BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 857

(Ano X)

(09/06/2018)

ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA - 2018

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

07/06/2018 Luiz Flávio Gomes
» Fim da era pós-colonial (percepção e busca de saídas)

ARTIGOS

08/06/2018 Marcela Cavalcanti Ribeiro
» A atuação da OIT e os principais instrumentos internacionais de combate ao trabalho infantil

08/06/2018 Camila Bonafini Pereira

» A Globalização e o Direito Penal

08/06/2018 Iana Patricia De Melo Gomes

» O princípio da dignidade da pessoa humana e a efetividade da Lei Maria Penha

08/06/2018 Bruna Priscilla Alves da Silva

» O valor jurídico e a eficácia probatória dos documentos eletrônicos na ação monitória após o advento do novo CPC

08/06/2018 Suellen Sampaio de Andrade Coelho

» O direito fundamental ao trabalho á luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

08/06/2018 Leandro Wehdorn Ganem

» Aspectos constitucionais da improbidade administrativa culposa

08/06/2018 Allan Torres Belfort Santos

» Incidente de desconsideração da personalidade jurídica do NCPC e a aplicabilidade no Processo do Trabalho nas lides de relação de emprego

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

08/06/2018 Rayanne da Silva Barbosa Teixeira

» Justiça de Conciliação nas ações previdenciárias - Uma análise crítica

08/06/2018 José Felippe Rangel da Silva

» O meio ambiente do trabalho

08/06/2018 Camila Pimentel de Oliveira Ferreira

» Audiência trabalhista: características e peculiaridades

08/06/2018 Isabella Dara Lopes

» Alienação Parental

07/06/2018 Laura Fernanda Sousa

» A definição legislativa e jurisprudencial em face do conflito de princípios constitucionais ambientais e culturais: a vaquejada

07/06/2018 Gustavo Elias de Morais Freitas

» A revelia no processo do trabalho e as alterações promovidas em face do Processo Judicial Eletrônico e da Lei n. 13.467/2017

07/06/2018 Marcela Cavalcanti Ribeiro

» A majoração dos poderes de negociação coletiva e a crise de representatividade sindical

07/06/2018 Felipe William Silva Gonçalves

» A incidência de juros de mora e correção monetária em condenações judiciais cíveis à luz do princípio da preservação da empresa em recuperação judicial

07/06/2018 Hantony Cassio Ferreira da Costa

» A igualdade como reconhecimento: a nova dimensão do princípio isonômico segundo o STF na ADC 41/DF

07/06/2018 Flavio Meirelles Medeiros

» Refutando os três principais fundamentos da tese da legalidade da execução provisória

07/06/2018 Ane Caroline Rodrigues Garcia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

» A eutanásia no Brasil

07/06/2018 Robyson Danilo Carneiro

» A obrigatoriedade de realizar exame de alcoolemia x caça às bruxas

07/06/2018 Gabriela Saves de Toledo

» Feminicídio

07/06/2018 Andrezza Albuquerque Pontes de Aquino Cassimiro

» Legitimidade e atuação estratégica do Ministério Público na Ação Civil Pública

07/06/2018 Chananda Marchini Herreiro

» A importância da conciliação e mediação para solução de conflitos

06/06/2018 Lúcio Flávio Costa Bezerra Júnior

» A aplicabilidade da Lei seca no ordenamento jurídico pátrio

06/06/2018 Rafael Silva dos Santos

» Responsabilidade civil notarial: a responsabilidade por danos causados a partir de procedimentos equivocados, realizados por Notários

06/06/2018 Ana Lucia Binatti Barbais

» A importância da perícia criminal no Processo Penal brasileiro

06/06/2018 Emanoel Caio Rodrigues de Andrade

» Indenização pela perda do tempo útil

06/06/2018 Juliana Lima de Miranda

» Direito sistêmico: impactos psicossociais da constelação familiar no Judiciário

