE MORAIS FREITAS:

Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho Público e Privado pela Faculdade Estácio do Recife.

RESUMO: O presente artigo possui o escopo de demonstrar a existência de penalidade de caráter perpétuo no ordenamento jurídico administrativo brasileiro, em descompasso com o estabelecido no artigo 5º, XLVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, perpassará pela análise crítica da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, importante diploma jurídico que estabelece o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, especialmente no campo da penalidade de demissão aplicável aos servidores públicos federais. Objetiva-se, a partir da pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, a análise da norma em estudo à luz da Constituição Federal brasileira e dos princípios administrativos, concluindo pela inconstitucionalidade presente na norma em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Lei n. 8.112/90. Penalidade de demissão. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Penalidades constitucionais; 3. As penalidades na Lei n. 8.112/90; 4. Princípios constitucionais e administrativos; 5. Instauração da ADI n. 2975-4. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, trata do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, e é aplicada a todos os servidores públicos federais sob o regime estatutário na União, nas autarquias federais, inclusive as em regime especial, e nas fundações públicas federais. Abrange os servidores ocupantes de cargos públicos, salvo os ocupantes de emprego público (contratados sob o regime celetista) e os cargos de legislação específica (i.e. juízes, procuradores, etc.).

Além de trazer institutos relacionados a formas de ingresso em seus quadros funcionais, remuneração, vencimentos, também trata do regime disciplinar dos servidores, ou seja, a capacidade de a Administração aplicar penalidades aos servidores que descumprirem seus deveres e proibições.

Nesse contexto, a Lei traz um rol extenso de direitos e deveres do servidor público perante a Administração, prevendo igualmente as suas possíveis punições em razão do descumprimento dos deveres elencados e prática de certas condutas. Dentre as penalidades aplicáveis, encontra-se a demissão, forma de desinvestidura do servidor público que sai forçosamente dos quadros de pessoal da Administração, em prejuízo da estabilidade no serviço público.

Não obstante, algumas condutas, por mais graves, ensejarão o impedimento definitivo do servidor em ocupar um novo cargo público federal regido pelo mesmo estatuto.

Nesse mote, o presente estudo perpassará sobre os conceitos de penalidades de caráter perpétuo e procurará esclarecer se tal penalidade justifica-se perante os princípios administrativos da moralidade, probidade, eficiência e boa fé, impedindo o servidor, mesmo após o cumprimento integral da pena, de retornar definitivamente aos quadros de pessoal da Administração Pública, ou se é inconstitucional e deve ser extirpada do ordenamento jurídico.

2. PENALIDADES CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal Brasileira de 1988, promulgada sob forte apelo democrático e advinda de uma época em que a democracia foi suprimida pelos regimes militares aos quais o Brasil foi submetido, tratou de constitucionalizar diversos direitos e garantias fundamentais ao ser humano, tornando-se verdadeira carta de direitos humanos a propiciar maior segurança jurídica e estabilidade nas relações entre particulares e o poder público. Como forma de rechaçar qualquer resquício dos atos cometidos pelo poder público aos indivíduos durante o regime militar, como torturas e censuras, constitucionalizaram-se as penas que jamais poderiam ser impostas aos indivíduos, por constituírem-se graves afrontas aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

Assim, tem-se que, em seu art. 5º, inciso XLVII:

Não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis. (original sem grifos)

Apesar de inúmeros artigos da Constituição Federal trazerem à tona normas de caráter relativo, como sigilo de correspondência, liberdade de locomoção, liberdade de associação, etc., a pena de caráter perpétuo revela-se como verdadeira proibição de caráter absoluto. Não traz em si qualquer ressalva, exceção ou hipótese que autorize penalizar o ser humano de forma perpétua, sem qualquer definição de tempo. Note-se que até o direito fundamental à vida é relativizado, permitindo-se penas de morte apenas em caso de guerra declarada, como se percebe da alínea *a*, ou mesmo pelo Código Penal, que preceitua não haver crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa^[1]. Assim, seja por penalidade de morte em caso de guerra declarada ou por morte praticada em legítima defesa, tem-se que o próprio direito à vida é relativizado, contudo, a proibição de penas de caráter perpétuo é absoluta. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, guardião da constituição, conforme se depreende do aresto abaixo:

A unificação penal autorizada pela norma inscrita no art. 75 do CP justifica-se como consequência direta e imediata do preceito constitucional que veda (...), **de modo absoluto**, a existência, no sistema jurídico brasileiro, de sanções penais de caráter perpétuo. Em decorrência dessa cláusula constitucional, o máximo penal legalmente exequível, no ordenamento positivo

nacional, é de trinta (30) anos, a significar, portanto, que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior àquele limite imposto pelo art. 75, caput, do CP (...).

(HC 84.766, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-9-2007, Segunda Turma, DJE de 25-4-2008).

Não se pode invocar que tal proibição de penalidades de caráter perpétuo restrinja-se apenas ao âmbito do direito penal. A proibição deve abranger todos os tipos de penalidades, proibindo-se que qualquer delas não tenha delimitação de prazo. É ilógico que se proíba penas perpétuas de natureza penal e admita-se penas perpétuas de natureza administrativa, visto que o fundamento é o mesmo, a dignidade da pessoa humana. Ainda, estar-se-ia elevando o ilícito administrativo à categoria mais alta que a do crime propriamente dito, capaz de privar do indivíduo de sua liberdade de ir e vir. Por esse princípio que abrange todos os direitos fundamentais, tem-se que a dignidade deve ser preservada em qualquer situação/posição que a pessoa se encontre. Immanuel Kant, filósofo alemão, formulou o princípio da dignidade da pessoa humana nos seguintes termos^[2]:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Assim, a pessoa humana, fonte de todos os direitos, não tem preço. A liberdade não tem preço. O ser humano que, por qualquer razão, achar-se cumprindo pena, considerada em sentido amplo, está penalmente, civilmente ou administrativamente, “preso”, quer seja encarcerado, responsabilizado ou rotulado de infrator, eterno “condenado” da ordem jurídica. Se a Constituição estabelece ser proibida aplicação de pena de caráter perpétuo, tem-se que toda pena deve atender ao caráter de temporariedade. De outra forma, a pena, dotada de caráter retributivo do mal cometido, perderia um de seus vários aspectos, o de ressocialização, recuperação do infrator. Como há de se ressocializar o agente eternamente

castigado? Não se pode cogitar que, uma vez ressarcido o ilícito pela responsabilidade civil e mantido o respeito à ordem jurídica pela responsabilidade penal, possa o indivíduo que já cumpriu suas penas continuar maculado eternamente pela norma administrativa de regressar ao serviço público federal. Se assim for, será transformado em falácia todo o argumento de ressocialização e de possibilidade de retorno do apenado à vida em comunidade.

Dessa forma, mesmo que não houvesse a previsão expressa da vedação à criação de penas de caráter perpétuo e sua individualização, vê-se que no sistema de normas constitucionais que visam frear o poder estatal indiscriminado sobre o indivíduo não é concebível admitir uma pena de interdição de direitos de caráter perpétuo, coadunando, por exemplo, com a dignidade da pessoa humana, ou ainda, com o valor social do trabalho e seu livre exercício, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a não marginalização, a liberdade, a isonomia, a não submissão a tratamento degradante e a proporcionalidade.

3.AS PENALIDADES NA LEI N. 8.112/90

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, trata do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, e é aplicada a todos os servidores públicos federais sob o regime estatutário na União, nas autarquias federais, inclusive as em regime especial, e nas fundações públicas federais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 determinou quando de sua edição, que as entidades federadas elaborassem, cada uma exercendo sua própria autonomia política, o regime jurídico trabalhista que adotaria para aplicação aos seus servidores públicos, nas administrações diretas e indiretas. Em decorrência de tal imposição, a União editou a Lei n. 8.112/90, que previu, dentre outras disposições, extenso rol de obrigações, direitos, conceitos e responsabilidades a serem aplicados aos servidores públicos de órgãos, entidades, autarquias e fundações públicas federais.

Antes da abordagem direta da mencionada norma, faz-se necessária a explicitação do âmbito da Administração Pública a que se aplica. Esta se divide em Administração Pública Direta e Administração Pública Indireta.

A Administração Pública Direta compreende o conjunto de órgãos da União, dos Estados Membros, dos Municípios e do Distrito Federal, constituídos para exercerem a função administrativa do Estado, seja de forma típica (órgãos do Poder Executivo) ou atípica (órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, no exercício de função administrativa). Exerce sua função tipicamente administrativa quando, i.e., o Ministro do Trabalho edita portaria acerca do andamento de processos, papéis e decisões administrativas a serem tomadas dentro de sua pasta, ou quando o Presidente da República baixa Decreto Presidencial regulando assuntos ligados ao âmbito administrativo da cúpula do governo federal, no âmbito da Administração Direta da União.

Da mesma forma, exemplifica-se o exercício da função típica administrativa quando o Instituto Nacional do Seguro Social edita circular dispondo de normas de serviço acerca do recadastramento de seus beneficiários, no âmbito da Administração Indireta desta Autarquia. Na forma atípica, quando os órgãos e entidades da Administração Direta exercem suas funções administrativas, pode se exemplificar o Supremo Tribunal Federal, que, além de atuar na sua função típica judicante como órgão responsável pela guarda da Constituição Federal, também exerce atividades de rotina administrativa através de seus servidores e agentes públicos quando, i.e., realiza processo licitatório para escolha de fornecedores de materiais administrativos, ou quando realiza processo de seleção pública de servidores. Tanto os órgãos quanto as entidades exercem funções administrativas, contudo sua principal diferença funda-se na existência de personalidade jurídica pelas entidades, enquanto que os órgãos, apesar de serem unidades de atuação integrantes da estrutura da Administração Direta e da Administração Indireta, carecem de tal personalidade^[3].

De acordo com o que preleciona o Decreto-Lei nº 200/1967, a Administração Pública compreende as Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Todas essas entidades, além de exercerem seu mister, também exercem funções administrativas, para as quais utilizam-se de servidores públicos ou empregados públicos. Antes de adentrar nos conceitos desses últimos, é necessário fazer pequena abordagem sobre as entidades antes mencionadas.

As Autarquias e Fundações Públicas, pessoas jurídicas de direito público, utilizam-se de servidores públicos para exercerem seu mister. Assim, mantêm com estes vínculo institucional. As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, pessoas jurídicas de direito privado, contratam empregados públicos, regidos pela norma celetária, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, mantendo com estes vínculo trabalhista. Ainda que essas quatro entidades realizem concurso público de provas ou de provas e títulos para compor seus quadros funcionais, utilizam-se de vínculos diversos para reger as relações de trabalho: institucional nas Autarquias e Fundações Públicas e trabalhista nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Os Empregados Públicos não ocupam cargos públicos, mas sim empregos públicos.

Servidor público, segundo prevê o artigo 2º da Lei 8.112/90, é “a pessoa legalmente investida em cargo público”, em órgãos, autarquias e fundações públicas federais. Em decorrência do vínculo institucional que mantêm com as entidades mencionadas acima, não terão suas controvérsias administrativas e trabalhistas resolvidas pela Justiça do Trabalho, mas sim, pela Justiça Federal, em função do vínculo institucional que mantêm com o Poder Público. São ocupantes de cargos públicos, definidos pelo artigo 3º da Lei n. 8.112/90 como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”. Ainda, o parágrafo único do mesmo artigo, prevê que “os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”.

Dessa forma, destina-se a Lei n. 8.112/90 a regular a atuação administrativa dos servidores, ocupantes de cargos públicos no âmbito da União, em seus órgãos e entidades administrativos. A respectiva lei, além de estabelecer seu âmbito de aplicação, trata de inúmeros conceitos e regras do regime jurídico trabalhista, como férias, remuneração, vencimentos, afastamentos, licenças, indenizações, processos administrativos de servidores e suas comissões, etc.

Em seu Título IV – Do Regime Disciplinar, a partir do art. 116 ao 142, a referida lei enumera deveres e proibições aos servidores públicos federais,

com a conseqüente punição, em âmbito administrativo, em caso de violação aos deveres e proibições enumerados. Colaciona-se o artigo 116 da norma em comento, a fim de esclarecimento dos deveres aos quais os servidores estão obrigados:

Art. 116. São deveres do servidor:

I – exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II – ser leal às instituições a que servir;

III – observar as normas legais e regulamentares;

IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V – atender com presteza:

- a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
- b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI – levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

VII – zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII – guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X – ser assíduo e pontual ao serviço;

XI – tratar com urbanidade as pessoas;

XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Os deveres listados acima apresentam certo grau de abstração que o caso concreto irá definir, e assim, pode-se determinar que toda violação desses deveres constitui proibição ao servidor público, pois, conforme preleciona o artigo 117, IV, caso o servidor pratique a proibição de “opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço”, ele atenta contra o artigo 116, incisos II, III, V, *a*, e IX de seus deveres funcionais listados acima.

Ressalte-se que a mencionada lei trata das punições administrativas, mas esclarece, em seu art. 125, que as sanções administrativas, civis e penais podem cumular-se, sendo independentes entre si. Estabeleceu a Lei n. 8.112/90 a independência das searas de responsabilidade que incidirão sobre o servidor. Esclarece-se, por sua vez, que uma ação do servidor pode ensejar infração a mais de um âmbito de responsabilidade, sendo necessária sua elucidação: Caso o servidor cometa a infração de improbidade administrativa, prevista no inciso IV do artigo 132 do estatuto, incorrerá em falta administrativa que ensejará sua responsabilização perante a Administração Pública como servidor do quadro (seara administrativa), ensejará a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (seara civil), sem prejuízo da ação penal cabível (seara penal), nos termos do artigo 136 do estatuto em estudo^[4].

Como norma que visa regular a atividade laboral *lato sensu* dos servidores públicos federais, a referida lei não se presta apenas a ditar as condutas que devem ser evitadas por seus servidores; mas sim, estabelece, em seu art. 127, as punições aplicáveis aos mesmos, no caso de infração às suas regras, *in verbis*:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I – advertência;

II – suspensão;

III – demissão;

IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V – destituição de cargo em comissão;

VI – destituição de função comissionada.

Cada uma dessas penalidades possuem suas características peculiares, sendo aplicadas a todos os servidores que cometam as condutas descritas, contudo, foca-se na máxima penalidade administrativa que se pode aplicar ao servidor público federal, a demissão.

Difere a demissão da exoneração, posto que a exoneração não se trata de penalidade imposta ao servidor, e sim a retirada do servidor do serviço público, quer seja por sua própria vontade – modalidade de exoneração a pedido – quer seja porque o mesmo não satisfizes as condições necessárias para a aprovação em estágio probatório a que está obrigado, consistente no período de 3 anos no qual o servidor irá ser avaliado quanto a sua assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade, nos moldes do art. 20 da mencionada norma. O artigo 34 traz as hipóteses de exoneração, a pedido ou de ofício, que será aplicada quando não satisfeitas as condições do estágio probatório já elencadas, ou ainda, quando tendo tomado posse, não entrar em exercício no prazo estabelecido. Por sua vez, a demissão é penalidade imposta ao servidor infrator das condutas previstas nos incisos I a XIII do art. 132, sendo que o último inciso remete aos incisos IX ao XVI do art. 117 da mesma norma.

Merecem ser listadas as hipóteses em que o servidor público será demitido do cargo público que ocupa, *in verbis*:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I – crime contra administração pública;

II – abandono de cargo;

III – inassiduidade habitual;

IV – improbidade administrativa;

V – incontinência pública e conduta escandalosa na repartição;

VI – insubordinação grave em serviço;

VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI – corrupção;

XII – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Art. 117. Ao servidor público é proibido:

(...)

IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII – aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV – praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV – proceder de forma desidiosa;

XVI – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares.

Todas essas infrações revelam atividades graves, sendo algumas delas tipificadas como crimes no Código Penal, *i.e.*:

Art. 117

XI – Receber propina (...);

Art. 132

I – Crime contra a administração pública;

(...)

XI – Corrupção.

Dessa forma, condutas que são consideradas crimes pelo Código Penal (arts. 317, 333 – Corrupções passiva e ativa, Art. 323 – Abandono de função, bem como todos os crimes praticados contra a Administração Pública) também são puníveis administrativamente, sendo o servidor demitido do cargo público. É certo que, para tanto, contra o servidor será aberto processo administrativo, no qual lhe serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, garantidos constitucionalmente, bem como todos os princípios que regulam o Processo Administrativo previstos no artigo 2º da Lei n. 9.784/99 (legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência), além dos princípios constitucionais da administração pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). O processo a ser estabelecido contra o servidor público infrator será o regulado pelos artigos 143 a 182, do Título V – Do Processo Administrativo Disciplinar, não afastando, contudo, os direitos e garantias previstos em normas citadas acima.

A demissão, ainda, por figurar como a máxima penalidade aplicada ao servidor público civil, de acordo com o inciso I do art. 141 da norma, será aplicada pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador Geral da República, nos seus respectivos âmbitos de atuação. Caso a autoridade julgadora constate que é caso de aplicação de penalidade de demissão, deverá passar o julgamento a uma das autoridades mencionadas acima, conforme dispõe o art. 167, § 3º. Assim, ressalta-se a gravidade dessa punição, que só deverá ser aplicada depois de decorrido regular processo administrativo disciplinar em face do servidor infrator das condutas passíveis de sua aplicação, pela autoridade legitimada ao julgamento, atendendo ao seu grave potencial administrativo.

Até então, não há o que se duvidar de sua constitucionalidade, posto que tal norma administrativa, promulgada após regular processo legislativo, atendendo ao quórum estabelecido para sua aprovação e atendo-se ao seu âmbito de aplicação, não possui qualquer mácula passível de invocar-lhe a inconstitucionalidade.

Contudo, ocorre que em seu art. 137, parágrafo único, a Lei estabelece que não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência de cinco condutas enumeradas do art. 132, *in verbis*:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I – crime contra a administração pública [*A Lei remete aos crimes descritos no Código Penal, que, uma vez cometidos, têm reflexo na esfera administrativa, acarretando a demissão do servidor público*];

(...)

IV – improbidade administrativa [São as condutas elencadas pela Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que, tais como o item anterior, também acarretam a demissão do servidor];

(...)

VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos;

(...)

X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI – corrupção. (comentários acrescidos)

Caso o servidor pratique quaisquer dessas condutas será aplicada a maior penalidade administrativa prevista na Lei, a demissão, atraindo, ainda, conforme dispõe o parágrafo único do art. 137, a proibição de retornar definitivamente aos quadros da administração pública federal, posto que não estabelece prazo para o cumprimento da pena, eivando, assim, o servidor como perpétuo infrator e perpétuo apenado. Abaixo, o texto legal citado:

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI (sem grifos no original).

É no parágrafo único do artigo 137 que reside o centro de gravidade do artigo em questão. Questiona-se, o parágrafo único do artigo 137 é inconstitucional? Traz punição de caráter perpétuo? Deve ser retirada do ordenamento jurídico vigente ou se justifica, dados os princípios básicos de moralidade, probidade e boa-fé intrínsecos à Administração Pública Federal?

Adiante, será estudado o que se entende por penalidade de caráter perpétuo e será realizada a verificação da norma em estudo para saber se esta se adequa a tal conceito.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS

O art. 37 da Constituição Federal traz os princípios básicos da Administração Pública Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Focando no princípio da moralidade, este seria o fundamento basilar que dá fulcro ao parágrafo único do art. 137, pois estaria livrando para sempre a Administração Federal do agente imoral, ímprobo e corrupto. A própria Constituição Federal foi promulgada numa época em que se clamava pela ética, democracia e probidade no poder público. O fato de a CF/88 ser analítica (prolixa – inúmeras regras material e formalmente constitucionais) decorre da necessidade de segurança jurídica, trazendo obrigações morais, éticas e democráticas ao próprio texto da Constituição, como o é a regra do art. 5º, XLVII, b, que proíbe penas de caráter perpétuo. Ainda, os tribunais pátrios posicionam-se a respeito de tal penalidade:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. **PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5 , XLVI, "e", XLVII, "b", E § 2 , DA C.F.** REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) 2. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5 , XLVI, "e", XLVII, "b", e § 2 da C.F. 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido.

Supremo Tribunal Federal – RE 154134/SP, julgado em 15/12/1998. (grifado do original).