06/06/2018 Natalia de Oliveira

» Direito Real de Laje

06/06/2018 Vitor Gomes Giacomini

» Atuação do Ministério Público frente ao inquérito policial

06/06/2018 Heloisa Diegues de Lima

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

» Concentração dos atos na matrícula do imóvel

06/06/2018 Beatriz Cristina Alves Teixeira

» Progressão de regime prisional e aspectos relevantes para sua concessão

06/06/2018 Jair Pedroso Junior

» A privatização dos presidios e o devido cumprimento da pena

06/06/2018 Sabrina Baldoino da Silva

» O esporte como meio de resgatar e resguardar o jovem da prática do tráfico de drogas

05/06/2018 Brenda Janina Falcão Gomes

» Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): sistema de "causa-piloto" ou sistema de "procedimento-modelo"?

05/06/2018 Maria Gabrielle Celestino Dias

» Delação Premiada no Estado Democrático de Direito

05/06/2018 Adriana Silva Dácia

» Ressarcimento da substituição tributária do ICMS através da escrituração fiscal

05/06/2018 Nilton José Pereira de Souza

» Colaboração premiada como mecanismo no combate ao crime organizado

05/06/2018 Bianca Pereira Pascutti

» Dano existencial em razão do abandono afetivo

05/06/2018 Lindenbergh Silva de Oliveira Filho

» Direito ao esquecimento na sociedade da informação

05/06/2018 Bruno César Takahashi

» Entre o Costume e a Lei

05/06/2018 Keith Aparecida Araujo de Souza

» Adoção por casais homoafetivos

05/06/2018 Carlos Alexandre Miranda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

» Tipos de segurados

05/06/2018 Bruna Caroline de Souza Santos

» A desnecessidade de redesignação sexual para retificação de registro cível

04/06/2018 Marcela Cavalcanti Ribeiro

» Plano de demissão incentivada: proposta de interpretação do precedente do Supremo Tribunal Federal à luz do princípio da proteção e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

04/06/2018 Gustavo Elias de Morais Freitas

» Terceirização trabalhista e panorama normativo após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017

04/06/2018 Denir Fernandes da Costa

» A Satisfatória Produção de Provas no Âmbito do Inquérito Policial

04/06/2018 Arthur Henrique Aragão Arantes das Silva

» Violação aos direitos fundamentais do indivíduo pela internet: análise das implicações jurídicas e danos psicológicos causados nas vítimas

04/06/2018 Tainá Brasil Nunes

» A necessidade da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública da União

04/06/2018 Hantony Cassio Ferreira da Costa

» Responsabilidade Civil do Transportador de Pessoas em âmbito rodoviário

04/06/2018 José Felippe Rangel da Silva

» O histórico do direito de greve até a Constituição de 1988

04/06/2018 Andrezza Albuquerque Pontes de Aquino Cassimiro

» O direito de greve no sistema jurídico brasileiro

04/06/2018 Thiago Cotes de Oliveira Rebeschini

» Infanticídio indígena: limite entre direitos humanos e a cultura indígena

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

04/06/2018 Gustavo Henrique Estevão

» Da união estável e do contrato de namoro: diretrizes de constituição e suas respectivas diferenças

04/06/2018 Gabriel Machado de Jesus

» O papel da conciliação na Justiça brasileira atual

04/06/2018 Clebiano Marcos Alves Pereira

» Abuso de Direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

FIM DA ERA PÓS-COLONIAL (PERCEPÇÃO E BUSCA DE SAÍDAS)

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

1- A era colonial no Brasil morreu depois de trezentos anos (início de 1500 a início de 1800). Daí emergiu nossa independência (1822). Foram três séculos de estagnação política, parasitismo e conservadorismo obstinado, ou seja, três séculos de regresso social, de ignorância do povo, de exploração escravagista cruel, de Inquisição e de religiosidade fanática. Inovar era proibido. Pensar não era permitido. Romper o monopólio comercial da metrópole era vedado. A corrupção fazia parte da estrutura político-econômica.

2 - A degeneração ibérica (de Espanha e Portugal) tornou-se, consequentemente, uma realidade. Morreu a moralidade e a inteligência (presente nas descobertas ultramarinas) resultou atrofiada. A Europa culta abandonou a ciência e foi se degradando dia a dia. A alma desses tempos foi se aniquilado em razão da ignorância, da opressão, da miséria e da roubalheira geral instituída. As instituições econômicas, políticas, jurídicas e sociais se desenvolveram para a espoliação e exclusão da população. A colônia se acabou. Espanha e Portugal se exauriram em suas nulidades. Eram donas do mundo nos séculos XV-XVI. Demoraram para admitir a evolução tecnológica da 1ª Revolução Industrial (1777). Se tornaram nanicas, desimportantes, dependentes e marginalizadas.

3 - Depois de quase 200 anos de Brasil pós-colonial (1822-2018), a sensação difusa é de (novo) aniquilamento das suas estruturas. Se tornou um país obsoleto, analfabeto funcional e bastante alheio às inovações tecnológicas (ressalvadas algumas ilhas de progresso). A percepção dessa degeneração já se generalizou (desde 2013, seguramente). O velho modelo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de sociedade gritantemente injusta morreu, mas o novo ainda não nasceu. Já estamos vivendo um novo período de transição.

4 - A Constituição de 1988, dentro dessa era, trouxe o derradeiro alento pró-mudanças, trocando (no papel) mais um dos nossos passados ditatoriais por um projeto de emancipação política e democrática. O Brasil melhorou, mas não deixou de ser subdesenvolvido. A violência não acabou, as crises política e econômica não cessaram e a desigualdade e a miséria só cresceram nos últimos quatro anos. Os grupos privilegiados lutam pela preservação "de tudo que está aí". As engrenagens autoritárias e discriminatórias não desapareceram.

5 – Todo tipo de governo já testamos: o Brasil já foi colônia, império, regência, monarquia, parlamentarismo, ditadura e, atualmente, nossa Constituição diz que somos uma República Democrática. Assim o Estado é brasileiro é apresentado oficialmente. No mundo real, de forma oculta (tanto quanto possível), perpassa por todas as redes de poder condensadas no Estado uma monstruosidade chamada cleptocracia (cleptos = ladrão; cracia = poder, governo). Esse grupo de ladrões e saqueadores, que fez do Brasil uma República Democrática Cleptocrata, é a causa central do nosso atraso.

6 – A questão crucial é a seguinte: a roubalheira impune, a apropriação indevida do dinheiro público sem maiores consequências, faz parte do jeito de governar o Brasil (e praticamente toda América Latina). Somos governados sobretudo por ladrões e/ou saqueadores. Esse é o nó do problema.

7 - Há muita gente séria no comando do País (gente que pensa no bem comum), mas o Brasil somente é o que é (um país condenado ao subdesenvolvimento, que se transformou no último patamar possível da sua evolução) porque o poder preponderante (dentre todos os que perambulam pelas estruturas do Estado) é o daqueles que acessam o Estado para roubar, parasitar, rapinar, espoliar, saquear, extorquir, corromper, escravizar, queimar, devastar, aniquilar, esquartejar, apropriar e pilhar.

8 – Qual é a saída? A tarefa inadiável de todos os brasileiros que querem um país melhor é eliminar da nossa vida socioeconômica e política o clube dos donos corruptos do poder (clube de ladrões e/ou saqueadores parasitas, que vivem da bandidagem fora da lei ou, às vezes, conforme a lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

fabricada por políticos comprados por eles), que canalizam para seu patrimônio (de forma aberrantemente ilegal ou injusta) a quase totalidade das riquezas da nação. Todas as instituições econômicas, políticas, jurídicas e sociais são programadas para isso.