EMENTA:

"CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIRETOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. **PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5., XLVII, PAR. 2., E XLVI, LETRA E, DA CF. DEFERIMENTO.**

I. OS DIREITOS E GARANTIAS EXPRESSAMENTE PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO

EXCLUEM OUTROS TANTOS DECORRENTES DO REGIME E DOS PRINCÍPIOS NELA ADOTADOS (ART. 5., XLVII, PAR. 2.).

II. A VEDAÇÃO AS PENAS DE CARATER PERPÉTUO NÃO PODE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE, ESTENDENDO-SE AS PENALIDADES DE SUSPENSÃO E INTERDIÇÃO DE DIREITOS CAPITULADOS NO INCISO LXVI, LETRA E, DO MESMO ARTIGO.

III. SEGURANÇA CONHECIDA.”

Superior Tribunal de Justiça –1119/DF, julgado em 18/12/1991. (grifado do original).

Na esteira da constitucionalidade, o parágrafo único do art. 137 se justifica no dever de manutenção da credibilidade da Administração Pública, além do dever moral e ético de todo agente público no trato com dinheiros e patrimônios públicos, em obediência ao princípio da moralidade, não sendo admissível a volta ao serviço público federal do servidor reconhecidamente ímprobo, corrupto. De outra forma, os administrados e a própria Administração manteriam dúvidas acerca da recém nascida moralidade-probidade do outrora ímprobo e corrupto[5].

Do lado da inconstitucionalidade, o art. 5º, XLVII, b proíbe qualquer pena de caráter perpétuo, seja administrativa, civil ou penal, e coaduna-se com a temporariedade da pena, a liberdade e a dignidade humana. Além disso, a pena possui, dentre outras, função ressocializadora, servindo à regeneração e readaptação do condenado à vida civil[6]. Dessa forma, o agente que já cumpriu sua pena está livre para assumir novamente qualquer cargo público na Administração Federal.

Nesse diapasão, tem-se um conflito presente no próprio texto constitucional: o princípio da proibição de penas de caráter perpétuo e o princípio administrativo da moralidade.

Princípios constituem axiomas, supranormas, enunciados que embasam a criação de uma regra específica. Leciona Rizzato Nunes^[7] que

(...) princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, eles, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras. (...) Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.

Conforme se depreende do ensinamento acima, é por meio de um princípio que se determina o alcance de determinada norma jurídica. Como supranormas, os princípios são máximas que embasam a produção de todas as regras e normas jurídicas, devendo estas guardar sempre observância aos princípios dos quais são fonte. Observando-se o conflito entre o princípio da proibição de penas de caráter perpétuo e a regra atemporal da Lei n. 8.112/90, é clara a supremacia do princípio, devendo a norma jurídica ajustar-se ao mesmo. Contudo, quando se passa a avaliar qual dos princípios deve prevalecer no texto constitucional é que deve entrar em cena um método de escolha que determine qual dos princípios terá maior incidência. Esse método é o princípio da proporcionalidade. Por esse princípio, entendido por Humberto Ávila^[8] como “amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores (...)” e que “a promoção de um não deve implicar a aniquilação de outro” deve-se adequar os bens e valores em jogo, a fim de que um sobreponha-se logicamente ao outro, sem aniquilá-lo ou excluí-lo. Assim, deve-se adequar os meios aos fins desejados pelo legislador. Passa-se então à análise dos princípios conflitantes a fim de aclarar a utilização de um em relação ao outro.

O princípio da moralidade, adotado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, não se confunde com a moralidade comum, como a de ter conceitos morais e íntegros, mas sim a moralidade estrita, de que o agente público, no exercício de suas funções, deve pautar-se de acordo com a lei. Tem-se, com isso, que a moralidade administrativa integra o

princípio da legalidade, entendida como conformidade com o ordenamento jurídico. Como um dos princípios constitucionais que norteiam toda a atuação pública, com previsão expressa no caput do artigo 37 da Constituição da República, é intimamente ligada à probidade do servidor público. Assim, qualquer ato imoral cometido no desempenho das funções públicas deve sofrer reprimenda, através de processo administrativo ou judicial. Ou seja, o servidor desonesto, ou mesmo negligente, sendo o caso, deve ser demitido, por respeito aos princípios constitucionais, e como forma de manter a regularidade e a credibilidade dos serviços públicos. Porém, a partir da aplicação de dupla pena, demissão e vedação de retorno ao serviço público federal, julga-se que a lei extrapolou o alcance da moralidade administrativa.

Considerando que nenhum princípio é absoluto, deve-se interpretá-lo em consonância com os demais preceitos constitucionais, buscando-se a harmonia do ordenamento e o verdadeiro espírito da lei almejado pelo legislador. No entanto, é notável o exagero. Ora, como entender a manutenção no ordenamento jurídico de norma putativa sem limite temporal, uma vez que a Constituição Federal expressamente veda tal possibilidade?

O princípio da boa-fé traduz-se na boa atuação do administrador, entendida como atuação sem desonestidade, desprovida de elementos pessoais, de forma a alcançar e garantir o melhor cumprimento do interesse público descrito na norma. Pode ser confundida com a moralidade, posto que aquela também demonstra o agir administrativo de acordo com a lei, revelando o caráter de integração ao princípio da legalidade. É agir de acordo com a lei que deve ser o foco de todo administrador público. Ora, não há o que se falar de melhor atuação de acordo com a lei do que a agir conforme a Constituição Federal, maior lei do país, da qual todo o ordenamento jurídico é consequência e busca fundamento de validade. Não pode o administrador alegar estar agindo de acordo com a Lei n. 8.112/90 neste aspecto, a fim de validar sua gestão, visto que é claro o vício de inconstitucionalidade do qual a norma padece.

Por sua vez, o princípio da probidade administrativa remete imediatamente à boa atuação com os dinheiros públicos, e é de

fundamental importância, pois é a partir da verba pública que o Estado consegue prestar os serviços essenciais aos indivíduos, como saúde, educação e segurança públicas. Nesse caso, quando o administrador aplica irregularmente dinheiros públicos, ou burla a moralidade da administração a fim de lograr proveito próprio, não só a Administração está sendo lesada, mas toda a sociedade, que confia àquela seus recursos através dos tributos pagos, e dela espera e conta com os serviços básicos e fundamentais à existência digna.

Entretanto, a opção constitucional pela proibição de penalidades de caráter perpétuo traz esse aspecto negativo, qual seja, não importa a gravidade da conduta cometida pelo indivíduo, a este jamais será cominada pena sem determinação de prazo, a fim de que não seja considerado condenado e culpado durante toda a vida por um único erro cometido contra a ordem jurídica. Ao mesmo tempo, constitui-se em garantia, visto que, ainda que socialmente reprovável a conduta do agente, este será processado, ser-lhe-ão garantidas as defesas necessárias a provar sua inocência e, caso considerado culpado, deverá pagar sua pena, sendo-lhe devolvida a liberdade ao final desta. E liberdade no sentido amplo, graças à democracia erigida pelo texto constitucional.

Dessa forma, os princípios administrativos não podem subsistir frente a ditame taxativo da Constituição Federal. Não há o que se falar de manutenção da moralidade do serviço público, se, para atingir-se tal objetivo, deva-se infringir diretamente o texto constitucional, base que valida o sistema normativo administrativo.

5.INSTauraÇÃO DA ADI n. 2975-4

Com ajuizamento datado de 25 de agosto de 2003, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2975, que trata exatamente do tema em questão. Proposta pelo Procurador Geral da República, a ADI foca no parágrafo único do art. 137 ora estudado, explicando, sucintamente, o motivo de tal regra merecer o rótulo de inconstitucional. Aborda que o vício presente na norma situa-se na ausência de prazo para a proibição de retornar ao serviço público, nos termos esposados no presente estudo.

Dentre pedidos de informações à Presidência da República e ao Congresso Nacional, abertura de vistas à Advocacia e Procuradoria Gerais da União, intimações e conclusões, a mencionada ADI, até hoje, passados quase 15 anos, não foi julgada. Porém, tal delonga não deve ser empecilho para a correta determinação da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 137 da Lei n. 8.112/90.

6.CONCLUSÃO

Pretendeu-se, com o presente artigo, a demonstração teórica da impossibilidade de manutenção no sistema jurídico brasileiro de norma que impõe penalidade sem determinação de prazo. Para tanto, buscou explicar que tal indeterminação de prazo não se coaduna com o direito positivo brasileiro, não apenas por afronta à dignidade da pessoa humana, mas por critérios puramente jurídicos, normativos, de cunho proibitivo constitucional explícito.

Assim, tem-se por inconstitucional e incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro o parágrafo único do art. 137 da Lei n. 8.112/90, que prevê ser impossibilitado de retornar ao serviço público federal, o agente que comete as infrações previstas nos incisos I, IV, VIII, X e XII, quais sejam, crimes contra a administração pública (estes previstos no Código Penal, arts. 312 a 359-H), improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, e, por fim, corrupção. Não obstante a gravidade de tais condutas, mais grave é o fato de o servidor infrator ser punido permanentemente. À guisa de exemplo: um servidor, condenado pelo crime de Condescendência Criminosa (art. 320 do Código Penal), punível com pena de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa no âmbito penal, por sua vez, será considerado inapto, definitivamente, a exercer cargo público na administração federal no âmbito administrativo, sujeito ao regulamento da Lei n. 8.112/90. Uma vez condenado na esfera penal, coisa julgada far-se-ia na esfera administrativa, atraindo a aplicação do inconstitucional parágrafo único do art. 137. Ora, se a penalidade no âmbito criminal, em tese mais severa, culmina ao servidor pena em abstrato máxima de um mês de detenção, não poderá a esfera administrativa afastá-lo definitivamente dos quadros do serviço público federal.

Dessa forma, tem-se que a ADI n. 2975-4 deve ser julgada totalmente procedente, para julgar inconstitucional o parágrafo único do art. 137 da Lei n. 8.112/90, em razão da indeterminação de prazo que sugere ser verdadeira penalidade de caráter perpétuo, em clara afronta ao texto constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 26ª ed. São Paulo: Método, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código Civil**, Lei Federal nº 10.406 de 10 de jan. de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 25.05.2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 25.05.2018.

_____. **Código Penal**, Decreto-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 25.05.2018.

_____. **Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União**, Lei nº 8.112, promulgada em 11 de dezembro de 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112compilado.htm. Acesso em 25.05.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DURTE, Claudionor. **O estatuto do servidor público – Lei 8.112/90 – à luz da Constituição e da Jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9ª. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOTAS:

[1] Código Penal. Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

[2] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

[3] Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 1º, §2º - Para os fins desta Lei, consideram-se: I – órgão – a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração Direta e da estrutura da Administração Indireta; II – entidade – a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica.

[4] Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Art. 136. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

[5] DURTE, Claudionor. **O estatuto do servidor público – Lei 8.112/90 – à luz da Constituição e da Jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

[6] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9ª. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013.

[7] RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

[8] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10° ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DA OBRIGATORIEDADE DA MANIFESTAÇÃO EM VIDA SOBRE O INTERESSE EM SER OU NÃO DOADOR DE ÓRGÃOS

GABRIELA DE CÁSSIA SOUZA DUÓ:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil- Campus
Fernandópolis-SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(Orientador)

RESUMO: No Brasil, é facultativo ao sujeito optar em ser ou não doador de órgãos, podendo este, em vida, demonstrar seu interesse. Contudo, após o óbito, a escolha fica a critério de seus familiares, que, por vezes, tomados pelo calor da tristeza e sem condições psicológicas para dispor de qualquer coisa relacionada ao de cujus, não lembram, ao menos, da possibilidade de referida doação, o que, conseqüentemente, leva a mais mortes, haja vista o fato da proporcionalidade entre doação e vida, e a contrário senso, quanto menor o número de doações, menor o número de vidas dignas. Assim sendo, seria mais impactante e relevante individual e coletivamente a necessidade de manifestação em vida sobre o interesse em ser ou não doador de órgãos para que sejam satisfeitos, de modo dogmático os princípios constitucionais, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, somado à relevância cultural da implementação da mudança. No país, o costume, sem dúvida é fonte normativa, mas, por vezes, o confronto aos costumes podem mostrar-se mais humanitários, humanização normativa esta, que é objetivo da CF/88, que tem por escopo alcançar o bem coletivo de modo integral. Ora, a não doação de órgãos aponta prejuízos, como mortes e afins, enquanto sua doação apenas apresenta benefícios, como a vida digna e saudável, em analogia, poderia se pensar em uma determinada roupa que não serve mais em alguém, não há razões para jogá-la fora sendo que esta pode ser o que uma outra pessoa mais necessita. A mudança que tanto se busca no lado governamental, administrativo, econômico e social do país começa pelo povo, como muito se sabe o bem feito por cada um, reflete em toda a nação.

Palavras-chave: Direito. Doação. Fundamental. Mudança. Órgãos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. BASE DOUTRINÁRIA. 2.1.1. DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO. 2.2. DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE QUANTO A DOAÇÃO. 2.2.1. CONSEQUÊNCIAS DA NÃO MANIFESTAÇÃO. 2.2.2. QUESTÃO HUMANITÁRIA. 2.3. CAUSA DA MORTE MAL DEFINIDA OU PESSOA NÃO IDENTIFICADA. 2.4. DA NECESSIDADE DE MUDANÇA. 2.4.1. DADOS QUE COMPROVAM A NECESSIDADE DE MUDANÇA. 2.4.2. COMPARAÇÃO COM OUTROS PAÍSES. 2.5. DA SOBREPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA. 2.6. DA DESCRENÇA QUE DEVE TER FIM. 2.6.1. PRINCIPAIS MOTIVOS DA NÃO DOAÇÃO. 2.6.2. DOS BENEFÍCIOS DA DOAÇÃO. 2.6.3. RELATOS DOS RECEPTORES DE ÓRGÃOS E TECIDOS. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A Lei número 9434/97 dispõe de maneira expressa acerca da doação de órgãos e tecidos, manifestando-se no sentido de que, a rigor da palavra doação, que tem seu conceito no próprio direito civil material, só pode ser feita a título gratuito, sendo vedada qualquer forma de onerosidade ou contrato de compra e venda. No mesmo sentido, determina que as doações supra podem ser efetuadas em vida ou após o óbito.

Para os termos da lei, sangue, espermatozoides e óvulos não são tidos por tecido.

No tocante aos lugares em que pode ser feita a doação, o artigo segundo da lei dispõe que pode ser efetuada em estabelecimento público ou privado, desde que com prévia autorização do SUS.

O transplante deve ser precedido de triagem para constatação de alguma suposta infecção, procedimento este que, caso seja maculado, o estabelecimento, bem como os profissionais liberais integrantes deste, podem responder pelos danos ocasionados ao receptor.

Faz-se necessário ainda que, a constatação da morte encefálica seja detectada por 02(dois) médicos não particulares e não participantes da equipe de remoção dos órgãos ou tecidos, mas sempre facultado a família

trazer algum profissional de sua confiança para acompanhar a regularidade material e formal do procedimento.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. BASE DOUTRINÁRIA

A doação de órgãos e tecidos é vista pela sociedade, em geral, como um ato de solidariedade e amor dos familiares. No entanto, ela exige a tomada de decisão num momento de extrema dor e angústia motivada pelo impacto da notícia da morte, pelo sentimento de perda e pela interrupção inesperada de uma trajetória de vida (ALENCAR, 2006).

Como exposto brilhantemente por Alencar, a família não tem condições de efetuar a escolha e a questão da doação não costuma ser debatidas em conversas informais, motivo pelo qual as pessoas deixam de manifestar sua vontade enquanto vivos, então com o acolhimento do presente projeto, teríamos a visão de um doador não a partir de um sujeito sob cuidados em unidade de saúde, já visto praticamente como morto, mas sim como uma pessoa saudável, que trabalha e não tem termo previsto para seu óbito.

No atual sistema, diante de um potencial doador, ou seja, diante da morte quase certa de um sujeito, os médicos da UTI (normalmente) devem, sob pena de responsabilidades, comunicar à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos e Tecidos – CNCDO. Trata-se, portanto, de situação desagradável do ponto de vista ético, de modo que com o implemento das ideias aqui sustentadas, não haveria sequer de se falar em potencial doador, pois não haveria dúvidas sobre a doação ou não, assim sendo, ao verificar os documentos, já haveria como dogmática a questão em tela. Não obstante, segundo texto publicado por GERMOSGESCHI, metade das mortes encefálicas não são comunicadas à Central e a culpa de tal sequela pode se atribuir ao fato de não se poder provar a intenção do sujeito ou da família no tocante à doação, já que na maioria dos casos, não é lavrado instrumento nesse sentido, o que também teria fim, uma vez que, os médicos que não efetuassem a comunicação seriam efetivamente punidos, pois haveria como se provar que agiram de forma contrária a que deveriam, levando então a maior comprometimento e crença no sistema de saúde.

2.1.1. DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO

É evidente que o direito à vida e a saúde são indisponíveis, então subentende-se que também é indisponível o direito ao corpo morto e seus órgãos e tecidos. Desse modo, não há razoabilidade em se verificar outra pessoa, que não o sujeito, dispondo sobre seus órgãos, após a morte, poderia, a estrito sendo, se falar em maculação à sua dignidade.

O testamento ou o inventário com subsequente partilha refletem mais o desejo do de cujus? A resposta é óbvia, qual seja o testamento, de modo que reforça ainda mais a ideia de que a manifestação em vida, seja qual for o assunto tratado, representa melhor o interesse de cada um. Todavia, quanto à herança, não há problema em discussão posterior e então decidida de acordo com a lei, pois o direito é disponível, o que não se passa com a doação de órgãos, que sob o ponto de vista proporcional é direito intransmissível, personalíssimo e indisponível.

2.2. DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE QUANTO A DOAÇÃO

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, é precedida imprescindivelmente de autorização expressa de seu cônjuge ou, na falta deste, de parente capaz, civil e penalmente, até o segundo grau em linha reta ou colateral, firmada em documento assinado por duas testemunhas presentes no momento da verificação do óbito.

Quando se tratar de incapaz, a retirada de seus órgãos, tecidos ou parte do corpo, depende de autorização expressa de seus genitores ou de seus responsáveis legais, quando houver falecido. Agora para a realização em vida, só é possível no tocante ao transplante de medula óssea, desde que haja o consentimento de ambos os seus genitores, bem como autorização judicial nesse sentido.

A pessoa capaz pode dispor de seu corpo normalmente, desde que nos termos da lei, e sem prejuízo à sua integridade psíquica e física, entretanto, se referida doação for direcionada a seu cônjuge ou parente até quarto grau, não há necessidade de prévia autorização, todavia, sendo este receptor outra pessoa, aí então, torna-se necessária a autorização, salvo tratando-se de doação de medula óssea.

A gestante, independentemente de qualquer outra circunstância casuística, somente poderá efetuar a doação de medula, desde que o ato não ofereça o mínimo risco à sua saúde ou a saúde do feto.

2.2.1. CONSEQUÊNCIAS DA NÃO MANIFESTAÇÃO

Toda regra, caso seja descumprida, acarreta penalidade, de modo que, nos termos do escopo do projeto, deve ser obrigatória a manifestação em vida sobre o interesse em ser ou não doador de órgãos, de modo que deve também ser apresentada uma consequência para a sua não observância de má-fé.

Entre os pilares interpretativo da Constituição Federal e do Código Civil está a boa-fé objetiva, assim sendo, não se poderia punir o sujeito que, por ignorância ou simplicidade deixou de manifestar seu interesse em vida e cita-se como exemplo um senhor de 80 anos que resida aos fundos de um sítio no interior do Acre, circunstância em que, para esses casos, não haveria consequências e portanto, com seu óbito, a norma a ser aplicada seria a vigente hoje, de modo que se subtrai que ocorreria apenas sua revogação parcial.

Já para o sujeito que, ciente de suas obrigações enquanto sujeito de direitos dotado de personalidade jurídica não cumpra suas obrigações por mero capricho, má-fé ou descaso, deveria, com seu óbito, deixar para o espólio multa no valor de meio salário mínimo, a ser pago com preferência a todos os débitos, salvo os que decorram de natureza alimentar. O valor da multa seria revertido para a aquisição de veículos automotores e aeronaves destinadas ao transplante de órgãos, já que, atualmente, apenas São Paulo, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Paraná e Minas Gerais possuem aeronaves destinadas a esse fim, dado colhido junto ao texto publicado por GERMOSGESCHI.