9 - A Lava Jato, com as correções necessárias, não pode parar. Ela é um dos sinais do Brasil civilizado que queremos. Sozinha, no entanto, não terá energia para promover mudanças culturais. Estas dependem de um ensino de qualidade para todos, federalizado, em período integral. Império da lei, excelente escolarização, ética e cidadania é tudo que se espera do Brasil na nova era que se avizinha.

10 - As eleições de 2018 são decisivas. É a oportunidade dos espoliados revoltados (com a política e com os políticos) aniquilarem a forma perversa de dominação do país. O clube dos donos corruptos do poder (a cleptocracia), que vive à sombra do poder oficial, tem que ser eliminado de dentro do Estado brasileiro. Como? "Derrubar pelo voto a maioria dos picaretas, eleger gente nova e empurrá-la para uma aliança com alguns sobreviventes, para que a inexperiência não venha a pesar tanto nas suas decisões" (Gabeira). A eliminação de um ou vários corruptos do poder é um grande serviço que todo brasileiro pode fazer pelo seu país.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A ATUAÇÃO DA OIT E OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE COMBATE AO TRABALHO INFANTIL

MARCELA CAVALCANTI RIBEIRO: Mestre em Direito pela UFPE, Professora de Direito Individual e Coletivo do Trabalho e Assessora Jurídica no 18º Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região.

Resumo: Trata-se de artigo dedicado ao estudo do aparato internacional basilar que visa à proteção da criança no trabalho. O principal enfoque do estudo é a atuação da Organização Internacional do Trabalho e suas principais normas relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Trabalho infantil; Organização Internacional do Trabalho; Convenções Internacionais.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Organização Internacional do Trabalho (OIT); 3. Regulamentação do Trabalho Infantil pela Organização Internacional do Trabalho; 4. Efetividade dos Programas e Convenções da OIT; 5. Conclusão; Referências.

---

1. Introdução

De acordo com Orís de Oliveira, trabalho infantil é aquele prestado por quem tem idade inferior àquela prevista por lei como sendo a idade mínima permitida para o trabalho[1], ao passo em que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção 182 definiu como criança toda pessoa com idade inferior a 18 anos.

A utilização do trabalho infantil muito provavelmente tem as suas origens desde o início do trabalho pelo próprio homem[2], entretanto a preocupação com as consequências devastadoras geradas em prejuízo do desenvolvimento da criança, quando privada de fruir a infância em sua plenitude – frequência na escola, convívio social e lazer – não tardaram a ser constatadas. Por isso, as primeiras leis de proteção à criança confundem-se com as primeiras leis de proteção ao próprio trabalho[3], quando ainda incipiente a manifestação jurídica em nome da proteção ao trabalhador.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Hodiernamente, a ordem jurídica interna e internacional repudia essa modalidade de trabalho, em geral ainda tolerada em razão das vantagens econômicas geradas com o baixo custo de contratação. Tal não é, porém, a única causa apontada pelas pesquisas para justificar a persistência dessa realidade:

> A primeira causa é a pobreza crescente que afeta a população do Terceiro Mundo, como resultado da insuficiência ou da desigualdade do processo de desenvolvimento econômico. Em segundo lugar estão as deficiências quantitativas do sistema educacional. A terceira causa são as lacunas da legislação protetoras e as dificuldades de controlar sua aplicação, pela ausência de uma inspeção eficaz no trabalho. A quarta causa é que o trabalho infanto-juvenil traz vantagens para os que o utilizam, especialmente para as empresas não registradas, sub-capitalizadas e dependentes de mercados instáveis ou sazonais, existente em grande número nas zonas urbanas de países em desenvolvimento. O quinto e talvez o mais grave problema é a indiferença que caracteriza as atitudes diante deste triste episódio, por parte dos poderes públicos, dos organismos sindicais e do grande público.[4]

O presente trabalho tem por justificativa, pois, a necessidade identificada há mais de um século de preservar o desenvolvimento saudável das crianças e respeitar os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à dignidade, sobretudo, durante a infância. Os impactos sociais decorrentes do trabalho infantil são imensuráveis para a sociedade e a busca pela eliminação é preocupação contida na agenda dos principais órgãos de atuação internacional.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) surge neste cenário com papel relevante no combate ao trabalho precoce, orientada pelo objetivo de erradicá-lo completamente em todas as atividades econômicas, uma vez que a persistência desta realidade corresponde a óbice ao desenvolvimento social e econômico das nações. Sem distribuição de justiça social, o estabelecimento e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

manutenção duradoura da paz mundial não seriam possíveis. Pretende-se, portanto, analisar a atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e avaliar os principais instrumentos normativos produzidos a partir do comprometimento firmado entre as nações de abolir o trabalho infantil, seja por intermédio de estudos, mapeamentos, elaboração de projetos, conscientização dos governos e das sociedades sobre os prejuízos decorrentes da privação da infância – educação, lazer e convívio social –, seja através da ratificação de convenções e recomendações.

2. A Organização Internacional do Trabalho (OIT)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é agência das Nações Unidas que se diferencia das demais por ter estrutura de representação tripartite, isto é, conta com representantes da classe dos trabalhadores, dos empregadores e dos governos dos 185 Estados-membros. Foi fundada pelo Tratado de Versalhes em 1919 com a finalidade de promover a justiça social entre os povos, através do combate às condições degradantes de trabalho humano, pois se sabia naquele momento que esta era uma condição necessária para manter a paz entre as nações[5]. Assim, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) instituiu os seguintes objetivos fundamentais de sua atuação: o respeito às normas e aos princípios internacionais que estabeleçam padrões mínimos para a regulamentação das relações laborais, assim como aos mecanismos para materializá-los; a promoção do emprego de qualidade; extensão do alcance da proteção social; fortalecimento do diálogo entre os atores sociais que figuram na relação de trabalho.

A criação da OIT foi antecedida por diversos movimentos de luta por melhoria nas condições de trabalho, centrada no esforço internacional de cooperação entre as nações. Foi o caso de Robert Owen, a quem historicamente se atribui a iniciativa de "disseminar pelo mundo a ideia de ampliação geográfica da aplicação do Direito do Trabalho, culminando com um tentativa de uniformização no âmbito mundial"[6], destacando-se por ter sido um capitalista inglês, dono de fábricas em New Lanark, mas defensor da proteção pelo Estado de um grupo de direitos irrenunciáveis, como a necessidade de limite diário da jornada de trabalho. Menciona-se, também, a influência das ideias difundidas na França por Louis René

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Villermé, Daniel Le Grand e J.A. Blanqui, pela redução da jornada laboral de crianças e de adultos, proibição do trabalho de menores de 10 anos de idade – condição sem a qual não seria possível atingir uma reforma social com justiça e legitimidade –, melhoria na qualidade do ambiente de trabalho e, por fim, pela adoção de acordos internacionais capazes de garantir o respeito aos direitos mínimos dos trabalhadores[7].

Os conflitos internacionais que eclodiram em meados do século XVIII e no início do século XIX tornaram ainda mais evidentes as deficiências do liberalismo e dos caminhos escolhidos para a expansão do capitalismo industrial, fundamentados na intensificação das injustiças sociais e da exploração do trabalho humano. Antecedida por conferências internacionais, a criação da OIT representa a reação da sociedade a este cenário de desigualdades e representa, portanto,

> O coroamento de uma evolução de ideias sociais que se desenvolveram ao longo do século XIX e até a 1ª Guerra Mundial. As condições de trabalho e de vida do proletariado que emergiu da revolução industrial apareciam como intoleráveis para um número cada vez maior de economistas e sociólogos. Mas os teóricos sociais e os empresários desejosos de mudar esse estado de coisas estavam conscientes do fato de que toda reforma social – por suas consequências inevitáveis sobre os custos da produção – trariam desvantagens para a indústria ou o país que as aplicasse com relação aos concorrentes menos escrupulosos. Essa foi a razão pela qual eles se esforçaram sem cessar para persuadir os homens de Estado da Europa para fazer das melhorias das condições de trabalho e da redução na duração de trabalho objeto de acordos internacionais.[8]