2.2.2. QUESTÃO HUMANITÁRIA

Tendo em vista a consequência positiva da doação de órgãos, qual seja a manutenção da vida digna, a satisfação emocional para os familiares, tanto do doador, como do receptor é algo indescritível e imensurável, o que gera menor número de conflitos sociais, mais pacificação entre diversas classes e culturas, bem como respeita-se, dessa forma a vida, saúde, paz, segurança, harmonia, igualdade e liberdade social e individual, resultando na majoração de empregos, menor índice de criminalidade, entre outras

inúmeras vantagens, destacando-se principalmente a mitigação razoável do número de tráfico de órgãos. Trata-se de questão que embasa a dignidade da pessoa humana. Plácido e Silva consigna que a dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida.

2.3. CAUSA DA MORTE MAL DEFINIDA OU PESSOA NÃO IDENTIFICADA

Quando se trata de causa da morte mal definida, a retirada de órgãos, tecidos ou parte do corpo somente pode ser efetuada, desde que haja prévia autorização patológica, para que o procedimento não ofereça riscos ao receptor.

Tratando-se de pessoa não identificada, a doação é vedada, o que faz com que cada dia mais pessoas faleçam esperando por uma doação, sendo que, por vezes, milhares de pessoas no Brasil são enterradas diariamente, com o corpo digno, íntegro e em plena saúde, e a doação não pode ser concretizada simplesmente pelo fato da não identificação da pessoa.

2.4. DA NECESSIDADE DE MUDANÇA

Ora, faz-se necessária a alteração na legislação no tocante a duas circunstâncias, a primeira dela é sobre a necessidade de se impor, de maneira clara e objetiva o dever legal intransponível de cada cidadão capaz, ao completar a maioridade civil e penal, em manifestar-se, perante qualquer órgão ou documento público sobre o interesse em ser ou não doador, manifestação de vontade esta que será imperativa e de obrigatória observância quando do seu óbito, podendo ser revogada ou alterada a qualquer momento. Em relação à doação em vida, o procedimento utilizado atualmente é eficaz.

Além disso, trata-se de uma aberração moral humana e legislativa o fato de a pessoa não identificada não poder ser doadora de órgãos. O fundamento para a disposição supra seria os riscos que eventualmente se teria em passar alguma doença patológica ou hereditária ao receptor, bem como o direito ao corpo digno que o de cujus possui. Entretanto, referidos

argumentos não são perspicazes, uma vez que, em relação à dignidade do corpo morto, o artigo oitavo da lei supra é expresso ao determinar que, após a realização do procedimento médico de retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, este é devidamente preparado para que haja um sepultamento e enterro dignos, o que não seria diferente em relação às pessoas não identificadas, tendo em vista a igualdade já defendida pelo iluminismo e que fora recepcionada integralmente pelo ordenamento pátrio, tratando-se de direito fundamental inerente ao sujeito de direitos.

O argumento relacionado à possibilidade de riscos ao receptor também não merece vigorar, já que uma simples e profunda análise por profissionais que atestaram o óbito em relação a condição física do morto, já autorizaria ou não a realização do procedimento.

2.4.1. DADOS QUE COMPROVAM A NECESSIDADE DE MUDANÇA

Um dos principais fatores que limita a doação de órgãos é a baixa taxa de autorização da família do doador. Atualmente, aproximadamente metade das famílias entrevistadas não concorda que sejam retirados os órgãos e tecidos do ente falecido para doação.

Em 2014 mais de 27 mil pacientes estavam em lista por um transplante de órgão e quase 11 mil aguardando por um transplante de córnea. No ano morreram, em hospitais do país, mais de 36 mil pessoas com traumatismo craniano ou AVC, sendo que em muitos desses casos a pessoa poderia ter sido um potencial doador.

Segundo dados da própria Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), 2.333 pessoas morreram à espera de um transplante de órgão no Brasil em 2015, destacando-se entre elas, 64 crianças.

Porém, este não é o principal fator, uma vez que, na maioria dos casos, a família, gravemente abalada emocionalmente não tem condições psíquicas para manifestar interesse ou não e em outras vezes, não é questionada sobre tal possibilidade e, sendo, por não saber qual era o desejo do falecido, acaba optando pela não doação. Em consequência disso, ainda que as pesquisas (Santos e Massarollo, 2005; Rodrigues e Sato, 2002) apontem que a maioria das pessoas concorda quanto à importância atribuída ao ato de doar, isso não se concretiza no número efetivo de doadores, resultando num grande número de pessoas à espera da doação e

num número reduzido de doadores. Isso pode nos indicar que as diversas campanhas para captar doadores de órgãos podem não estar alcançando os resultados esperados (Cooper et al., 2004; Steiner, 2004).

2.4.2. COMPARAÇÃO COM OUTROS PAÍSES

Na Alemanha, assim como na Noruega, Suécia, Dinamarca, Finlândia, Grã-Bretanha, Grécia e Holanda, vale a terceira variante: caso o paciente não tenha o cartão, decide a família. E, mesmo que 80% dos alemães sejam, em princípio, a favor da doação de órgãos, apenas cerca de 12% possuem um 'cartão de doador'. O mesmo ocorre no Brasil, a maioria absoluta da população vê a doação de órgãos como algo nobre, belo, digno e necessário, contudo, pela não manifestação de vontade em vida, seus desejos acabam não sendo respeitados e o que é pior, outras pessoas morrem aguardando um ato benevolente.

Beatriz Mahillo Duran, médica da Organização Nacional de Transplantes (ONT) da Espanha, responsável, além de outras atividades pelo Observatório e Registro Mundial de Doação e Transplantes, destaca em um artigo publicado pelo site Extra, o modelo espanhol como sendo referência mundial e isso pode se atribuir não somente à organização interna, mas a relevância e incentivo que se dá a tais práticas no país.

2.5. DA SOBREPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA

A vida digna, nos termos da Constituição Federal de 1988 é direito fundamental que, sobrepõe-se a qualquer outro, assim de modo que toda e qualquer lei ordinária deve respeitá-la, assim sendo, ainda que de forma legal e indireta, a LEI 9434/97 está sendo contrária a isso quando coloca acima do direito à vida, o direito à liberdade de escolha de parentes do falecido sobre a ideologia de ser ou não doador de órgãos.

De acordo com Moraes (2000), o direito à vida é um dos principais dentre todos os direitos, já que é um pré-requisito à existência e aplicação de todos os outros, além da Constituição proteger a vida de forma geral, incluindo a uterina.

Ora, no projeto em tela, não haveria de se falar em maculação à liberdade de escolha, haja vista o fato de a obrigatoriedade ser em manifestar-se, em vida, sobre ser ou não doador de órgãos quando vier a

óbito e não sobre a obrigatoriedade de ser doador. Além disso, o disposto somente seria direcionado à pessoas maiores e capazes absolutamente, o que não prosperaria em relação a menores e incapazes, relativa ou totalmente.

2.6. DA DESCRENÇA QUE DEVE TER FIM

No Brasil, muitas pessoas deixam de ser doadoras por medo de, em eventual futuro em hospitais, os médicos e responsáveis pela saúde praticarem eutanásia para viabilizar a transferência de seus órgãos para outras pessoas, o que de fato, é visto como crime. Desse modo, seria possível que, com apenas um ato, a crença social no Estado retornasse, principalmente num momento de crise de valores, atribuindo-se plena relevância às novas possibilidades, haja vista o fato de que, com a implementação de tal sistema, mais vidas seriam salvas e consequentemente haveria maior esperança no todo social.

Não se pode cometer um "erro" sob a escusa de outro, ou seja, deve-se acreditar que caso ocorra, como citado, a eutanásia, o sujeito ativo responderá perante o Tribunal do Júri pelo crime de homicídio doloso, previsto no artigo 121 do Código Penal. Poderia se citar, como preâmbulo ao narrado algo simples, mas que retrata a realidade: não se pode deixar de pescar em rios doces por medo de pegar tubarão, já que deve se acreditar que ele não estará lá, já que todo o sistema não permite que ele esteja, ou seja, em analogia, destaca-se que, com o implemento do crime (homicídio) haverá julgamento e deve-se acreditar no Poder Judiciário.

Não obstante, com tal questão sendo alterada, a questão da doação de órgãos deixaria de ser vista como algo fúnebre para passar a ser vista como algo normal, plausível e discutível em rodas de amigos, no trabalho e demais ocasiões, pois deixaria de ser algo tratado apenas com o óbito de um ente querido.

2.6.1. PRINCIPAIS MOTIVOS DA NÃO DOAÇÃO

Segundo estudos desenvolvidos por Moraes e Massarollo (1995), os principais motivos da recusa quanto à doação são: a crença religiosa, à espera de um milagre, a não compreensão do diagnóstico da morte encefálica e a crença na reversão do quadro, a não aceitação da manipulação do corpo, o medo da reação dos demais familiares, a inadequação da informação e a ausência de confirmação da morte

encefálica, a desconfiança na assistência e o medo do comércio de órgãos, a inadequação do processo de doação, o desejo do paciente falecido, manifestado enquanto vivo e o receio da perda do familiar. Vale ressaltar que 25% das famílias recusam e outros fatores contribuem para que a recusa, no Brasil, gire em torno de 70%.

Se depreende do estudo supra, que, com a compulsória manifestação em vida, quase todas as escusas seriam derrubadas, haja vista o fato de que, em todas as hipóteses acima, o que se ressalta é, principalmente a liberdade de escolha do parente, enquanto o correto seria a liberdade do então morto. Como exemplo, verifica-se como uma das principais, senão a principal causa da negativa a crença religiosa, ora, a Constituição Federal é expressa ao dizer que o estado é laico e que cada um tem o direito de seguir a religião que se identificar, ou se for o caso, não seguir religião alguma. Assim sendo, haveria de se falar em liberdade e respeito individual com o sujeito escolhendo o que entende por correto, não havendo, desse modo qualquer respeito a liberdade religiosa de um ateu que teve a doação de seus órgãos negada por sua genitora ser evangélica, por exemplo.

2.6.2. DOS BENEFÍCIOS DA DOAÇÃO

Segundo texto publicado por GERMOSGESCHI, um único órgão pode salvar ou melhorar a vida de mais de 25 pessoas, se todos os órgãos e tecidos forem aproveitados corretamente. Ainda como disse Divaldo Franco "Não pode haver maior dádiva do que oferecer algo que não nos é mais útil e que vai salvar uma vida".

2.6.3. RELATOS DOS RECEPTORES DE ÓRGÃOS E TECIDOS

Wilson de Moura, o qual recebeu um rim relatou: "Antes do transplante, a vida era muito difícil, eu não tinha disposição nenhuma pra sair de casa, até comer era complicado, além disso, três vezes por semana eu precisava vir até Santa Maria para fazer hemodiálise. O problema é que onde eu moro não tem ambulância, por isso vinha de ônibus. Eram três horas de viagem até o hospital, às vezes fazia diálise só por duas horas (o ideal seriam quatro) porque precisava voltar pra rodoviária. Agora tenho uma vida normal, posso sair e sou muito mais disposto pra tudo. Queria conhecer as famílias que me ajudaram, mas é muito difícil. Gostaria que eles soubessem que graças a Deus e a esse ato de superação, hoje eu estou bem".

João C. Cechela, receptor de um coração, disse: "Hoje, depois de 16 anos de transplante, cada dia que passa eu considero uma vitória. O que eu gostaria de dizer pras pessoas é que essa nova vida só me foi possibilitada pela família do doador, um metalúrgico de Canoas, que naquele momento extremo de dor, de agonia, de sofrimento, teve a coragem de fazer a doação, e eu sou eternamente grato a essa família, embora não a conheça. Pra mim foi muito difícil porque eu tive que mudar os meus hábitos, passei a ter muitas limitações, principalmente, profissionais, já que eu trabalhava com esportes. Em 1988, eu tive a primeira parada cardíaca, a partir daí a doença evoluiu e tive que ir pra Porto Alegre, mas ainda não estava na fila de espera pelo coração porque os médicos queriam tentar alguns poucos procedimentos que talvez pudessem salvar a minha vida. Porém, a doença continuou evoluindo até que eu tive a segunda parada cardíaca e fui obrigado a entrar na fila e esperar por um coração. Isso aconteceu em maio de 1989 e como eu era um paciente de risco, em quinze dias recebi o órgão. Hoje estou com 52 e dois anos e voltei a desenvolver minhas atividades normalmente".

Os relatos foram colhidos do site: <https://fortissima.com.br/2013/12/18/5-depoimentos-de-pessoas-que-receberam-um-orgao-doador-35481/>, os quais foram publicados em 2013.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, como já dizia Martinho Lutero "Deve-se doar com a alma livre, simples, apenas por amor, espontaneamente", de modo que conclui-se que uma doação apenas pode atingir seu escopo social e material se a decisão advier do próprio doador, que deve externar seu anseio enquanto vivo e consciente, o que gerará mais doações, mais vidas salvas, mais paz social e maior credibilidade no tocante à liberdade, igualdade e fraternidade, que são, respectivamente os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, provenientes de grandes marcos sociais, como o Iluminismo e a Revolução Francesa. No que diz respeito à liberdade e igualdade, já há previsão expressa na Constituição, todavia, em relação ao último (século XX) ainda não há. Percebe-se que a implementação de eventos como os aqui defendidos seria de suma importância para a concretização da fraternidade.

Portanto, a manifestação quanto ao interesse em ser ou não doador de órgãos deve ser obrigatória em vida para que se alcance os fins constitucionais.

4. REFERÊNCIAS

DURÁN, B. M. **Modelo espanhol é referência no mundo**. Disponível em: . Acesso em: (data de acesso).

GERMOSGESCHI, P. **Doação de órgãos**. Disponível em: . Acesso em: (data de acesso).

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000, p. 61.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

Santos, M.J. & Massarollo, M.C.B. (2005). **Processo de doação de órgãos**: Percepção de familiares de doadores cadáveres. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 13 (3), 382-387.

Steiner, P. (2004). **A doação de órgãos**: A lei, o mercado e as famílias. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, 16 (2), 101-128.

A HISTÓRIA DA EVOLUÇÃO DOS CRIMES AMBIENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LEILA MAIA BEZERRA:
Bacharelanda do curso de Direito
pela Faculdade Católica do
Tocantins.

ANTONIO CÉSAR MELLO
(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente artigo científico visa elucidar como se deu a evolução histórica da legislação ambiental no ordenamento jurídico pátrio, abordando todas as leis que surgiram no intuito de tutelar algum bem jurídico voltado para o meio ambiente até os dias de hoje. Para melhor compreensão fez-se uma conceituação sobre meio ambiente sobre a óptica jurídica, discutiu-se de maneira breve os princípios da prevenção e da precaução, haja vista a grande importância que tais princípios possuem no direito ambiental. Em ato contínuo estudou a Lei nº 4.771/65, bem como a Lei nº 9.605/98 versando sobre os crimes ambientais. Por fim, fez uma breve explanação sobre os tipos penais elencados na Lei de Crimes Ambientais.

Palavras-chave: Código Florestal. Lei de Crimes Ambientais. Meio Ambiente.

ABSTRACT: The present scientific article aims to elucidate how the historical evolution of environmental legislation in the legal order of the country has taken place, addressing all the laws that have arisen in order to protect some juridical asset focused on the environment to the present day. For a better understanding, a conceptualization about the environment was made on the juridical point of view. The principles of prevention and precaution were briefly discussed, given the great importance that these principles have in environmental law. He then studied Law No. 4.771 / 65, as well as Law No. 9605/98 dealing with environmental crimes. Finally, he gave a brief explanation of the criminal types listed in the Environmental Crimes Act.

Keywords: Forest Code. Law of Environmental Crimes. Environment.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITO AMBIENTAL. 1.1. CONCEITO DE MEIO AMBIENTE. 1.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL. 1.2.1. Princípio da Prevenção/Precaução. 2. DAS INFRAÇÕES PENAIS DA LEI Nº 4.771/65 (CÓDIGO FLORESTAL DE 1965). 3. DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (LEI Nº 9.605/98). 3.1. DOS CRIMES CONTRA A FAUNA. 3.2. DOS CRIMES CONTRA A FLORA. 3.3. DA POLUIÇÃO E OUTROS CRIMES AMBIENTAIS. 3.4. DOS CRIMES CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL. 3.5. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O artigo científico, em examine, visa elucidar como se deu a evolução do direito ambiental brasileiro, uma vez que será tratado, no presente, a questão dos crimes ambientais. Deste modo, faz-se necessário um breve questionamento sobre o que levou o legislador a dedicar-se a elaboração de normas penais voltadas à proteção do meio ambiente.

Buscou-se dessa forma, salvaguardar o meio ambiente em benefício próprio do homem, tendo como finalidade garantir uma melhor qualidade de vida, ou seja, proteger-se-á o meio ambiente para que a sobrevivência da raça humana seja assegurada.

Cabe ressaltar que com o transcorrer do tempo, as normas que regem o direito ambiental surgiram de modo discreto, como o Decreto nº 4.421 de 28 de dezembro de 1921, criando o “Serviço Florestal do Brasil”; o Decreto nº 27.973 de 23 de janeiro de 1934, criando o primeiro Código Florestal brasileiro; o Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934, criando o “Código de Águas”; e o Decreto nº 24.645 de 10 de julho de 1934, estabelecendo “medidas de proteção aos animais”. Todavia, tais normas eram bastante confusas, além de não conter em seu texto punições rigorosas aos criminosos ambientais que depredaram o ecossistema livremente por vários anos sem sofrer quaisquer sanções, ao menos no âmbito penal.

Antigamente, havia uma certa dificuldade com relação ao tema, ora em examine, uma vez que tais crimes eram tratados como contravenções

penais, ou seja, eram tratados como infrações mais brandas. Assim, a Lei nº 9.065 de 12 de fevereiro de 1998, veio trazendo em seu bojo punições mais severas, punindo todos os agressores do meio ambiente, havendo uma maciça intervenção por parte do Estado.

Logo, pode-se aferir que a Lei nº 9.065/98, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais, veio modificando algumas infrações que eram tratadas como contravenções em crimes, prevendo ainda a criminalização de pessoas jurídicas, estabelecendo quais são os atos lesivos ao ecossistema (meio ambiente), bem como a resposta correspondente por parte do poder público, tanto no âmbito penal quanto no administrativo.

Contudo, há alguns óbices quanto à aplicabilidade da Lei de Crimes Ambientais, principalmente no aspecto cultural, pois na grande maioria dos casos, o autor do crime ambiental não se vê como um infrator, ou seja, para o mesmo sua atitude está ligada a valores culturais, achando que está agindo corretamente. Assim, pode-se observar que o caráter de prevenção que a referida legislação tenta impor resta prejudicado, ainda que minimamente.

Ocorre que a sociedade em si, até um passado próximo, não era habituada a cultura ambiental, resultando em uma percepção errônea com relação às legislações ambientais, pois pensavam que tais leis eram, de certo modo, injustas.

Logo, faz-se necessário uma conscientização da sociedade para que a mesma desenvolva uma nova percepção quanto aos princípios ambientais, buscando uma formação cultural e moral da mesma, a fim de dar origem à novos conceitos voltados para a preservação ambiental.

Assim, diante de todo o exposto, abordar-se-á a conceituação de direito ambiental, bem como de meio ambiente, além de estudar seus princípios, corroborando com o entendimento das Leis ambientais que serão explanadas no transcórre do presente artigo científico.

1. DIREITO AMBIENTAL

O direito ambiental, no entender de Paulo Affonso Leme Machado (2009, 54), trata-se de um sistematizador, ou seja, ele é responsável por fazer a conexão entre a legislação, jurisprudência e doutrina no que diz respeito ao meio ambiente.

Por sua vez, José Afonso da Silva (2010, p. 41-42) conceitua direito ambiental dizendo que:

O Direito Ambiental deve ser considerado sob dois aspectos: a) Direito Ambiental objetivo, que consiste no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente; b) Direito Ambiental como ciência, que busca o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente.

Luís Paulo Sirvinkas (2003, p. 26) entende que direito Ambiental “é a ciência jurídica que estuda, analisa e discute as questões e os problemas ambientais e sua relação com o ser humano, tendo por finalidade a proteção do meio ambiente e a melhoria das condições de vida no planeta”.

Assim, após trabalhar a conceituação de direito ambiental faz-se necessário conceituar também o que vem a ser meio ambiente, haja vista que o mesmo é um objeto do direito ambiental.

1.1. CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

A Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 “dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente”, logo em seu artigo 3º, I, diz que meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

O doutrinador José Afonso da Silva (2010, p. 02) conceitua, diante à carência legislativa, o meio ambiente como sendo “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento da vida de todas as formas”.

Deste modo, pode-se aferir que há uma distinção feita pela doutrina em meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.

O artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) diz que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Logo, pode-se aferir que o artigo citado acima refere-se ao meio ambiente natural compreendendo a atmosfera, o solo, a água, a fauna, a flora, dentre outros que enquadram-se nesta espécie.

Por sua vez os artigos 215 e 216, ambos da CRFB/88 tratam da questão do meio ambiente cultural, estabelecendo o que segue:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (...)

Assim, os mesmos compreendem os bens materiais e imateriais que contenham alguma espécie de valor histórico, como uma área destinada a paleontologia, por exemplo.

No que diz respeito ao meio ambiente artificial, Luís Paulo Sirvinskis (2003, p. 277) define como sendo "aquele construído pelo homem. É a ocupação gradativa dos espaços naturais, transformando-os

em espaços artificiais”, podendo-se citar com exemplos pinacotecas e bibliotecas.

E finalmente o artigo 200, VII e VIII da CRFB/88 estabelece sobre o meio ambiente do trabalho, ou seja, o mesmo refere-se a proteção do indivíduo em seu ambiente laboral, devendo-se observar às normas de segurança.

1.2. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

No presente tópico trabalhar-se-á a questão principiológica que baliza o direito ambiental no ordenamento pátrio brasileiro. Todavia, diversos são os princípios que salvaguardam o meio ambiente, porém, abordar-se-á alguns princípios que possuem maior relevância para o presente trabalho.

Feita tais considerações, faz-se necessário entender o que vem a ser princípios jurídicos dentro do ordenamento pátrio brasileiro.

Neste diapasão, Miguel Reale conceitua princípios dizendo que:

(...) são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE 2003, p. 37)

Neste diapasão, Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 180) entende que “princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”.

Com relação à função dos princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 162) diz que através “dos princípios, o intérprete investiga o pensamento mais elevado da cultura jurídica universal, buscando orientação geral do pensamento jurídico”.

Assim, fica evidenciado a enorme importância que os princípios possuem dentro do ordenamento jurídico pátrio, devendo os operadores do direito valerem-se dos mesmos para interpretação e aplicação da Lei, para que os mesmos sejam utilizados em casos concretos.

1.2.1. Princípio da Prevenção/Precaução

Abordar-se-á de maneira breve tais princípios, uma vez que são de suma importância para o direito ambiental.

A prevenção está voltada para prevenir o acontecimento de provável dano, sempre que o perigo encontrar-se identificado. Logo, pode-se aferir que quando de uma atividade que possa resultar lesão ao meio ambiente, sendo tal lesão conhecida, deverão ser tomadas todas as providências necessárias para que caso ocorra algum incidente, esta seja evitado por inteiro ou que os prejuízos sejam minimizados.

Por sua vez, a Precaução tem sua aplicabilidade voltada para os casos onde não existem meios necessários para averiguar se tal atividade gerará prejuízo ou não ao meio ambiente.

2. DAS INFRAÇÕES PENAIS DA LEI Nº 4.771/65 (CÓDIGO FLORESTAL DE 1965)

A CRFB/88 estabelece em seu artigo 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Estabelece, ainda, no §1º, VII, do artigo supramencionado, que “incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Assim, pode-se observar que a referida proteção conferida pela CRFB/88 ao meio ambiente veio ratificar a preocupação/apreensão da sociedade para com o mesmo, pois com o passar dos anos o homem vem evoluindo e isso acarreta uma enorme degradação ambiental, fazendo-se necessário que o mesmo seja tutelado pelo Estado. Deste modo, pode-se aferir que o homem continuará a desenvolver-se, pois é uma peculiaridade inerente a sua condição. Todavia, esse desenvolvimento deve estar em consonância com o meio ambiente, devendo se dar de forma racional e sustentável.

Cabe obtemperar que antes da promulgação da CRFB/88, a Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965, instituiu o Código Florestal, disciplinando quanto à utilização e preservação das florestas, bem como das demais vegetações.

Deve-se ressaltar, ainda, que tal lei fora recepcionada pela CRFB/88. O artigo 26 do referido Código Florestal de 1965 previa diversas formas de contravenções, um enorme avanço, pois tinha como finalidade coibir atos que viessem a degradar/destruir a flora.

No entanto, a Lei nº 9.605/98 revogou diversas infrações, convertendo-as em crimes, imputando aos criminosos ambientais punições mais severas. Diante da insuficiência do artigo 26 do Código Florestal de 1965, foram elaborados novas tipificações penais com penas majoradas. Em suma, ocorreu um majoramento no que diz respeito ao rigor, mesmo que ambas as leis não empreguem o encarceramento dos infratores, exceto no caso de reincidência.

O Código Florestal de 1965 perdeu relevância quanto às infrações penais. Não obstante as normas não repetidas na Lei nº 9.605/98 permaneceram em vigência até certo período, posto que com o advento da Lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012 (Novo Código Florestal) tais dispositivos foram revogados, visto que a referida lei optou por não cuidar da esfera penal.

O artigo 26 do antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65) dizia que “constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário mínimo mensal, do

lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente”. Logo, pode-se aferir que o referido artigo possibilitava a aplicação de três tipos de sanções, sendo elas: prisão, multa ou ambas cumuladas.

As agravantes penais davam-se, sem prejuízo das contidas no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940) e na Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941), assim estabelecia o artigo 31 do referido Código Florestal de 1965, *in verbis*:

Art. 31. São circunstâncias que agravam a pena, além das previstas no Código Penal e da Lei de Contravenções Penais:

a) cometer a infração no período de queda das sementes ou de formação das vegetações prejudicadas, durante a noite, em domingos ou dias feriados, em épocas de seca ou inundações;

b) cometer a infração contra a floresta de preservação permanente ou material dela provindo.

Com base no artigo 29, ainda, do Código Florestal que fora revogado, os trazia em seu escopo sobre quem recairia as penalidades, conforme segue:

Art. 29. As penalidades incidirão sobre os autores, sejam eles:

a) diretos;

b) arrendatários, parceiros, posseiros, gerentes, administradores, diretores, promitentes compradores ou proprietários das áreas florestais, desde que praticadas por prepostos ou subordinados e nos interesses dos proponentes ou dos superiores hierárquicos;

c) autoridades que se omitirem ou facilitarem, por consentimento ilegal, na prática do ato.

Deste modo, analisando-se o artigo supracitado, observar-se-á que tentava-se responsabilizar àquele que de algum modo corroborasse para a prática infracional, sendo a flora tutelada com mais eficácia.

A Ação Penal (AP), nestes casos será pública incondicionada, devido a natureza do bem jurídico, ora tutelado, ser difuso. Ainda que, a infração venha a ocorrer em uma propriedade privada, a AP será pública, por ser o bem de interesse de todos. Deste modo, observar-se-á que os artigos 33 e 34 do antigo Código Florestal previam as autoridades que podiam propor a AP, onde a CRFB/88 optou por não recepcionar tais artigos, concedendo competência privativa ao Ministério Público (MP) a propositura de Ação Penal Pública, conforme estabelece o artigo 129, I, da CRFB/88.

Todavia, a justiça estadual será a competente para julgar as contravenções em examine, mesmo tratando-se de bens, serviços ou interesses da União, conforme prevê a Súmula nº 38 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Cabe obtemperar que a maior pena estabelecida para tais contravenções era de somente um ano, logo, a competência do presente feito deveria ser dos Juizados Especiais Criminais. Incontroverso, que em decorrência da apenação máxima prevista, os Juizados Especiais eram os competentes, no caso de infrações com menor potencial ofensivo. Assim, era possível ocorrer a suspensão do processo promovido pelo MP quando oferecida a denúncia, conforme estabelece a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), em seu artigo 89. Era possível, também, haver a transação penal que consistia na reparação do dano causado, bem como na aplicação de maneira imediata da pena restritiva de direitos.

Ademais, o referido Código Florestal de 1965, estabelecia em seu artigo 35 sobre outra sanção, qual seja: a apreensão dos instrumentos que foram utilizados na infração, sendo tais instrumentos vendidos em hasta pública.

Deve-se ressaltar, ainda, que o Código Florestal de 1967, por mais que contivesse conteúdo penal, o mesmo avançou pouco neste âmbito, basicamente arrolou as contravenções, não possuindo a eficácia esperada do direito penal/criminal.

3. DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (LEI Nº 9.605/98)

Em 1998 fora editada a Lei nº 9.605, como dito anteriormente, tendo como finalidade a regulamentação do artigo 225 da CRFB/88, contendo alguns vetos, respeitando o período de vacância necessária para sua vigência. Assim, em que pese sua publicação ter sido em 12 de fevereiro de 1998, sua vigência deu-se em 30 de março do mesmo ano.

Deve-se ressaltar a natureza híbrida da referida lei, pois além de versar sobre os crimes ambientais, também preocupa-se com as infrações de cunho administrativo, bem como aspectos de colaboração internacional voltados para a preservação ambiental.

Diversas críticas ressoavam quando a referida lei fora publica por conta da mesma comportar alguns vícios. Destas, pode-se aferir que algumas advieram de pressões feitas por lobistas (*lobbies*) interessados na matéria; outras em decorrência de convicções errôneas sobre o interesse real da sociedade quanto a preservação dos recursos ambientais e da qualidade do meio ambiente; muitas, por fim, resultam da extravagância do legislador, que utilizou-se de definições mais amplas e indeterminadas, contendo diversas improbidades técnicas, linguísticas e lógicas, sendo flagrantemente contraditórias com a imposição de clareza e precisão no fechamento das tipificações penais.

Contudo, observa-se que tal diploma, ora em examine, demonstra um progresso político na questão da proteção ambiental, por batizar uma regulação da penalidade administrativa com sanções mais rigorosas, além de tipificar os crimes ambientais, mesmo na forma culposa.

A Lei dos Crimes Ambientais trouxe uma importante inovação possibilitando que pessoas jurídicas, tanto públicas quanto privadas, fossem responsabilizadas penalmente. O artigo 3º da referida lei estabelece sobre o presente tema que:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Observar-se que o direito penal, em suma, busca tradicionalmente imputar sanções penais para pessoas físicas. Assim, neste contexto o artigo 2º da Lei nº 9.605/98 dispõe sobre a imputabilidade de pessoa física em crimes ambientais, *in verbis*:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

A lei em comento foi adiante e em seu artigo 4º trouxe em sua redação a possibilidade da desconstituição de personalidade jurídica, *in fine*:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Logo, pode-se aferir que o artigo supracitado permite que quando de sua aplicação no caso concreto, um determinado órgão, revestido pela CRFB/88, possa valer-se de tal permissibilidade, afastando toda regra quanto a personificação jurídica para que a pessoa física que tenha realmente cometido a infração contra o meio ambiente possa ser penalizada.

Feitas tais considerações, abordar-se-á adiante o capítulo V da Lei nº 9.605/98, versando tal capítulo sobre os crimes contra o meio ambiente.

3.1. DOS CRIMES CONTRA A FAUNA

Com relação aos crimes praticados contra a fauna, os artigos 29 a 37 do referido diploma legal, são responsáveis por tutelar tal bem jurídico. Os animais estão relacionados à sobrevivência humana, pois a vida humana encontra-se enlaçada aos seres que compõem o globo terrestre. Deste modo, o legislador visou a proteção da fauna tutelando tal matéria.

Cabe obtemperar que os animais são tutelados com maior intervenção por parte do Estado, através do direito penal. Logo, são tidos como crimes a caça sem a devida permissão por exemplo (art. 29, *caput*, Lei nº 9.605/98).

3.2. DOS CRIMES CONTRA A FLORA

Nos artigos de 38 a 53 da Lei de Crimes Ambientais, o legislador visou detalhar minuciosamente as circunstâncias que poderiam caracterizar, mesmo que de maneira teórica, os crimes praticados contra a flora. Todavia, o operador do direito a manusear tal diploma legal deve-se nortear pela tutela da flora adaptando-o para as necessidades da espécie humana.

Deste modo, o legislador utilizou-se de parâmetros preventivos e repressivos, objetivando a aplicabilidade das sanções penais ambientais. Todavia, deve-se ressaltar que a despeito da flora merecer proteção, o legislador foi infeliz ao tipificar alguns crimes, seja por sua tipificação penal de culpa simples em algumas práticas, seja pela redação de má qualidade e/ou pela abertura que o mesmo concedeu a certos tipos penais, englobando de maneira rigorosa, eventos que não ofendam a um bem juridicamente tutelado, como uma simples poda de jardim, incorrendo o autor no artigo 48 do referido diploma legal.

3.3. DA POLUIÇÃO E OUTROS CRIMES AMBIENTAIS

Por sua vez os artigos 54 a 61 são responsáveis por tutelar os danos à saúde dos seres humanos, o ambiente laboral, além alguns outros bens ambientais.

Deve-se ressaltar que no Brasil as grandes causadoras de poluição ao meio ambiente são as indústrias, ficando a sociedade a mercê das regras

que tais indústrias usam ou deixam de usar em prol da população. Logo, sanções administrativas envelhecidas foram transformadas à condição de crime.

Todavia, percebe-se que novamente o legislador utilizou-se de tipificações penais abertas, ou seja, sem obedecer a taxatividade e legalidade estrita que são inerentes do direito penal. Um exemplo claro se tem no artigo 54 da referida lei, quando o legislador utiliza a seguinte redação:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou destruição significativa da flora.

Observa-se que quando o mesmo utiliza-se da expressão “destruição significativa”, demonstra claramente a falta técnica com que foi elaborada a redação do artigo supracitado.

Ademais, o artigo 56 do mesmo diploma legal estabelece que:

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos.

Deste modo, pode-se aferir que o dispositivo, em examine, vem regulamentar o modo de atuar das empresas no âmbito administrativo próprio, além de evidenciar, mais uma vez, que o legislador utilizou-se de uma norma penal em branco.

3.4. DOS CRIMES CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL

Em se tratando de crimes cometidos em face do ordenamento urbano e do patrimônio cultural, estes encontram-se elencados nos artigos 62 a 65 da Lei de Crimes Ambientais. Assim, pode-se aferir que o meio

ambiente cultural e artificial também foram tutelados, estes com sanções que visam preservar os bens materiais e imateriais tidos como culturais.

Neste diapasão, observa-se que o legislador procurou, com tais sanções penais, obedecer dispositivos constantes na CRFB/88, como o artigo 24, VII que dispõe sobre a "proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico", por exemplo.

3.5. DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL

Na Seção V do Capítulo V da referida lei, o legislador buscou garantir que o Poder Público cumpra seu papel através dos seus agentes públicos, qual seja: a defesa e preservação do direito ambiental para todos os seres vivos.

Ademais, os artigos 68 e 69 do referido diploma legal estabelece que:

Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposos, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.

Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposos:

§ 1º Se o crime é culposos:

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio

ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.

Deste modo, analisando a redação dos artigos, acima citados, pode-se aferir que qualquer pessoa pode praticar tal infração. Todavia, tais crimes são formas que o legislador encontrou para combater a corrupção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando-se o presente artigo científico pode-se concluir que a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) praticamente revogou todos os artigos constantes no antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65), vindo a ser revogada integralmente quando da vigência do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) sem tipificações penais.

O ordenamento jurídico pátrio ficou mais rigoroso, pois conforme abordou-se no presente artigo, dispositivos que eram tidos apenas como infrações administrativas sofreram modificações e passaram a ser tipificados como crimes contra o meio ambiente, à medida que outros integrantes do Código Florestal deixaram de ser tipificados como crime e/ou tiveram outra redação em decorrência do surgimento da Lei nº 9.605/98. Assim, observa-se que o ordenamento jurídico pátrio brasileiro restou mais severo quanto a apenação de condutas em desfavor do meio ambiente.

Observou-se, ainda, no presente artigo que a CRFB/88 com seu advento passou a compreender o meio ambiente de forma ampla, ou seja, englobando o ambiente cultural, artificial, natural e do trabalho.

Ademais, a CRFB/88 possibilitou a responsabilização penal das pessoas jurídicas públicas e/ou privadas (Art. 225, §3º). Neste diapasão, a Lei nº 9.605/98 regulamentou tal possibilidade, sendo um extremo avanço para a legislação ambiental brasileira. Cabe obtemperar, que também fora possibilitado o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica, buscando punir as pessoas que utilizam-se de pessoas jurídicas como meio de proteção para a promoção de crimes contra o meio ambiente.

Deve-se ressaltar a falta técnica, a má redação com que fora elaborado a redação da Lei nº 9.605/98, uma vez que sua redação traz

dispositivos vagos e imprecisos. Ademais, pode-se depreender analisando o diploma legal em comento que, em grande parte, são normais penais em branco, ou seja, acaba gerando uma dependência de outra norma para que a mesma tenha o efeito esperado. Em síntese, será a própria Administração Pública a responsável por delimitar quais condutas serão enquadradas no tipo penal.

Cabe obter-se que um dos balizadores do direito ambiental é o princípio da prevenção/precaução, buscando a todo modo obstar o dano ao meio ambiente e não simplesmente aceitar a conversão por tais práticas infracionais em reparação dos danos causados.

Por fim, pode-se concluir o presente artigo aduzindo que a melhor solução para a questão ambiental é a educação. A CRFB/88 em seu artigo 225, §1º, VI diz que deve-se “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. Todavia, deve-se ter em mente que tal iniciativa não é de responsabilidade somente do Estado, cabendo a toda sociedade.

Assim, será possível desconstruir a ideia arcaica que meio ambiente é somente florestas, mato, verde. Ademais, com a grande massa populacional concentrada nos centros urbanos, é necessário que se faça uma política nacional de conscientização/educação ambiental para que toda população possa sentir no transcorrer do seu dia a dia que é parte constante de um meio ambiente, seja ele urbano, cultural, natural ou do trabalho.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 08 de maio de 2018 às 04h08min.

BRASIL. Decreto nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.**

Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h27min.

BRASIL. Decreto nº 3.688 de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais.** Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h28min.

BRASIL. Decreto nº 4.421 de 28 de dezembro de 1921. **Serviço Florestal do Brasil.** Fonte: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4421-28-dezembro-1921-567912-publicacaooriginal-91264-pl.html>. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h12min.

BRASIL. Decreto nº 23.793 de 23 de janeiro de 1934. **Primeiro Código Florestal.** Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h17min.

BRASIL. Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934. **Código de Águas.** Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h20min.

BRASIL. Decreto nº 24.645 de 10 de julho de 1934. **Medidas de Proteção aos Animais.** Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h22min.

BRASIL. Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965. **Antigo Código Florestal.** Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h10min.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. **Lei de Crimes Ambientais.** Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h18min.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** – 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**; 3ª ed.; São Paulo; Editora RT, 2004;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003;

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, José Carlos Rodrigues de. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e sua justificativa social**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1998;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 38**. Fonte: <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-38,2269.html>. Acesso em 08 de abril de 2018, às 04h24min.

SZNICK, Valdir. **Direito Penal Ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004.

NOTAS:

[1] Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Canoas - RS - 1996), especialista em Direito e Estado pela Universidade do Vale do Rio Doce (Governador Valadares - MG), é Mestre em Ciências do Ambiente pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (Palmas - TO). É doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. (Belo Horizonte).

O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ENQUADRAMENTO SINDICAL, ISONOMIA SALARIAL E RESPONSABILIDADE EM MATÉRIA DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

YARA CAMPOS SOUTO: Bacharel em direito e assessora no Tribunal Superior do Trabalho.

Resumo: Este artigo pretende analisar os impactos do fenômeno da terceirização nas relações de trabalho sob três vieses: enquadramento sindical, isonomia e responsabilidade do empregador e dos tomadores de serviços. A partir de uma breve análise dos dispositivos legais, bem como da doutrina e da jurisprudência relativa à terceirização nestes três aspectos, propõe-se que: (1) o enquadramento sindical dos trabalhadores terceirizados se dê na mesma categoria profissional dos empregados diretos do tomador de serviços; (2) seja assegurada isonomia salarial entre os trabalhadores terceirizados e aqueles diretamente contratados pela empresa tomadora; e (3) a empresa tomadora de serviços e a empregadora direta sejam solidariamente responsáveis pela observância das normas de saúde e segurança do trabalho, bem como por eventuais danos decorrentes de acidentes ou doenças do trabalho.