A OIT, assim, corporificou o órgão internacional responsável por oferecer respostas às crises sistêmicas da economia, cujos efeitos refletiam-se nas condições sociais de trabalho e de distribuição de riqueza. Teve como escopo inicial assegurar "os direitos de as pessoas buscarem o seu

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

desenvolvimento físico, mental e espiritual, como condições de dignidade e de segurança econômica e de oportunidades igualitárias"[9]. Tal fim foi enfatizado com a adoção da Declaração de Filadélfia, de 1944, oportunidade na qual quarenta e um dos Estados-membros reuniram-se para revisar o texto de constituição, bem como para avaliar sua atuação até aquele momento. Com referido aditivo, foram proclamados quatro princípios que passaram a representar os postulados fundamentais da Organização Internacional do Trabalho: a) repúdio à concepção do trabalho como mercadoria; b) o progresso continuado apenas é possível se houver garantia de liberdade de expressão e de associação; c) a penúria é fator impeditivo e perigoso para a prosperidade das nações; d) a luta contra a necessidade deve prosseguir com incessante energia dentro de cada nação e mediante um esforço internacional, contínuo e concertado, no qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, colaborando em pé de igualdade com os representantes dos governos, participem de discussões livres e de decisões de caráter democrático, a fim de promover o bem estar comum[10]. Entretanto, a atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) não está limitada exclusivamente à edição de normas e à fiscalização de seu respectivo cumprimento, pois sua postura junto aos Estados-membros deve ser de cooperação, no sentido de agir proativamente para implementar seus princípios em cada ordenamento jurídico nacional[11] – bem como na condução da política interna de desenvolvimento com justiça social.

3. Regulamentação do Trabalho Infantil pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Mesmo nas conferências anteriores à instituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) já é possível perceber que o combate ao trabalho infantil era um tema presente e uma preocupação constante nos debates sobre a melhoria da condição social dos trabalhadores. A partir de 1919, diversas foram as normas internacionais editadas pelo organismo, com o fim de eliminar o trabalho de crianças, bem como de minimizar os seus efeitos. Já no primeiro ano de sua existência, foi aprovada, na Convenção de Washington, a Convenção nº 5, que impunha um limite mínimo para o trabalho de jovens nas indústrias, e em seguida, foram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

aprovadas diversas outras convenções cujo objeto abrangia temas correlatos

> tais como: Convenção 6 sobre trabalho noturno dos menores na indústria, de 1919; Convenção 16 sobre exame médico de menores na Marinha Mercante, de 1921; Convenção 29 sobre trabalho forçado ou obrigatório, de 1930; Convenção sobre exame médico de aptidão para o emprego de menores em trabalhos não industriais, de 1946; Convenção 79 sobre limitação do trabalho noturno de menores em trabalhos não industriais, de 1946; Convenção 90 (revisão) sobre trabalho noturno de menores na indústria, de 1948; Convenção 124 sobre exame médico de aptidão para menores empregados em trabalhos subterrâneos nas minas, de 1965; e, Convenção 182 sobre as piores formas de trabalho infantil, de 1999.[12]

Acrescente-se aos instrumentos normativos acima elencados por Augusta Cristina Affiune de Albuquerque, a Convenção nº 138 e a Recomendação nº 146, igualmente oriundas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tratam da exigência dirigida a cada Estado-membro aderente de estabelecer a idade mínima para emprego ou trabalho de qualquer natureza em seu respectivo território.