Palavras-chave: terceirização; enquadramento sindical; isonomia; responsabilidade do empregador.

Sumário: Introdução. Enquadramento Sindical. Isonomia. Responsabilidade do Tomador de Serviços. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

Terceirização é, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado, “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente” (Delgado, 2016: 487). O ordenamento jurídico brasileiro, recentemente alterado pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, prevê, basicamente, três hipóteses de terceirização: (i) o trabalho temporário, destinado a atender necessidade de

substituição transitória de pessoal regular ou demanda complementar de serviços (Art. 2º da Lei 6.019/74); (ii) a terceirização da prestação de serviços em geral, que tem por objeto a transferência da execução de quaisquer das atividades da contratante (Art. 4º-A, *caput*, da Lei 6.019/74); (iii) a terceirização de atividades de vigilância (Lei 7.102/83).

Este artigo tem por objetivo analisar os impactos do fenômeno da terceirização nas relações de trabalho sob três vieses: enquadramento sindical, isonomia e responsabilidade do empregador e dos tomadores de serviços.

Enquadramento Sindical

O Brasil, contrariando os preceitos da Organização Internacional do Trabalho (Convenção 87/OIT) relativos à liberdade sindical, adotou o sistema da unicidade sindical, de modo que é vedada a criação de mais de uma organização sindical representativa da mesma categoria na mesma base territorial (Art. 8º, II, da CF/88).

Nesse sentido, a agregação sindical obreira se dá conforme a atividade econômica preponderantemente desenvolvida pelo empregador (Art. 511, §§1º e 2º, da CLT), no que se convencionou chamar de categoria profissional (sindicatos verticais). Excepcionalmente, em razão da existência de estatuto profissional especial ou de condições de vida singulares, o enquadramento sindical dar-se-á em razão da atividade exercida pelo empregado (Art. 511, §3º, CLT), formando-se as chamadas categorias diferenciadas (sindicatos horizontais).

Assim, parcela majoritária da doutrina e jurisprudência entende que o enquadramento sindical dos trabalhadores terceirizados dar-se-ia de acordo com a atividade econômica de seu empregador direto, qual seja, a prestação de serviços a terceiros. Esta é a previsão expressa do Art. 3º da Lei 6.019/74: "É reconhecida a atividade da empresa de trabalho temporário que passa a integrar o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o art. 577, da Consolidação da Leis do Trabalho". No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

(...) TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. ISONOMIA SALARIAL. ENQUADRAMENTO SINDICAL. IMPOSSIBILIDADE. Consoante entendimento firmado por esta Corte Superior, os trabalhadores de empresa prestadora de serviços terão direito às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas aos empregados da tomadora, desde que constatada a irregularidade da terceirização e comprovada a identidade de funções por ele exercidas. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 do TST. Sucede que, no caso, a Corte de Origem registrou que a terceirização efetivada pelas rés foi lícita, o que afasta o direito à isonomia de direitos ora perquirida. Ademais, não há tese concreta acerca da identidade de funções entre os trabalhadores. Por fim, ante a regularidade na contratação do reclamante, o seu enquadramento sindical deverá ser feito pela regra geral, ou seja, com base na atividade preponderante do empregador, o que foi observado pela Corte Regional. Recurso de revista não conhecido.

(Processo: ARR-1-75.2011.5.15.0092 Data de Julgamento: 18/04/2018, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2018.)

Contudo, o que se observa é que o enquadramento nesses termos tem produzido efeitos nefastos sobre a representatividade dos sindicatos e sobre a própria liberdade sindical. Isso porque a terceirização gera a pulverização da força de trabalho, que se vê distribuída entre diversos tomadores de serviços, e, conseqüentemente, em diferentes atividades econômicas.

Nesse contexto, há uma ruptura do próprio critério de agregação dos trabalhadores adotado pelo sistema brasileiro, qual seja, a existência de similitude de condições de vida. É a vivência de condições de trabalho

semelhantes que cria entre os trabalhadores um sentido de comunidade, que os une na busca por melhorias.

Assim, permitir que sejam colocados, lado a lado, trabalhadores que, embora desempenhem funções semelhantes, sujeitam-se a enquadramentos sindicais distintos e, portanto, possuem patamares de direitos trabalhistas diversos, gera efeito oposto àquele almejado pelo legislador celetista, desencorajando o engajamento sindical e incentivando disputas entre os próprios trabalhadores.

Pelas razões expostas, defende-se o enquadramento do trabalhador terceirizado na mesma categoria profissional dos empregados diretos do tomador de serviços. Registre-se que referido entendimento não pode ser estendido aos vigilantes, na medida em que constituem categoria profissional diferenciada.

Isonomia

A Lei 6.019/74 prevê expressamente, em seu artigo 12, a, que os trabalhadores temporários fazem jus à remuneração equivalente àquela percebida pelos empregados da empresa tomadora. Contudo, inexistente previsão semelhante em relação aos trabalhadores terceirizados.

A doutrina registra que a terceirização tende a viabilizar tratamento socioeconômico e jurídico inferiorizante, criando verdadeiras castas de trabalhadores. Assim, observa-se que os empregados diretos da tomadora possuem, em regra, salários superiores, contratos mais duradouros, mais benefícios, maior treinamento e qualificação em relação aos trabalhadores terceirizados. Nesse sentido, leciona Rodrigo Carelli:

A terceirização, atualmente, é, sem dúvida, a maior fonte de problemas para o direito do trabalho que ainda não se encontra devidamente preparado instrumentalmente para responder aos desafios que o fenômeno acarreta. Como a literatura demonstra e esta obra comprova, a terceirização e seu uso desenfreado e desregulado trouxeram para o mundo laboral um crescimento extremado da precarização

das condições de trabalho, com a fragmentação do coletivo dos trabalhadores e a exclusão social. (CARELLI, 2007, p. 59).

Nesse contexto, a interpretação sistemática do ordenamento justicialista, espedado nos princípios da igualdade material e da não discriminação (Convenção 111/OIT e artigos 5º, *caput*, 7º, XXX, XXXI e XXXII, da Constituição Federal e 461 da CLT), impõe a aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei 6.019/74 também aos trabalhadores terceirizados, de modo que lhes seja conferido tratamento isonômico em relação aos empregados da empresa tomadora de serviços.

Registre-se que o tratamento isonômico não se reduz ao salário equitativo, mas gerando a efetiva comunicação de padrão remuneratório. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado:

Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora (13º salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas, etc.) foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico estabelecido na Lei n. 6.019. (DELGADO, 2016, p. 506).

Nessa esteira, a jurisprudência do TST, consubstanciada na OJ 383/SBDI-1, quando existente a identidade de funções, tem reconhecido aos trabalhadores terceirizados o direito às mesmas verbas trabalhistas, legais e normativas, asseguradas aos diretamente contratados pelo ente público tomador de serviços.

OJ-SDI1-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo

princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Contudo, por lealdade ao leitor, importa destacar que a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista não vem estendendo o mesmo tratamento aos trabalhadores terceirizados que prestam serviços à iniciativa privada. Neste sentido, os seguintes precedentes:

(...) TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. ISONOMIA SALARIAL. ENQUADRAMENTO SINDICAL. IMPOSSIBILIDADE. Consoante entendimento firmado por esta Corte Superior, os trabalhadores de empresa prestadora de serviços terão direito às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas aos empregados da tomadora, desde que constatada a irregularidade da terceirização e comprovada a identidade de funções por ele exercidas. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 do TST. Sucede que, no caso, a Corte de Origem registrou que a terceirização efetivada pelas rés foi lícita, o que afasta o direito à isonomia de direitos ora perquirida. Ademais, não há tese concreta acerca da identidade de funções entre os trabalhadores. Por fim, ante a regularidade na contratação do reclamante, o seu enquadramento sindical deverá ser feito pela regra geral, ou seja, com base na atividade preponderante do empregador, o que foi observado pela Corte Regional. Recurso de revista não conhecido. Processo: ARR - 1-75.2011.5.15.0092 Data de Julgamento: 18/04/2018, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nºs 13.015/2014 E 13.105/2015 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - DESCABIMENTO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. ISONOMIA SALARIAL. A jurisprudência desta Corte está posta no sentido de manter a isonomia de direitos, quando constatada a irregularidade na contratação e a identidade entre as funções exercidas pelos empregados da empresa fornecedora de mão de obra e aquelas desempenhadas pelos contratados diretamente pela tomadora dos serviços (OJ 383/SBDI-1). Ausentes tais requisitos, não há que se falar em diferenças decorrentes de isonomia salarial. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Processo: AIRR - 10099-37.2015.5.03.0182 Data de Julgamento: 04/04/2018, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/04/2018.

Responsabilidade do Tomador de Serviços

Tratando-se de hipótese de terceirização lícita e trabalho temporário, dispõe a Lei 6.019/74 que o tomador de serviços será subsidiariamente responsável pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo empregador:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

(...)

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

(...)

Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

(...)

§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Nesse sentido, também já caminhava o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 331/TST:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à

atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

No tocante ao cumprimento das normas relativas à segurança e saúde do trabalho, a Lei 6.019/74 atribui à tomadora de serviços a responsabilidade pela garantia das condições de saúde e segurança apenas quando o trabalho se der em suas dependências ou em local por ela indicado:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos

trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

A doutrina registra que os trabalhadores terceirizados são mais expostos a riscos, sendo mais acometidos por acidentes e doenças do trabalho, verificando-se ainda a maior gravidade e fatalidade dos acidentes ocorridos com terceirizados. Nesse sentido, leciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

A prática tem demonstrado que os serviços terceirizados são os que mais expõem os trabalhadores a riscos e, por consequência, a sofrerem acidentes ou doenças ocupacionais, pois que se referem a empregados de baixo nível remuneratório e pouca especialização, que dispensam experiência e treinamento.

As empresas de prestação de serviços são criadas com relativa facilidade, sem necessidade de investimento ou capital, porque atuam simplesmente intermediando mão de obra de baixa qualificação e de alta rotatividade. Como ficam na inteira dependência das empresas tomadoras de serviços e enfrentam concorrência, nem sempre leal, de outras empresas do ramo, dificilmente experimentam crescimento próprio ou solidez econômica, sendo frequentes as insolvências no setor. Com isso, acabam aceitando margens de lucro reduzidas, sacrificando, para sobreviver, as despesas necessárias para garantia da segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. (OLIVEIRA, 2011, p. 338/339).

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao meio ambiente hígido e seguro, nele incluído o do trabalho (Art. 170, VI; Art. 200, VIII; e Art. 225). A Convenção 155 da OIT (Art. 17), por sua vez, dispõe sobre o dever de colaboração quanto às normas de segurança e saúde dos trabalhadores:

“Sempre que duas ou mais empresas desenvolverem simultaneamente atividades num mesmo local de trabalho, as mesmas terão o dever de colaborar na aplicação das medidas previstas na presente Convenção”.

Dispõem de modo semelhante as NRs 7 e 24 do Ministério do Trabalho:

7.1.3. Caberá à empresa contratante de mão-de-obra prestadora de serviços informar a empresa contratada dos riscos existentes e auxiliar na elaboração e implementação do PCMSO nos locais de trabalho onde os serviços estão sendo prestados.

24.6.1.1. A empresa que contratar terceiros para a prestação de serviços em seus estabelecimentos deve estender aos trabalhadores da contratada as mesmas condições de higiene e conforto oferecidas aos seus próprios empregados.

O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil também impõem a responsabilidade solidária:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais

de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

É com espeque neste arcabouço normativo, bem como nos princípios do poluidor-pagador, do risco-proveito e do dever de colaboração quanto ao meio ambiente do trabalho, que se propõe que a empresa tomadora de serviços e a empregadora direta sejam solidariamente responsáveis pela observância das normas de saúde e segurança do trabalho e por eventuais danos decorrentes de acidentes ou doenças do trabalho.

Conclusão

Este artigo se propôs a analisar os impactos do fenômeno da terceirização nas relações de trabalho sob três vieses: enquadramento sindical, isonomia e responsabilidade do empregador e dos tomadores de serviços.

A partir de uma breve análise dos dispositivos legais, bem como da doutrina e da jurisprudência relativa à terceirização nestes três aspectos, propôs-se, ao final, que: (1) o enquadramento sindical dos trabalhadores terceirizados se dê na mesma categoria profissional dos empregados diretos do tomador de serviços; (2) seja assegurada isonomia salarial entre os trabalhadores terceirizados e aqueles diretamente contratados pela empresa tomadora; e (3) a empresa tomadora de serviços e a empregadora direta sejam solidariamente responsáveis pela observância das normas de saúde e segurança do trabalho, bem como por eventuais danos decorrentes de acidentes ou doenças do trabalho.

Referências Bibliográficas

BRASIL. [Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994](#). Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm.

Consultado em 20 de maio de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm.

Consultado em 06 de maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm.

Consultado em 06 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm.

Consultado em 06 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Consultado em 06 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Consultado em 20 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

Consultado em 20 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre

as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Consultado em 24 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** 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 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Consultado em 24 de maio de 2018.

BRASIL. **NR 7 - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional.** Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR7.pdf>. Consultado em 20 de maio de 2018.

BRASIL. **NR 24 - Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho.** Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR24.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: AIRR - 10099-37.2015.5.03.0182. 3ª Turma. Data de Julgamento: 04/04/2018. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 13/04/2018. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2010099-37.2015.5.03.0182&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABCRPAAJ&dataPublicacao=13/04/2018&localPublicacao=DEJT&query=%27terceiriza%E7%E3o%20I%EDcita%27%20and%20%27isonomia%20salarial%27>. Consultado em 20 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: ARR-1-75.2011.5.15.0092. 7ª Turma. Data de Julgamento: 18/04/2018. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. DEJT 27/04/2018. Disponível

em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%201-75.2011.5.15.0092&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABCGmAAK&dataPublicacao=27/04/2018&localPublicacao=DEJT&query=terceiriza%E7%E3o%20and%20%27enquadramento%20sindical%27>. Consultado em 06 de maio de 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil. In: A perda da Razão Social do Trabalho: terceirização e precarização**. São Paulo: Boitempo, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 87**. Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização. Disponível em https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5/Convencao_87_OIT_Sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L61_3R2000-86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5-kQPNDq. Consultado em 24 de maio de 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. OJ 383/SBDI-1 *in* **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>. Consultado em 20 de maio de 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula 331/TST. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos**. Disponível



em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>.
Consultado em 20 de maio de 2018.

DIREITO FUNDAMENTAL À RECUSA DE TRANSFUÇÃO SANGUÍNEA: UM ESTUDO COMPARADO.

LARISSA FRANCHETTO DA SILVA:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA
(Orientador)

RESUMO: O referido artigo tem como finalidade apresentar os litígios ocorridos no judiciário relacionado a recusa da transfusão sanguínea, mostrando decisões jurisprudenciais, princípios e direitos fundamentais debatidos por cada lado, uma vez que perante o ordenamento jurídico tanto o medico como paciente possuem defesa para a demanda, e, portanto, se faz necessário reconhecer os limites de cada um. É crucial expor também os meios alternativos ao procedimento, de forma que esses tornaram-se eficazes em determinados casos trazendo soluções para a situação, além de identificar e analisar decisões de tribunais internacionais e o que se prevalece em cada região.

Palavras-chave: Recusa, Transfusão, princípios, Jurisprudências

ABSTRACT: The referred article has a purpose to present the litigations occurred in the judiciary related to the denial of blood transfusion, showing jurisprudence decisions, principles and fundamental rights debated by each side, once, under the legal system, both the doctor and the patient have defense for the demand, therefore, it is necessary to acknowledge each individual's limits. It is also crucial to also expose, the alternative methods of procedure, so that these have become effective in determined cases, bringing information to the situation in addition to identifying and analyzing international court decisions, and what prevails in every region.

Keywords: Refusal, Transfusion, Principles, Jurisprudence

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. 2. TESTEMUNHAS DE JEOVA – RECUSA DA TRANSFUÇÃO SANGUINEA. 2.1 RECUSA POR INCAPAZES. 3. CASOS UTILIZANDO TRATAMENTO ALTERNATIVO A TRANSFUÇÃO. 4. ESTATUTO DA ORDEM DOS MEDICOS. 5. DECISÕES JURISPRUDENCIAIS BRASILEIRAS.

6. DIREITO COMPARADO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. ANEXO.

INTRODUÇÃO

O maior problema dos hospitais brasileiros no que tange ao interesse de determinados pacientes e médicos em geral tem sido abordado com maior frequência no judiciário, uma vez que ao se colocarem em determinadas situações que ambos são protegidos por lei, criando conflitos entre si, se faz necessário buscar amparo legal para que o seu direito fundamental seja preservado de acordo com a lei.

Quando se trata de uma transfusão sanguínea em pacientes cuja a religião não permite o ato deve ser analisado o lado de cada parte se de fato é urgente, deverá prevalecer sempre os riscos que corre entre outros inúmeros requisitos que ao realizar a transfusão, é crucial averiguar com cautela para que o direito de cada parte, não seja prejudicado.

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º caput, , e nos incisos VI,VII,VIII (Brasil,1988), aduz que são assegurados por lei o direito a vida bem como o direito a liberdade de crença e religião, dessa forma, de acordo com o constitucionalismo e a hierarquia das leis, o mesmo deve abordar e apontar a soberania das leis de forma tal, que o ordenamento jurídico impõe que todas as demais normas deverá sempre estar em conformidade com a Constituição Federal uma vez que, essa, é a lei máxima do País e visa fixar o lugar da instancia jurídica como forma de estabilizar e assegurar o poder do Estado.

Ocorre que, existem diversas situações no qual os tribunais são colocados a decidir a importância do direito de determinada pessoa ou o direito da outra, tendo em vista, que pela Constituição Federal são assegurados diversos direitos e garantias fundamentais, podendo então criarem conflitos entre si.

Ainda na Constituição Federal em seu artigo 19, I (Brasil,1988), nos aponta claramente que estamos diante de um estado laico, ou seja, não

é imposto apenas uma religião para ser seguida de forma tal, que todos são livres para escolher e seguir a religião e crença que bem entender, e ainda, estar amparado pela lei de modo que o Estado tem o dever de proteger e assegurar de forma ampla os cultos e reuniões religiosos, isto é, ser livre para seguir qualquer denominação e estar protegido pela lei para que isso ocorra.

Além do mais, deve ser requisitado também o direito a vida no qual para a lei máxima, é considerado como um direito superior aos demais direitos e garantias fundamentais, pois sem a vida não há a possibilidade de conter as outras demais garantias ou seja, exemplificando, se não tivermos a vida não há a oportunidade de termos a liberdade de expressão pois os direitos são cessados com o término da vida, porém nessa determinada situação deve-se reavaliar cada circunstância de forma única não se deve simplesmente analisar todas em conformidade, pois de certa forma cada caso tem a sua peculiaridade e sendo assim, existe a possibilidade de outra garantia fundamental, prevalecer sob o direito à vida.

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal conhecida como constituição cidadã, foi concebida na redemocratização, iniciada com o término da ditadura militar, esta, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 05 de outubro de 1988 é considerada a lei suprema da República Brasileira, servindo de parâmetro normativo, para todas as demais espécies normativas brasileiras.

No que tange ao conteúdo da norma visa apontar princípios, direitos, garantias fundamentais, organização dos Estados, entre outros inúmeros artigos e informações, no qual seu objetivo é regular, assegurar a organização e humanização do país.

Quando se refere aos direitos e garantias fundamentais são apontados dispositivos que sistematizam as noções básicas e centrais que regulam a vida social, política e jurídica de um cidadão. E portanto, quando se trata da matéria dedicada a esses direitos é importante salientar, que são apontados e enfatizados a igualdade perante lei como diretriz fundamental de toda a constituição.

Por conta dessa igualdade que a lei nos proporciona, é elencado nos artigos 5º ao 17º da Constituição Federal (Brasil,1988) as principais inúmeras formas de garantias e direitos fundamentais, dentre elas está imposto com maior relevância o direito a vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, educação, saúde entre outros.

Além desses considerados como gerais e principais deve ser apontado a liberdade de expressão, de consciência, de crença juntamente com outros que são assegurados por lei tornando assim um Estado laico, isso é, a livre escolha de credo sem qualquer manifestação contrária regimental a sua liberdade de expressão, se originando do Estado democrático de Direito sem a mediação do próprio regime político no que tange a essas liberdades.

Mesmo que haja um Estado democrático se fez necessário a garantia de liberdade de consciência e expressão, pois desta forma fica assegurado ao indivíduo a não imposição Estatal nos valores morais e éticos de maneira compulsória, garantindo que cada cidadão possa acreditar em tudo aquilo que considerar certo, sem a interferência estatal.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal o direito à vida começa desde o nascituro, ou seja, a partir do momento da concepção aquele nascituro já possui direito e já está protegido pela lei, na eminencia que se alguém violar esse direito que ele possui estará cometendo, por exemplo, crime sujeito consequências.

A liberdade de expressão, de crença e o direito à vida digna, possuem conceitos amplos ao ponto que a cada pensamento humano seja unicamente exclusivo de cada cidadão, e ao mesmo momento esses possam serem usados de acordo com a autonomia de vontade peculiar de cada um, bem como também, a letra da lei impõe que é livre e perfeitamente licita, no qual, a Constituição Federal abrange que o Estado tem o dever de garantir que tais direitos não sejam violados de forma que se forem deverá ressarcir o dano causado.

Ocorre que, pelo fato desses direitos e garantias fundamentais estarem previstos na mesma norma suprema existe a possibilidade de duas

garantias ou dois direitos intimamente ligados ao princípio da dignidade humana, se confrontarem por determinado ato da vida social, que são os casos em que pessoas cuja a religião, no qual é assegurado por lei, não permite determinado procedimento médico, que por sua vez como consequência pode prejudicar outro direito fundamental que é a vida, e ainda acarretar problemas para o outro lado ou seja, para o próprio médico que vê a necessidade e urgência do procedimento.

Vale ressaltar, que nenhum princípio tem primazia sobre os demais. Ocorre, todavia, que dado princípio deverá ser aplicado ao caso concreto em determinadas circunstâncias por ser mais viável do que o outro, sem invalidar o que não foi aplicado, ou seja, restringir determinado direito ao ponto que não exclua o outro, uma vez que, os princípios e garantias fundamentais são considerados pela constituição cláusulas pétreas de forma que não podem ser abolidas, porém, é permitido serem restringidas de acordo com a situação fática da vida, ou melhor, que outra possa ter um valor maior que esse, e vice-versa.

2. TESTEMUNHAS DE JEOVA – RECUSA DA TRANSFUSÃO SANGUINEA

Dentre todas as religiões adeptas aos brasileiros no País, podemos dizer que cada uma possui suas normas internas ou doutrinas que os fiéis que as seguem devem respeitar. As testemunhas de Jeová é uma comunidade religiosa que começou suas atividades em 1970 nos Estados Unidos, no qual buscava transmitir o conhecimento bíblico real para qualquer um que quisesse recebe-lo e aceita-lo. São conhecidos mundialmente pela sua obra de evangelização realizada voluntariamente de casa em casa, e também nas ruas.

Esses fiéis seguem uma doutrina própria com um apego a fortes valores, baseada nos conselhos e atributos que a própria bíblia impõe, de forma que, eles creem em determinados pontos doutrinários que ao ser quebrado estariam pecando contra a presença de Deus.

Entre esses pontos destaca-se a neutralidade política, a moralidade sexual, a recusa da transfusão sanguínea entre outras, no qual, perante a lei são totalmente livres para pensar e crer no que eles acharem justo.

Essa linha de raciocínio da recusa da transfusão sanguínea, está imposta em várias partes da bíblia como:

“[...] Tudo que se move, que é vivente, será para vosso mantimento, tudo vos tenho dado como a erva verde. A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis. [...] (Gênesis 9.3-4)

[...] E nenhum sangue comereis em qualquer das vossas habitações, quer de aves quer de gado. Toda a pessoa que comer algum sangue, aquela pessoa será extirpada dos seus povos. [...] E, qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma que comer sangue, eu porei a minha face, e a extirparei do seu povo; Porque a Alma da carne está no sangue, pelo que vê-lo tenho dado sobre o altar, para fazer extirpação pelas vossas almas: porquanto é o sangue que fará extirpação pela alma.[...](Levítico 7.26; 17.10-11)

[...]Pelo que julgo que não se deve perturbar aqueles, dentre os gentios, que se convertem a Deus; Mas escrever-lhes que se abstém das contaminações dos ídolos, da prostituição, do que é sufocado, e do sangue. [...] (Atos 15.19-20).” (A Bíblia, 2003).

De forma tal, que ao analisar cada citação em individual, pode-se entender que ao se ingerir o sangue estaria ingerindo também a vida e a alma daquele determinado ser bem como, todos as demais peculiaridades que a aquele ser possui, uma vez que a vida e a alma é a parte principal de cada ser movente e dessa forma, ao ingerir estaria sendo removido ou excluído do povo de Deus assinando a condenação própria .

Verifica-se que ao explorar as menções bíblicas é especificado que o sangue não pode ser digerido por via oral, ou seja, não se pode comer o sangue daquele ser movente e sendo assim, ao ser transferido o

sangue em si não caracteriza e se adequa as referências, porém para esses fieis, por analogia, estaria também ingerindo o sangue e aplicando as regras bíblicas sob as transfusões.

2.1 RECUSA POR INCAPAZES

Quando se trata de um paciente capaz no qual consegue expressar sua vontade a lide se torna mais acessível, uma vez que o médico se tratando de risco efetuará o procedimento e se necessário poderá recorrer à justiça.

Porém existe casos em que os pacientes são incapazes, no qual perante o Código Civil (CC,2002), expõe duas modalidades de incapacidade ou seja, o absolutamente incapaz é o caso do menor de 16 anos representado pelos seus pais ou responsáveis, ou ainda os relativamente incapazes correspondente aos maiores de 16 anos e menores de 18 dentre outros casos que compõe esse quesito, onde esses são assistidos pelos pais ou responsáveis.

E nessa linha de raciocínio, quando os pais ou responsáveis forem adeptos a tal crença consequentemente atribuíram as normativas regradas pela religião aos filhos ou aqueles cujo perante a lei, são responsáveis.

É importante frisar que quando o paciente for incapaz, entende-se que havendo o risco eminente de morte, o médico tem o dever legal de realizar todo e qualquer procedimento necessário para salvar a vida do mesmo.

Apesar do respeito à liberdade de crença dos pais ou responsáveis pelo menor, tal obrigação possui amparo legal no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, no qual resguarda a criança e ao adolescente o direito a proteção à vida e a saúde. Ainda, impõe a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Decreto nº 99.710/1990, que toda criança tem direito inerente à vida, devendo ser garantido ao máximo sua sobrevivência e desenvolvimento.

Esta explicito ainda no Código de Ética Medica precisamente em seu artigo 22: *“É vedado ao médico, deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após*

*esclarece-los sobre o procedimento a ser realizado, **salvo em caso de risco eminente de morte.**" (CFM, 2010, grifo nosso)*

Como se pode verificar se o paciente estiver em risco eminente de morte independe a vontade do paciente, seja ele capaz ou incapaz, e dessa forma atribui ao médico o dever de agir para salvar a vida daquele paciente e assegurar os direitos e proteção que a lei lhe concede.

Recentemente na cidade de São José do Rio Preto - SP um recém-nascido ao retornar no hospital para realizar o teste do pezinho, os médicos constataram que o bebe estava desidratado e hipoativo com sonolência fora do normal e falta de movimentação. O que levou sua internação a UTI do hospital imediatamente, com o quadro de distúrbios de coagulação, sangramento digestivo e anemia.

Os pais por serem adeptos a tal religião proibiu o procedimento de transfusão, imediatamente a equipe medica entrou com uma ação conseguindo a autorização judicial para realizar o procedimento devido à gravidade da situação do bebê, e por experiência saberem que a transfusão seria o meio mais hábil para reverter o quadro clinico, e indispensável para preservação da vida do recém-nascido, conforme anexo (a), P.20.

Mas não é sempre assim que ocorre como o caso da menina de 13 anos chamada Juliana, a mesma possuía uma doença genética caracterizada como anemia falciforme, e diante de uma crise da doença chegando ao hospital São José em São Paulo, os pais por serem fieis a essa denominação também não permitiram o procedimento médico, e conseqüentemente a paciente veio a óbito deixando assim, a responsabilidade nas mãos do médico.

3. CASOS UTILIZANDO TRATAMENTO ALTERNATIVO A TRANSFUÇÃO

Existem diversas formas e meios de não se utilizar a efetiva transfusão sanguínea de forma que é utilizado pelos médicos macetes e técnicas durante o tratamento ou a cirurgia que torna a transfusão inútil ao caso, isto é, utilizar medicamentos, equipamentos específicos, entre outras estratégias, que podem reduzir a quantidade de sangue perdido, naquele determinado caso.

No ano de 2009, foi realizado o primeiro retransplante cardíaco sem a utilização de transfusão de sangue do Mundo, no qual por razões de urgência uma garotinha de 6 anos de idade precisou realizar um Retransplante Cardíaco, isto é, ela já havia feito um transplante anteriormente porém seu corpo não aceitou o tratamento medicamentoso agravando seu estado de saúde, se fazendo necessário realizar um novo transplante cardíaco. Ocorre que por motivos religiosos os pais da criança solicitaram a equipe medica de São Paulo, que aplicasse ao caso o protocolo de gerenciamento e conservação do sangue para cirurgias cardíacas graves e complexas, criada pela equipe especialmente em cirurgias feitas em Adultos, isto é, sem a injeção de transfusão sanguínea.

Após a autorização da aplicação do suposto protocolo foi feito um planejamento multidisciplinar entre os profissionais da saúde, que utilizou técnicas e estratégias com a utilização de medicamentos e vitaminas para que os níveis de sangue da paciente não descaíssem facilmente, e que pudesse ser feito o procedimento cirúrgico com facilidade e sem a devida utilização de sangue homólogo. A cirurgia foi realizada com sucesso e sem nenhum tipo de transfusão de sangue, além de atender todos os requisitos de satisfação do procedimento a paciente encontra-se em ótimo estado de saúde.

Outro caso interessante, foi de um paciente que já estava em Estado grave de saúde acometido por uma falência renal crônica, no qual era submetido à hemodiálise, e devido a isso foi necessário fazer uma correção no aneurisma da aorta ascendente e como complicação foi acometida de uma anemia grave, porém o paciente sobreviveu sem a utilização de sangue homólogo.

Vale destacar, que cada caso possui suas peculiaridades e que o melhor profissional para saber qual meio utilizar naquela determinada situação específica é o médico responsável por aquele procedimento, existe sim, vários meios alternativos porém é preciso analisar se algum deles é eficaz para salvar a vida daquele determinado paciente.

As principais formas de controlar a perda de sangue e fazer com que os índices de plaquetas sanguíneas e hemoglobinas não diminuam é

através de medicamentos como : Sulfato ferroso, ácido fólico, vitamina B12, eritropoietina, darbepoietina e o CERA (continuous erythropoietin receptor activator), no qual ao serem aplicadas no pacientes, tratam a anemia tornando-o mais fortes, além de outros que transportam o oxigênio de forma mais rápida, reduzindo assim a taxa de diminuição do sangue.^[1]

Por outro lado, existe um novo procedimento realizado através de uma máquina capaz de recuperar o sangue do paciente que seria supostamente perdido durante o procedimento cirúrgico, e reutilizado no próprio paciente, pois a função desta não altera o DNA do paciente e não apresenta uma homotoxina, isto é, um corpo estranho tornando o procedimento eficaz, e seu custo não ultrapassa o preço de duas bolsas de sangue, quando feitas todas as atividades envolvidas no procedimento. Esse procedimento chamado de Recuperação Intra-Operatória de Sangue existe a mais de 25 anos e esta sendo implantado aos poucos nos Estados Brasileiros, porém procedimentos cirúrgicos realizados com o mesmo já obteve resultados positivos em boa parte deles.

Um dos procedimentos que possuem o custo benefícios mais baixos do país é o chamado hemodiluição normovolemica aguda, isto é antes do início da cirurgia é retirado uma ou duas bolsas de sangue do próprio paciente, aplicando cristaloides e/ou coloides expandindo o volume de plasma, para manter a normovolemica ou seja, o volume normal do sangue e deixando de prontidão as bolsas sanguíneas retiradas anteriormente para que o médico a utilize no momento certo do procedimento, e por consequência, esse sangue terá o mesmo DNA do paciente o que torna tudo mais fácil.

Existe ainda, inúmeras formas e técnicas a serem feitas antes do procedimento ou durante o procedimento cirúrgico ou anemia, tanto terapêutico como técnicas profissionais, que podem ser utilizadas como meios alternativos nesses casos específicos cujo a religião permite mas se faz necessário analisar a situação e estado de saúde do paciente.

4. ESTATUTO DA ORDEM DOS MEDICOS

Diante da situação fática, os profissionais da área da saúde ao concluírem a faculdade devem seguir como amparo o Código de Ética Médica bem como o Estatuto da Ordem dos Médicos, de forma tal que essas normas foram criadas com o intuito de regular, conceituar, bem como atribuir disposições legais para que aquele profissional médicos possam seguir, afim de não ter problemas judiciais e de certa forma exercer sua função com um amparo legal.

Com a recusa da transfusão o médico se encontra num quadro de complicação, uma vez que, é necessário o procedimento para salvar a vida daquele determinado paciente, porem também é fundamental respeitar as vontades dele, e de certa forma, ao se respeitar essa vontade o médico acaba sendo responsável pela sua consequência bem como, se ao desrespeitar a vontade e realizar o procedimento, corre o risco de se tornar polo passivo de uma ação judicial. E, portanto, de qualquer forma ele acaba sendo o mais prejudicado.

Como aludido cada caso tem sua peculiaridade, porem nos casos com mais urgência pode-se dizer que o médico possui um amparo legal para a realização do procedimento, uma vez que sua função é salvar vidas e segundo o Código de Ética Médica, Resolução CFM nº1931/2009, em seu artigo 32 : "*fica vedado ao médico em casos de risco eminente deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos a seu alcance, em favor do paciente*". (CFM,2009/2010)

Complementando ainda no artigo 31 a vedação do médico, ao desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de pratica diagnostica ou terapêuticas, se dá nos casos como regra que não correm risco eminente de morte pois, nesses casos o médico possui total e livre direito de exercer sua atividade e salvar a vida daquele paciente independentemente de sua vontade.

Ainda, diante do Código Penal Brasileiro, se o médico deixar de realizar a transfusão ele pode ser acusado de homicídio por omissão caso o paciente venha a óbito, pois de acordo com o artigo 13, §2º Código Penal, Decreto Lei, nº2.848/1940, aquele que tem o dever e o poder de agir e não o faz, responde pelo crime que a sua conduta omissiva originou, e no caso

exposto, o fato dele deixar de realizar o procedimento e o paciente vir a óbito pode acarretar sim a acusação de homicídio por omissão.

Mas é de suma importância frisar, que estamos diante da situação em que o paciente se encontra em risco eminente de morte, ou seja, o paciente está em uma situação que se não realizar o procedimento poderá vir a óbito.

Caso o paciente esteja longe de um risco eminente ou em situação em que possui um meio alternativo de sanar o problema, as disposições legais mencionadas não se aplicaria nesse contexto, pois nesse interim, é obrigatoriamente prevalecer a vontade do paciente ou de seu representante legal, uma vez que, ao contrário dos casos de risco se o médico realizar a transfusão sem a vontade do paciente, poderá ser indicado pelo crime de constrangimento ilegal, artigo 146 do Código Penal. (Brasil,1940)

Analisando todas as situações que foram expostas pode-se concluir, que se esses pareceres forem seguidos, o médico estará isento de qualquer responsabilidade uma vez que, ele tem o poder e o dever de salvar a vida daquele paciente e portanto poderá realizar as transfusões sem qualquer preocupação, porem somente será possível depois de analisar o paciente identificando se o mesmo possui ou não o requisito atribuído ao risco eminente de morte.

5. DECISÕES JURISPRUDENCIAIS BRASILEIRAS

Por conta dos inúmeros casos que surgiram nos tribunais brasileiros, tanto do lado medico requerendo uma liminar de autorização do procedimento, bem como do lado oposto requerendo indenização por ter seu direito de crença infringido, tornou-se um problema tecnicamente comum com disposições diferentes para cada caso concreto.

Em meados de agosto de 2017 o Supremo Tribunal Federal, através de um Recurso Extraordinário (RE) 979742 incidiu o efeito erga omnes, isto é, repercussão geral sob uma decisão:

***Ementa:* DIREITO CONSTITUCIONAL E
SANITÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO
À SAÚDE. CUSTEIO PELO ESTADO DE
TRATAMENTO MÉDICO DIFERENCIADO EM RAZÃO**

DE CONVICÇÃO RELIGIOSA. REPERCUSSÃO

GERAL.1. A decisão recorrida condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus ao custeio de procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, em razão de a convicção religiosa do paciente proibir transfusão de sangue.2. Constitui questão constitucional relevante definir se o exercício de liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado.3. Repercussão geral reconhecida.**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Conforme analisado, a União recorreu de um acórdão proferido pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas e Roraima, que condenou o Estado do Amazonas juntamente com o Município de Manaus a disponibilizarem aos pacientes tratamentos específicos de forma que a religião de tal (pacientes testemunha de jeová) seja respeitada, isto é, fornecer outro tipo de tratamento que não seja o realizado através da transfusão sanguínea uma vez que, esses, não são disponibilizados na rede pública dos Estados.

Além do Mais condenou-o ainda a arcar com todas as despesas necessárias para que o paciente realizasse o tratamento, independentemente se esse fosse dentro do Estado ou fora dele, logo, a administração pública deveria disponibilizar a cobertura integral desde consultas, exames, rotinas médicas, medicamentos, passagens aéreas, hospedagem, alimentação e etc., fazendo assim, com que garantisse e cumprisse o que diz o artigo 1º, III da Constituição Federal (Brasil,1988), isto é proporcionar aos cidadãos uma vida digna de forma que seus direitos humanos e fundamentais sejam respeitados.

Ocorre que, para o Supremo Tribunal Federal, toda essa decisão proferida pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas e Roraima que disponibilizava o tratamento diferenciado a esses pacientes, infringia o princípio da isonomia de forma que, se tais pacientes tivessem

um tratamento diferenciado criaria preferência sob os demais pacientes brasileiros, além de ir contra também ao princípio da razoabilidade, pois, toda e qualquer cirurgia está sujeita a complicações, precisando na maioria dos casos da transfusão e assim, o recurso foi desprovido, pela falta de impossibilidade da realização da cirurgia sem a transfusão sanguínea.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal ao decidir o desprovido do recurso, automaticamente concedeu o direito aos médicos de realizar as transfusões sanguíneas nos pacientes cuja religião não permite, pois, como aludido seria impossível pela complexidade da cirurgia e a imprevisão do que se pode ocorrer naquele procedimento a impossibilidade de realizar o ato sem a devida transfusão.

Ainda há ocorrências no Brasil, antes da decisão uniforme do Supremo Tribunal Federal que devido as urgências do caso se fazia necessário uma petição liminar para que os juízes e tribunais decidissem desde logo para sanar o problema, e desta forma encerrava em 1º e 2º instância, além de determinados casos serem concedida a transfusão e na circunstância fática não precisou do ato Hematológico em si, porém, como forma de prevenção e buscando salvar a vida do paciente os médicos requereram buscar o amparo legal do Estado no procedimento.

Como o caso ocorrido na 7ª Vara Criminal de Vitória -ES, processo n.º 523/[024.000.063.164](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590820), no qual, o paciente deu entrada no hospital devido ao acidente automobilístico e precisaria realizar uma cirurgia de urgência, e por conta do procedimento cirúrgico existia a possibilidade de realizar as transfusões, ao paciente saber do ato assinou um termo de isenção de responsabilidade médica, declarando não aceitar a transfusão sanguínea e nenhum constituinte do sangue, ocorre que o diretor clínico mesmo diante de sua declaração expressa ajuizou uma petição recorrendo uma liminar para que pudesse ser concedido a transfusão que foi julgada procedente, liberando de forma imediata a autorização do ato, porém realizada a cirurgia não foi necessária a realização do procedimento hematológico, mas era impossível saber o que ocorreria na cirurgia, se fazendo necessário o amparo legal.