A referida Convenção nº 138 foi editada com a finalidade de substituir, paulatinamente, os inúmeros outros textos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que tinham por objeto a fixação de idade mínima para o trabalho, cada qual dirigida a um setor específico da economia[13]. Com o novo texto, adotou-se um instrumento com normas gerais e mais flexíveis[14], fundamentadas em dois pilares básicos: o princípio da abolição do trabalho infantil como pressuposto para o desenvolvimento de todas as nações e o da fixação da idade mínima para o trabalho não inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória, mas respeitado o limite de 15 anos, nos termos da Convenção nº 138, art. 1º e 2º, item 3.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O item 1 do artigo 2º da Convenção nº 138 determina, ainda, que cada Estado-membro, na declaração anexa ao texto que a ratificar, deverá especificar a idade mínima aceitável para admissão em emprego ou trabalho em seu território e comprometer-se a impedir o trabalho de todas as crianças em qualquer ocupação ou emprego com idade inferior àquela declarada. A adesão às normas contidas neste instrumento normativo determina a observância pelos Estados dos seguintes parâmetros:

a) Adoção de uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil;
b) Elevação progressiva da idade mínima de acesso ao trabalho;
c) Garantia do adequado e pleno desenvolvimento físico e mental do jovem.[15]

O Brasil ratificou a Convenção nº 138 por meio do Decreto Legislativo nº 179 de 14 de dezembro de 1999 e a promulgou através do Decreto nº 4.134 de 15 de fevereiro de 2002. Junto com esta Convenção, também foi aprovada a recomendação nº 146 da OIT. Em atendimento ao previsto no item 1 do artigo 2º da Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Brasil estabeleceu, no artigo 2º do Decreto 4.134/02, a idade de 16 anos como sendo a idade mínima para o trabalho, em conformidade com a idade indicada no item 7, (1), da Recomendação nº 146.

Ainda em atenção ao que dispões a recomendação nº 146 da OIT, a Constituição Federal Brasileira, no artigo 7º, XXXIII, proíbe o trabalho noturno, perigoso e insalubre para os menores de 18 anos. Segundo a recomendação, os Estados signatários devem tomar medidas imediatas para elevar a idade mínima em "trabalho que possa comprometer a saúde, a segurança e a moral de adolescentes"[16], quando esta ainda for inferior a 18 anos.

De acordo com Augusta Cristina Affiune de Albuquerque, o Brasil de fato adotou medidas políticas para implementar os parâmetros indicados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção nº 138, de erradicação do trabalho infantil:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Quanto à adoção de uma política nacional com o objetivo de eliminar o trabalho infantil, o Brasil possui instrumento legal adequado em cuja elaboração e aplicação houve efetiva participação social. Com a elevação progressiva do limite de idade mínima indica de 14 para 16 anos; a permissão da figura do menor aprendiz passou de 12 para 14 anos. Quanto à garantia de pleno desenvolvimento da criança, a adoção pelo artigo 227 do texto constitucional da Teoria da Proteção Integral marca a prioridade e a atenção quanto ao bem-estar e à promoção do desenvolvimento da criança e do adolescente.[17]

Portanto, ao aderir à referida Convenção, bem como aos termos da Recomendação nº 146, a legislação brasileira precedeu à adequação de seu ordenamento jurídico e das políticas nacionais de combate ao trabalho infantil, de modo a eliminar quaisquer incompatibilidades

> com suas disposições no que se refere à fixação da idade mínima, ao inverso, por emenda à Constituição (PEC nº20, de 14 15.12.1998), a idade mínima foi elevada para 16 anos, mantendo-se a previsão de 18 anos de idade para o trabalho noturno, perigoso ou insalubre. O Estatuto da Criança e do Adolescente mantém a proibição do trabalho ao menor de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz e determina que a proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial. Tal legislação especial é a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 e as portarias administrativas do Ministério do Trabalho e Emprego. Em relação a CLT, o art. 403 do Capítulo IV (intitulado "Da proteção do trabalho do menor") proíbe qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. Por sua vez, o art. 2o. do Decreto no. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, que