6. DIREITO COMPARADO

Em diversos países, as mesmas condições de situações se fazem presente, uma vez que, a religião é mundialmente conhecida e a realização do procedimento hematológico também, de forma que cada País dirige sua supremacia de decisões imposta no caso concreto.

Na Argentina, existem inúmeras decisões que ao serem proferidas influenciaram o caso ajudando no ato, já outras se tornaram infrutíferas, pois com ou sem a decisão não faria diferença, como o caso conhecido como “Bahamondez” que levou a Suprema Corte daquele país, onde embora não se fez necessário a transfusão e o paciente conseguiu se recuperar com a ausência desta no curso do processo, a sua decisão serviu como parâmetro, pois analisando o art. 19 da lei Argentina 17.132, a qual impõe aos médicos o dever legal de respeitar a vontade do paciente, independente se esse estiver em estado grave, uma vez que, a estrita interpretação da mencionada disposição legal afasta toda possibilidade de submeter uma pessoa maior e capaz a qualquer intervenção em seu próprio corpo sem o seu consentimento. Concluindo que ao realizar o procedimento sem a vontade do paciente, tornaria o ato “inconstitucional”, pois a base de sua constituição é a própria autonomia de vontade dedicada a cada cidadão capaz de realizar os atos de sua vida, de acordo com sua livre consciência e vontade.

Assim como, nos Estados Unidos, algumas Cortes e Hospitais adotam a mesma ideia, de que a vontade do paciente deve ser respeitada independente se aquela decisão traria prejuízo a sua vida ou não, como está estabelecido na decisão da Suprema Corte de Mississippi - “A norma do consentimento informado repousa sobre o firme alicerce do respeito deste Estado pelo direito da pessoa de estar livre de invasões corporais indesejadas, não importa quão bem-intencionadas. O consentimento informado sugere também um corolário: o paciente deve ser informado da natureza, dos meios e das prováveis consequências do tratamento proposto, a fim de que ele possa ‘conscientemente’ decidir o que deve fazer — uma de suas opções sendo a rejeição.” Isso é, a manifestação de vontade

do paciente, prevalecerá independente de seu estado de Saúde, logo, deve-se prevalecer.

No Canadá não é tão diferente, a Suprema Corte de Apelações daquele país, decidiu em âmbito geral, que um adulto capaz, tem o direito de recusar um tratamento específico, ou selecionar uma forma alternativa de tratamento, ainda que o mesmo, venha trazer risco eminente a saúde, independente se acarretar o pior, como a morte, e ainda ao parecer equívoco do médico. Porém, vale ressaltar, que nos casos em que há uma emergência eminente de vida, o médico utilizando-se como defesa tal situação, poderá efetuar o procedimento.

A decisão prolatada pelo Tribunal Superior de Justiça, em Tóquio-Japão, no caso de Misae, entendeu que a realização do procedimento hematológico, é um ato condizente com o padrão do serviço médico, de forma, que poderia esta, ser realizado normalmente, porém, o simples ato do paciente recusar o tratamento, ou ainda requerer outro procedimento, deverá prevalecer a vontade do paciente e sua autonomia de Vontade.

Verifica-se, que a vontade e livre manifestação do paciente, tem relevância em inúmeras cortes de países, diferentes, de forma, que mesmo que o paciente corra risco eminente de vida, isto é, podendo vir a óbito, deve sempre prevalecer a sua vontade.

CONCLUSÃO

Por fim de acordo com o estudo feito, entende-se que quando um direito infringi outro ao analisar a situação fática, é necessário compreender e buscar meios para sanar o problema e com obviedade, de maneira que não exclua um ou outro direito de cada cidadão. Existe como aludido, inúmeras formas de realizar o procedimento cirúrgico ou tratamento médico sem a realização da suposta transfusão.

Deve ainda o Estado como está explícito na Constituição Federal art. 6º (Brasil,1988), disponibilizar recursos financeiros suficientes para garantir o direito à saúde e vida digna não só desses pacientes, mas de toda sociedade em geral.

Pelo fato do judiciário estar tumultuado dessas situações, de forma que o Supremo Tribunal Federal já decidiu com repercussão Geral, conclui-se que a decisão a ser tomada é que os hospitais Brasileiros devem estar preparados para esgotarem todos os meios hábeis para salvar a vida daquele determinado paciente, independente da vontade, pois verifica-se que sem a vida, todos os demais direitos que a Constituição Federal proporciona se torna inútil, além de que, se o mesmo estiver em risco eminente de morte os profissionais já possuem um amparo legal, logo, é possível perfeitamente realizar a transfusão sem problema algum.

É importante frisar, que a lei não impõe um limite necessário de risco para poder a partir de este realizar o procedimento, apenas considera que o estado clínico seja complexo ao ponto de que obrigatoriamente se não realizar o procedimento virá a óbito, e conseqüentemente, a norma também não extingue o direito da recusa, ou seja, o indivíduo possui tal direito, mas ao momento que surge a necessidade da transfusão, o médico é obrigado a realizar o procedimento sem qualquer restrição.

O fato de realizar o procedimento, não impede também a assistência religiosa como prova, o artigo 5º, VII da Constituição Federal (Brasil,1988), aduz que é assegurado a assistência religiosa em qualquer local e situação que o cidadão está inserido, ainda o paciente capaz de realizar sua vida civil tem total e livre direito de exercer sua vontade, até porque nesses casos, ele pode atribuir de todos os meios alternativos que estiverem ao seu alcance pois tem tempo hábil para garantir que todos os direitos estejam em um mesmo pé de igualdade.

Por fim, acredita-se que é necessário primeiramente que o Estado proporcione os recursos financeiros e imprescindíveis para os hospitais brasileiros, pois assim, esses possam esgotar os meios alternativos e caso não consiga, realize de fato o procedimento pois o direito a vida é vinculado aos demais direitos, de forma que se ela não existir, os demais perdem valor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: Acesso em 15/01/2018

BLOODLESS. **Opções/Alternativas a transfusão de sangue**. Disponível em: Acesso em: 15/01/2018

STF. **RE979742-Recurso Extraordinário Eletrônico**. Disponível em: Acesso: 17/01/2018

BÍBLIA. Português. **Tradução João Ferreira de Almeida**. Santo André: Geográfica Editora 3ª Edição, 2003

MARINI, bruno. **Dos tratamentos médicos isentos de sangue. Para pacientes Testemunhas de Jeová**. Editora Prismas, 01/06/2015. Acesso em: 15/02/2018

JW.ORG. **Porque as testemunhas de Jeová não aceitam Transfusão de Sangue**. Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>>. Acesso em: 15/02/2018

JUSBRASIL. **É possível transfusão de sangue em testemunhas de Jeová decide STJ**. Disponível em: . Acesso em: 28/02/2018

MIGALHAS. **A transfusão de sangue em testemunhas de Jeová: Liberdade Religiosa e o equivocado precedente do STJ**. Disponível em: . Acesso em: 15/03/2018

SCIELO. **Retransplante cardíaco em criança sem uso de hemoderivado**. Disponível em: . Acesso em: 29/03/2018

JUS. Artigos, **transfusão de sangue em testemunhas de jeová**, a colisão de direitos fundamentais. Disponível em: . Acessado em 16/04/2018

PLANALTO, **CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA**, disponível em: Acessado em: 03.05.2018

OAB-CRICIUMA, **Médico X Paciente - A Recusa da Transfusão Sanguínea em Pacientes Menores. - Artigos**, Disponível em: http://www.oabcriciuma.org.br/artigo/medico_x_paciente_a_recusa_da_transfusao_sanguinea_em_pacientes_menores-450> Acessado em: 03.05.2018

CAMPO GRANDE NEWS, **Cirurgia com aparelho inédito em Testemunha de Jeová dura 7 horas na Santa Casa**, disponível em: < <https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/cirurgia-com-aparelho-inedito-em-testemunha-de-jeova-dura-7-horas-na-santa-casa> > acessado em 03.05.2018

FÓRUM, **Técnica que reutiliza sangue do paciente em AL**, Disponível em: < <http://www.extestemunhasdejeova.net/forum/viewtopic.php?f=16&t=161>> acessado em 03.05.2018

NOTA:

[1] <http://bloodless.com.br/opcoesalternativas-transfusoes-de-sangue/>

RESPONSABILIDADE SOCIAL E MEIO AMBIENTE

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

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

RESUMO: O trabalho aqui desenvolvido tem como objetivo apresentar as condições atuais, referente à gestão ambiental, na empresa Admix, a fim de sugerir um processo de melhoria com intuito de atingir as metas estipuladas pelos órgãos competentes para a implantação de Sistema de Gestão Ambiental (SGA) de primazia e reconhecimento em âmbito mundial. Para tanto, no decorrer do texto, o leitor irá se deparar com propostas para o alcance destas metas, bem como métodos de introduzi-las na empresa, obviamente em conjunto e prioritariamente com seus colaboradores por meio de uma conscientização da necessidade de um Sistema de Gestão Ambiental deste aporte.

Palavras Chave: Sistema de Gestão Ambiental, Sustentabilidade.

ABSTRACT: The work developed here is to present the current conditions relating to environmental management, Admix company in order to suggest an improvement process in order to achieve the targets set by the competent bodies for the implementation of the Environmental Management System (EMS) primacy and recognition worldwide. Therefore, throughout the text, the reader will come across proposals for achieving these goals and methods to introduce them in the company, obviously together and give priority to its employees through an awareness of the need for a system Environmental management of this contribution.

Keywords: System of Environmental Management, Sustainability.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. 3. A EMPRESA. 4. MISSÃO, VISÃO, OBJETIVOS, VALORES E PRINCÍPIOS. 5. SERVIÇOS, TECNOLOGIA E INFRAESTRUTURA. 6. HABILIDADES E MÃO DE OBRA. 7. FLUXOGRAMA DO PROCESSO. 8. POLÍTICA AMBIENTAL. 9. PESQUISA E DESENVOLVIMENTO. 10. SISTEMA DE GESTÃO AMBIENTAL (SGA). 11. NBR ISO 14001. 12. OBJETIVO PARA IMPLANTAÇÃO DO SGA. 13. REQUISITOS. 14. PLANEJAMENTO PARA IMPLANTAÇÃO. 15. DOCUMENTAÇÃO. 16. CONTROLE DE DOCUMENTOS. 17. CONTROLE OPERACIONAL. 18. PREPARAÇÃO E RESPOSTA ÀS EMERGÊNCIAS. 19. RECURSOS, FUNÇÕES, RESPONSABILIDADES E AUTORIDADES. 20. COMPETÊNCIA, TREINAMENTO E CONSCIENTIZAÇÃO. 21. COMUNICAÇÃO. 22. MONITORAMENTO E MEDIÇÃO. 22. A VARIAÇÃO DO ATENDIMENTO A REQUISITOS LEGAIS E OUTROS. 23. NÃO-CONFORMIDADE, AÇÃO CORRETIVA, AÇÃO PREVENTIVA E CONTROLE DE REGISTROS. 24. AUDITORIA INTERNA. 25. ANÁLISE PELA ADMINISTRAÇÃO. 26. CONCLUSÃO. 27. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho acadêmico visa analisar as condições atuais de Gestão Ambiental adotada pela Empresa Admix, bem como avaliar e sugerir a implantação de melhorias significativas, a fim de atingir um Sistema de Gestão Ambiental reconhecido pelos órgãos competentes. Para tanto fora realizado um trabalho de campo, bem como pesquisas bibliográficas que corroborem com o intuito de alcançar a primazia quanto a qualidade, dever ambiental e uma atividade empresarial realmente sustentável.

Com intuito de analisar e adequar o Sistema de Gestão Ambiental, tendo como embasamento as políticas públicas nacionais, bem como protocolos internacionais relacionados ao meio ambiente, dado o crescimento da inter-relação entre as empresas e o desafio de sustentabilidade¹ em seu ramo de atividade. Tornando não só um diferencial a gestão sustentável adequada, mas sim um objetivo que se

¹ Sustentabilidade é a condição que dá suporte apoio a uma ação ou um processo. O termo é utilizado em várias áreas, principalmente na ambiental.

estende em uma prática contínua de melhorias ambientais, não só visando a esfera econômica, mas também como zelo aos recursos naturais e a qualidade de vida dos elementos bióticos e abióticos, para a sobrevivência da espécie humana.

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Utilizaremos o conceito de Ética Ambiental sendo "*[...] um conjunto de princípios de caráter imperativo, mediante os quais devem ser redigidas todas as interações existentes entre o homem e a multiplicidade de biomas existente.*" (Pereira, 2008. Pág. 197).

A fim de elucidarmos a questão de desenvolvimento sustentável, devemos nos atentar ao histórico das políticas públicas que proporcionaram a atual conjuntura que nos é apresentada. Na década de 30 não se cogitava sobre desenvolvimento sustentável, todavia, tais movimentos deste período debatiam a proteção do patrimônio ambiental, contribuíram de fato para a elaboração do Código Florestal Brasileiro em 1934, definindo assim bases para a proteção dos ecossistemas florestais e regulavam a exploração de madeiras.

Em 1965 a preservação ambiental foi institucionalizada, com a criação do novo Código Florestal Brasileiro, criando novas Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal, transferindo aos proprietários rurais o ônus e a responsabilidade da proteção. O Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), criado em 1967, tendo como missão a política florestal no país e a ação e medidas necessárias para a utilização racional, à proteção e a conservação dos recursos naturais renováveis.

Na Conferência de Estocolmo, na década de 70, mais precisamente em 1972, o Brasil defendia a tese de que o desenvolvimento econômico e social seria a melhor defesa do meio ambiente. Em 1973 foi criada a Secretaria Especial de Meio Ambiente do interior (SEMA) dividindo funções com o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF).

A partir de 1981 é instituída a Política Nacional de Meio Ambiente, criando o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e o Conselho

Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), sendo assim um dos principais instrumentos de uma política ambiental descentralizada. Na Constituição Federal de 1988 em seu art. 225 fica notória a nova política ambiental nacional. *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o poder de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações.”*

O Ministério do Meio Ambiente, criado em 1992, com hierarquia superior, faz com que o IBAMA², culminando na realização da II Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO’92), onde se reuniram 179 Chefes de Estado e de Governo, empresários e uma grande participação da sociedade civil, através do Fórum das Organizações Não Governamentais. A RIO’92 foi um marco na política ambiental, trazendo os empresários para a questão ambiental e aumentando os investimentos.

A Agenda 21 projeto e instrumento de planejamento para o desenvolvimento sustentável é lançada, depois de idealizada na RIO’92, teve sua elaboração iniciada em 1996 e seus trabalhos finalizados em 2002, com a contribuição de cerca de 40.000 pessoas. Neste mesmo ano o Brasil ratifica os documentos do Protocolo de Kyoto³.

Desta forma o Sistema de Gestão Ambiental (SGA) tem como intuito balizar as ações corporativas em busca do equilíbrio do homem, das empresas e do meio ambiente. Sendo um conjunto de políticas, práticas e procedimentos técnicos e administrativos com o objetivo de obter um melhor desempenho ambiental.

3. A EMPRESA

² Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

³ Tratado internacional, assinado em 1997, como projeto e redução dos impactos nas mudanças climáticas.

A Empresa ADMIX – Administração, Consultoria, Participações e Corretora de Seguros de Vida Ltda. É uma empresa voltada para comercialização e consultoria em benefícios relacionados ao departamento de Recursos Humanos de seus clientes. A escolha do nome Admix, deve-se a junção de **Administradora** + **Mix** de produtos, por comercializar e administrar benefícios de saúde, odontológico, vida, medicamento, folha de pagamento, vale alimentação, vale refeição, vale transporte, previdência e demais produtos disponíveis e de necessidade do cliente.

Fundada em abril de 1991 por Cesar Augusto da Silva, administrador de empresas e um grande empreendedor que sempre acreditou ser possível criar a “Maior e melhor Empresa de benefícios do País com o intuito de melhorar a saúde e bem estar das pessoas”.

A companhia em questão possui como ponto forte a determinação de mercado, foco no cliente, busca pela melhoria contínua visando o cliente, treinamento e qualificação constante de seus colaboradores, investimento contínuo em tecnologia. Vale alertar como ponto fraco a grande concorrência existente no mercado de atuação da empresa.

4. MISSÃO, VISÃO, OBJETIVOS, VALORES E PRINCÍPIOS

Missão: Melhorar a saúde e o bem estar das pessoas.

Visão: Ser reconhecida como a maior e melhor empresa de benefícios do Brasil.

Objetivos: Satisfação do cliente, energia vital do negócio que deverá cultivar permanentemente;

Valores: Simplicidade, para oferecer o melhor de forma descomplicada;

Alegria no trabalho: promover a motivação e a valorização de seus colaboradores.

Princípios: Integridade com respeito e transparência em todas as suas relações.

5. SERVIÇOS, TECNOLOGIA E INFRAESTRUTURA

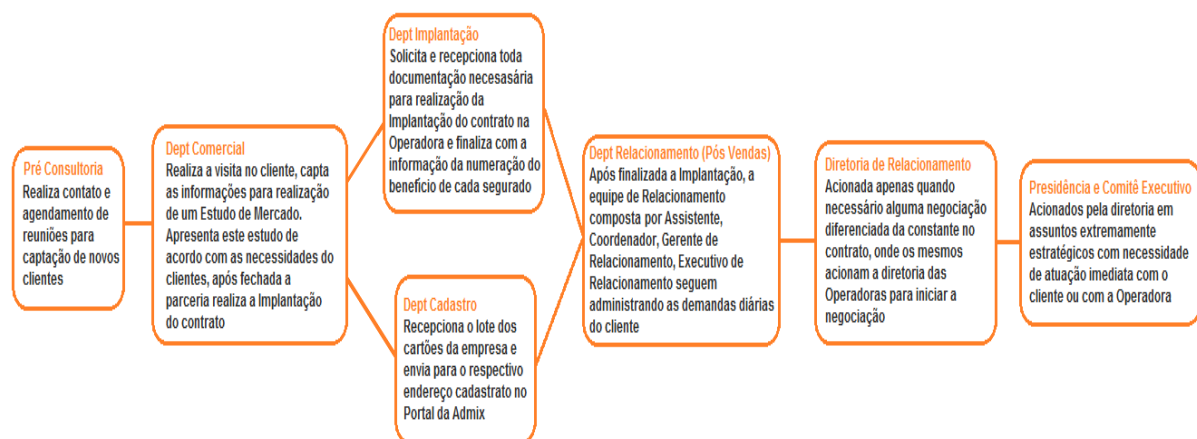
Admix presta serviços de corretagem e consultoria, sendo sua principal fonte de tecnologia é o capital humano e seu intelecto, para tanto, a empresa investe fornecendo treinamentos contínuos para a capacitação de seus colaboradores de acordo com a área que atuam. Sendo assim, para a realização e execução dos serviços as matérias-primas são os meios de comunicação através da interação humana.

A empresa está estrategicamente localizada na Alameda Campinas, 1070, no bairro Jardim Paulista, São Paulo – SP; Alocada em um prédio de 12 andares contendo equipamentos administrativos, tais como: computadores, impressoras, telefones, televisores e projetores.

6. HABILIDADES E MÃO DE OBRA

Com uma equipe qualificada, capacitada para realizar prospecção e novos clientes, bem como a consultoria para os clientes já em carteira. Para tanto o fator melhoria contínua com atenção do departamento de Recursos Humanos para a qualificação e crescimento profissional dos colaboradores.

7. FLUXOGRAMA DE PROCESSOS



8. POLÍTICA AMBIENTAL

Nos 12 andares do edifício onde está instalada a Admix, inclusive nas áreas externas do prédio, existe uma estrutura para coleta seletiva de

material a ser descartado. É feita a coleta seletiva de papel, metais, plásticos e resíduos orgânicos. Nos banheiros as torneiras são automáticas, a fim de evitar desperdício de água, além das descargas que possuem válvulas de dois estágios. As impressões são realizadas quando necessário evitando o consumo excessivo de papel, todo papel de escritório que será descartado é reaproveitado e reciclado.

Para manutenção do ar condicionado, a Admix teve o cuidado de contratar uma empresa preocupada com a gestão ambiental, a SD Ar Condicionado que estabelece critérios a serem adotados para evitar e minimizar os riscos causados ao meio ambiente e a saúde pública baseados nas legislações ambientais vigentes no Brasil, respeitando as orientações dos Órgãos Ambientais e Sanitários (MMA e ANVISA)⁴, como:

- ∞ Identificação das Fontes de Geração;
- ∞ Caracterização de Resíduos;
- ∞ Segregação, acondicionamento e Identificação;
- ∞ Tratamento interno / externo;
- ∞ Destinação final adequada;
- ∞ CADRI – Certificado de Aprovação para Destinação de Resíduos Industriais;
- ∞ Incineração;
- ∞ Reciclagem;
- ∞ Aterro Sanitário.

Quanto a iluminação da empresa é utilizada a aplicação das luminárias longitudinalmente às janelas, separadas por um “corredor” iluminado pela luz externa, o que proporciona economia de energia, estabelecendo uma relação de complementação a luz natural, desta forma, possibilitando instalar um número menor de luminárias e ampliar a efetividade na distribuição da iluminação. Tal fator contribui com a economia de energia

⁴ MMA – Ministério do Meio Ambiente / ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

geral consumida pelo ambiente e sem risco de perda de luminosidade. A empresa opta pela utilização de lâmpadas fluorescentes tubulares que dissipam pouco calor no ambiente e são capazes de economizar até 30% de energia, proporcionando um ambiente mais agradável e eficiente aos colaboradores.

O edifício possui 3 elevadores para atender os 12 andares dos escritórios e 2 andares do subsolo onde fica o estacionamento. Estes elevadores possuem um sistema inteligente, onde o botão após acionado direcionará o elevador que estiver mais próximo do andar do solicitante, possui iluminação da cabina em LED, que reduz em até 75% o consumo de energia e possuem também o modo stand-by, quando não estão em uso. A Fabricante ThyssenKrupp foi certificada por 3 anos consecutivos na categoria Carbono Neutro, que reduz a emissão de gases poluentes em 1% e o efeito estufa em 20%, sendo assim uma parceira ambientalmente correta.

9. PESQUISA E DESENVOLVIMENTO

Em qualquer dos setores tanto da indústria como na prestação de serviço, sempre há a possibilidade de pesquisa e desenvolvimento. No caso da Admix o departamento denominado Facilities está sempre buscando novas formas de agregar e aprimorar atitudes sustentáveis à empresa.

10. SISTEMA DE GESTÃO AMBIENTAL (SGA)

Sistema de Gestão é o sistema que tem como fim estabelecer políticas e objetivos, a fim de atingir estes objetivos, através de formas coordenadas para dirigir e controlar uma determinada organização. O Sistema de Gestão Ambiental (SGA) é parte de um sistema de gestão de uma organização, utilizado para o desenvolvimento, implementação e aplicação de uma política ambiental e por consequência, gerir seus aspectos ambientais. Qualquer que seja o sistema de gestão, este deve incluir estrutura organizacional, atividades de planejamento, responsabilidades, práticas, procedimentos, processos e recursos. A Norma brasileira NBR ISO 14001/14004 apresenta requisitos para implantação de um Sistema de Gestão Ambiental. Sendo assim, a implantação do SGA além de servir para o desenvolvimento da organização, também contemplará a formação de

colaboradores conscientes e qualificados com a relação ambiental, o que reforça o entendimento de nossa legislação conforme artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que em seu corpo apresenta:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Entretanto, vale salientar que, como dito, a participação de todos os setores da organização e de seus colaboradores é imprescindível para que o SGA tenha a real eficácia e eficiência no alcance de seus objetivos.

11. NBR ISO 14001

A referida norma não estabelece requisitos absolutos para o desenvolvimento ambiental, contém apenas aqueles requisitos que podem ser objetivamente auditados. A adoção desta norma, por si, não garante resultados ambientais ótimos, tais objetivos e política ambiental, deverão ser estimulados nas organizações a fim de implementar vistorias técnicas disponíveis, apropriadas e economicamente viáveis, levando em consideração integralmente a relação custo benefício.

O nível de detalhamento e complexidade do SGA, tanto quanto a extensão de sua documentação e recursos identificados dependerão de fatores como: o escopo do sistema, o porte da organização, a natureza de suas atividades, produtos e serviços. Podemos usar como referência para abordagem do processo o PDCA5, ou seja, estabelecer os objetivos e processos necessários para atingir os resultados conforme a política ambiental da organização, implementar os processos, monitorar e medir os processos e conformidade com a política ambiental, objetivos, metas, requisitos legais e outros, e relatar resultados. Agir para alcançar a melhoria contínua no que se refere ao desempenho de gestão ambiental.

5 PDCA – Plan-Do-Check_Act (Planejar, executar, planejar e agir).

GRÁFICO PDCA

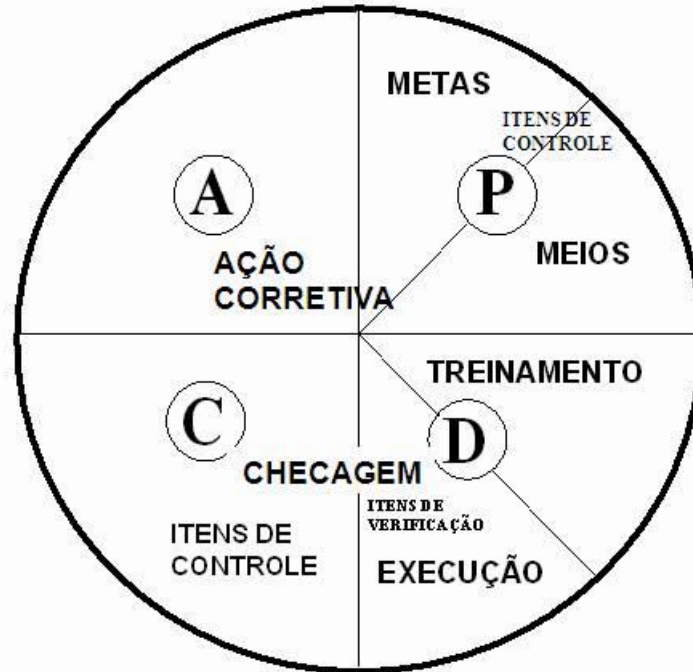


Imagem retirada de: http://br.monografias.com/trabalhos908/gestao-qualidade-servicos/gestao-qualidade-servicos_image005.jpg

12. OBJETIVO PARA IMPLANTAÇÃO DO SGA

Especificar os requisitos relativos a um SGA, permitindo a organização desenvolver e incorporar políticas e objetivos que levem em conta os requisitos legais e demais requisitos com aspectos ambientais significativos. Não há critérios específicos estabelecidos de desempenho ambiental, podendo ser aplicada qualquer organização que deseje: estabelecer, implementar, manter e aprimorar um SGA; assegurando a conformidade da sua política ambiental; demonstrar conformidade com a Norma ISO14001 faz com que a empresa incorpore uma alta avaliação buscando confirmação de sua conformidade pelos que tenham interesse a organização ou buscar confirmação de sua alta declaração por meio de organização externa, ou ainda, buscar certificação, registro de seu SGA por organização externa.

13. REQUISITOS

A Admix deverá estabelecer, documentar, implantar, manter e continuamente melhorar o SGA, de acordo com o PDCA, e em conformidade com os requisitos desta Norma ISSO 14001, determinando como ela irá atendê-los. A Admix definirá e documentará o escopo do seu SGA. A alta administração definirá a política ambiental da organização e assegurar dentro do SGA definido, através do escopo, a seguinte política: incluir comprometimento com a melhoria contínua e com a prevenção de poluição; estar documentada, implantada e mantida; fornecer estrutura para o estabelecimento e análise dos objetivos e metas ambientais; comprometer-se em atender os requisitos legais aplicáveis e subscritos pela organização que se relacionem a seus aspectos ambientais; tornar disponível ao público.

14. PLANEJAMENTO PARA IMPLANTAÇÃO

A Admix deverá criar, inserir e manter procedimentos para identificar aspectos ambientais de suas atividades, produtos e serviços, conforme escopo do SGA para que possa controlar levando em consideração os novos desenvolvimentos, atividades, produtos e serviços (novos ou modificados), determinando também os aspectos que tenham, ou possam ter impactos significativos sobre o meio ambiente, devendo documentar tais informações e mantê-las atualizadas. Quantos aos requisitos legais a Admix deverá elaborar, inserir e manter procedimentos para identificar e ter acesso a requisitos legais aplicáveis e demais subscritos pela organização, relacionado a seus aspectos ambientais e, desta forma, definir como estes requisitos se aplicam a tais aspectos. Portanto, para alcançar os objetivos e metas do SGA devem ser incluídos alguns Programas: a atribuição de responsabilidade em cada função e nível da organização, bem como meios e prazos que devem ser atingidos.

15. DOCUMENTAÇÃO

A documentação do SGA deve incluir: política, objetivos e metas ambientais; descrição do escopo do SGA; descrição dos principais elementos do SGA, sua interação e referência a documentos associados; documentos, registros requeridos pela Norma NBR ISO 14001; documentos, registros determinados pela organização tais quais assegurados pelo

planejamento, operação e controle eficazes dos processos associados os aspectos ambientais significativos.

16. CONTROLE DE DOCUMENTOS

A Admix deve estabelecer, implementar e manter procedimentos para : aprovar documentos quanto a sua adequação antes de seu uso; analisar e atualizar, quando necessário, reaprovar documentos; assegurar alterações e situações de revisão de documentos mantendo identificadas; assegurar que as versões relevantes de documentos aplicáveis esteja disponíveis em seu local de uso; manter os documentos legíveis e prontamente identificáveis; prevenir a utilização de documentos obsoletos e utilizar identificação adequada nestes, se forem retidos para qualquer fim.

17. CONTROLE OPERACIONAL

A organização deve assegurar através de sua política, objetivos e metas ambientais que sejam realizadas sob condições específicas: estabelecimento, implementação e manutenção de procedimentos documentados a fim de controlar situações onde sua ausência possa acarretar desvios quanto aos objetivos e metas ambientais; determinar critérios operacionais nos procedimentos; estabelecer, implementar e manter procedimentos associados aos aspectos ambientais identificados de produtos e serviços utilizados pela Admix e a comunicação de procedimentos e requisitos pertinentes a fornecedores, incluindo prestadores de serviços.

18. PREPARAÇÃO E RESPOSTA ÀS EMERGÊNCIAS

Criar, incorporar e manter procedimentos para identificar potenciais situações de emergências e potenciais acidentes que possam ter impacto sobre o meio ambiente e como a Admix responderá por eles. A organização deve responder as situações reais de emergências, prevenir ou mitigar os impactos ambientais adversos associados.

19. RECURSOS, FUNÇÕES, RESPONSABILIDADES E AUTORIDADES

A administração deve disponibilizar recursos para estabelecer, implementar e melhorar o SGA, tais recursos incluem recursos humanos e habilidades especialidades, infraestrutura organizacional. Tecnologia e recursos financeiros.

Funções, responsabilidades e autoridades devem ser definidas, documentadas facilitando uma gestão ambiental eficaz.

A alta administração da Admix deverá indicar representante específico da administração, no qual, independente de outras responsabilidades, deverá ter função, responsabilidade e autoridade definida para: assegurar que o SGA seja estabelecido, incorporado e mantido conforme Norma NBR ISO 14001; relatar à alta administração quanto ao desempenho do SGA para análise incluindo recomendações quanto à melhoria.

20. COMPETÊNCIA, TREINAMENTO E CONSCIENTIZAÇÃO

A Admix deve assegurar que qualquer pessoa que, para ela ou em seu nome, realize tarefas que tenham potencial de causar impacto ambiental significativo identificado pela organização, seja competente com base em formação apropriada, treinamento ou experiência, devendo reter os registros destes colaboradores. Devendo então a organização identificar as necessidades de treinamento associados com seus aspectos ambientais e seu SGA, provendo treinamento ou tomando ação atendendo as necessidades, mantendo registro dos colaboradores. Desta forma, manterá procedimentos para fazer com o que as pessoas que trabalham para ela, ou em seu nome, estejam conscientes: da importância de estar em conformidade com a política ambiental e com os requisitos do SGA; dos aspectos ambientais significativos, respectivos impactos reais ou potenciais associados com o seu trabalho e dos benefícios ambientais provindos da melhoria do desempenho pessoal; de suas funções e responsabilidades em atingir a conformidade com os requisitos estabelecidos; das potenciais consequências da inobservância de procedimentos especificados.

21. COMUNICAÇÃO

A Admix deve estabelecer, implementar e manter procedimentos para: comunicação interna entre os vários níveis e funções da organização; recebimento, documentação e resposta à comunicações pertinentes provindas de partes interessadas externas. Poderá inclusive inserir tais procedimentos em seu Código de Conduta Ética, obviamente em consenso com seus colaboradores.

Fica a critério da organização a realização de comunicação externa sobre seus aspectos ambientais significativos, devendo documentar sua decisão. Se a decisão for comunicar deverá estabelecer, realizar métodos para esta comunicação externa.

22. MONITORAMENTO E MEDIÇÃO

A Admix, portanto, deverá incorporar realizar e dar continuidade a procedimentos para monitorar e medir regularmente as principais características das operações que possam impactar significativamente de forma ambiental. Tais procedimentos deverão incluir a documentação de informações a fim de monitorar o desempenho, os controles operacionais e a conformidade com os objetivos e metas preestabelecidos no SGA. Além disso, a Admix deve assegurar que os equipamentos de monitoramento e medição calibrados ou verificados sejam utilizados e mantidos, devendo manter seus registros atualizados.

22. A VARIAÇÃO DO ATENDIMENTO A REQUISITOS LEGAIS E OUTROS

A organização deverá estabelecer, implementar e manter procedimentos para avaliar periodicamente o atendimento aos requisitos legais aplicáveis, registrando os resultados das avaliações periódicas. Existe a possibilidade de estabelecer um procedimento de avaliação em separado dos procedimentos de requisitos legais.


23. NÃO-CONFORMIDADE, AÇÃO CORRETIVA , AÇÃO PREVENTIVA E CONTROLE DE REGISTROS

Para tratar as não-conformidades reais e potenciais, e para executar ações corretivas e preventivas, os procedimentos deverão definir requisitos para: identificar e corrigir não-conformidades, executar ações para mitigar

seus impactos ambientais; investigar não-conformidades, determinar sua causa e executar ações para evitar sua repetição; avaliar a necessidade de ação para reverter não-conformidades e implementar ações apropriadas para evitar a sua ocorrência; registrar os resultados das ações corretivas e preventivas executadas; analisar a eficácia das ações corretivas e preventivas executadas. Ações já apresentadas anteriormente de forma simplificada no gráfico PDCA.

As ações executadas devem ser aplicadas à magnitude dos problemas e aos impactos ambientais encontrados, desta forma, a Admix deverá estabelecer, incorporar e dar continuidade ao procedimento para a identificação, armazenamento, proteção, recuperação, retenção e descarte de registros. Devendo estes registros permanecer legíveis, identificáveis e rastreáveis.

A seguir é apresentado um modelo de relatório de não conformidade que poderá ser implantado, ou aprimorado pela organização para atender as necessidades oriundas de suas atividades.

 RELATÓRIO DE NÃO CONFORMIDADE Data ___/___/___						
Área/Departamento: _____			Processo: _____			
Responsável Departamento: _____						
Nº	Não Conformidade	Ação Preventiva	Ação Corretiva	Prazo Ação Corretiva(dias)	Colaborador Responsável	Observação

24. AUDITORIA INTERNA

A Admix deve assegurar que as auditorias internas sejam conduzidas em intervalos planejados para: determinar se o sistema SGA está em conformidade com o que fora planejado para gestão ambiental, incluindo se os requisitos da Norma NBR ISO 14001 foram adequadamente implantados e mantidos; fornecer informações à administração sobre os resultados das auditorias.

Os programas de auditoria devem ser planejados pela Admix, levando-se em consideração a importância ambiental das operações pertinentes e os resultados das auditorias anteriores, sendo que seus procedimentos devem ser estabelecidos para tratar: das responsabilidades e requisitos de planejamento e condução das auditorias, para relatar os resultados e manter registros associados; da determinação dos critérios de auditoria, escopo, frequência e métodos.

A seleção de auditores deve sempre assegurar objetividade e imparcialidade de todo processo de auditoria. A seguir apresentamos possível modelo de controle para auditoria interna.

Admix		RELATÓRIO DE AUDITORIA INTERNA			Data ___/___/___ Pág. ___ de ___
Área/Departamento: _____		Processo: _____			
Itens Auditados: _____					
Responsável Departamento: _____					
Auditores: _____					
Auditor Responsável: _____					
Nº	Não Conformidade	Ação Corretiva	Prazo	Colaborador Responsável	Observação

25. ANÁLISE PELA ADMINISTRAÇÃO

Sendo a principal responsável, bem como maior interessada, a alta administração da Admix deve analisar o SGA, em intervalos planejados, assegurando sua continuada adequação, pertinência e eficácia. As análises deverão incluir oportunidade de melhoria e necessidades de alterações no SGA, inclusive da política ambiental, dos objetivos e metas ambientais. Os registros destas análises pela administração devem ser mantidos.

26. CONCLUSÃO

Destarte que ao decidir implantar o Sistema de Gestão Ambiental a Admix alçará um novo patamar mediante sua concorrência, não obstante apresentará aos seus clientes e parceiros seu comprometimento com o meio ambiente. É certo que tal implantação requer empenho, acompanhamento contínuo além de tudo uma fiel devoção e participação dos colaboradores e da alta administração. O planejamento inicial para implantar o SGA é de vital importância para que este obtenha êxito, bem como na escolha dos auditores internos. Por fim ao realizar o PDCA, documentar, organizar e treinar seus colaboradores, tendo como foco a certificação, de fato obterá pleno desempenho tendo mais um diferencial dentro do mercado atuante.

27. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira>> Acesso em: 16 jun. 2016

Faria, Caroline. **Agenda 21**, Infoescola. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/geografia/agenda-21/>> Acesso em: 16 out. 2016

BRASIL. **Lei Nº 9.985 de 18 de julho de 2000**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm> Acesso em: 14 out.
2016

BRASIL. **Decreto Nº 97.632 de 10 de abril de 1989**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97632.htm>
Acesso em 23set. 2016

BRASIL. **Lei Nº6.938 de 31 de agosto de 1981**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm> Acesso em 10 ou.
2016

BRASIL. **Decreto-Lei Nº289 de 28 de fevereiro de 1967**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0289.htm>
Acesso em 13 out. 2016

BRASIL. **Lei Nº9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em:
<<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104091/lei-de-crimes-ambientais-lei-9605-98#par-2--art-29>> Acesso em: 12 out. 2016

VIEIRA, Liszt; CADER, Ricardo. **A política ambiental do Brasil ontem e hoje**. Eco-21, ed. 124. Disponível em:<
<http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=1601>>. Acesso em 16 set.
2016.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Três princípios para uma ética profissional**. Âmbito Jurídico. Disponível em:< http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14184>
Acessado em: 14 out. 2016.

ROVANI, Anatercia. **Ética Ambiental: A problemática concepção do homem com a natureza.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8050> Acesso em 12 out. 2016

ROLLA, Fagner Guilherme. **Ética Ambiental: Principais perspectivas teóricas e a relação homem-natureza.** PUC-RS. Disponível em: <
http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fagner_rolla.pdf> Acesso em: 12 out. 2016.

LÉLIS, Eliacy Cavalcanti; GARCIA, Suelen Martinez. **A participação do Brasil no Protocolo de Kyoto.** UNESP. Disponível em: <
http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais_13/artigos/982.pdf > Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. **Emissões Totais. Sistema de Estimativa de Gestão de Gases de Efeito Estufa.** Disponível em: <
http://plataforma.seeg.eco.br/total_emission > Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Protocolo de Quioto.** Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto> Acesso em 06 out.2016

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

BYRON, Paulo. **Ética Ambiental e Antropocentrismo.** Disponível em <<http://paulobyron.jusbrasil.com.br/artigos/350357460/etica-ambiental-e-o-antropocentrismo.html>> Acesso em 17 out. 2016.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590820>

ABNT. **Associação Brasileira de Normas técnicas – NBR ISO 14000.**

Disponível em

<http://www.labogef.iesa.ufg.br/labogef/arquivos/downloads/nbr-iso-14001-2004_70357.pdf> Acesso em 02 nov. 2016.