> promulga a Convenção nº 138, determina que *para os efeitos do art. 2o., item 1, da Convenção, fica estabelecido que a idade mínima para admissão a emprego ou trabalho é de dezesseis anos.*
>
> Também se demonstra que o Governo Brasileiro, desde a década de 1990, vem criando programas e ações para o combate ao trabalho infantil.[18]

Destaca-se no corpo normativo da Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) o artigo 5º, que dispõe sobre a possibilidade de países cuja economia e condições administrativas não estejam suficientemente desenvolvidas limitar o alcance do conteúdo da referida convenção. Entretanto, em razão do caráter excepcional desta regra, a sua adoção pressupõe uma consulta das organizações de trabalhadores e empregadores. Além do mais, há um rol de atividades nas quais o trabalho infantil é sempre considerado inadmissível e não poderá ser objeto de flexibilização; tais atividades estão relatadas no item 3 do mencionado artigo 5º da Convenção 138.

A Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é outro instrumento normativo de destacada importância para a luta contra o trabalho de crianças. Trata-se da Convenção sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e o planejamento de ações imediatas para a sua eliminação, adotada na 87ª Conferência realizada em 1999, tendo entrado em vigor na ordem internacional em 19 de novembro de 2000. De acordo com o artigo 3º, são consideradas as piores formas de trabalho infantil:

> a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
>
> b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpencentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes; e,
>
> d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.[19]

A Convenção 182, portanto, tem por desiderato reunir as normas que tratam das formas mais cruéis sob as quais se desenvolvem o trabalho infantil e traçar os planos de combate a serem adotados pelos países signatários, através da imposição de todas as medidas que se façam necessárias à efetivação deste fim. Os esforços, por isso, devem incluir o estabelecimento e a aplicação de sanções, inclusive de natureza penais, de acordo com o contido no artigo 7º[20] da Convenção.

Embora se tenha ratificado a Convenção 182 no Brasil, em 7 de março de 2001, suas disposições não estão inteiramente contempladas no ordenamento jurídico nacional, restando muito a ser feito para a efetivação das medidas ali previstas, diversamente do verificado na recepção da Convenção 138[21], conforme anteriormente avaliado. A luta levada a cabo pela Convenção 182 trouxe em seu seio a necessidade de um esforço "que envolve aspectos diversos do trabalho infantil, com cruzamentos complexos entre legislações trabalhistas, penais e de proteção"[22].

4. Análise da Efetividade dos Programas e Convenções da OIT

Depois de ratificar as Convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e adequar o ordenamento jurídico interno aos limites ali previstos, os Estados-membros devem apresentar relatórios, periodicamente, descrevendo a evolução do panorama naquele país, com relação ao trabalho infantil. Embora haja um esforço evidente para a abolição desta modalidade de trabalho, os relatórios elaborados por representantes de diversas categorias, de diversos países, assim como os próprios estudos desenvolvidos pela Organização Internacional do Trabalho

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(OIT) revelam que o trabalho infantil ainda é uma realidade que subsiste, não apenas nos países mais pobres, mas em todas as regiões do mundo.

A política adotada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) no combate ao trabalho infantil resume-se ao intendo de erradica-lo de forma absoluta em todos os países. Conforme se infere do preâmbulo do texto de Constituição, a eliminação das injustiças sociais constitui pressuposto para o desenvolvimento das nações, de modo que esta abolição deve ser simultânea e conjunta, sob o risco de não se obter sucesso nesta missão. Por esta razão, a Organização Internacional do Trabalho ainda tem sido a instituição que mais oferece contribuição para conscientizar as nações dos efeitos sociais, econômicos e políticos devastadores provocados pelo trabalho infantil, seja na realização de estudos, relatórios, mapeamentos, apontamentos de soluções, seja na realização de programas internacionais dedicados à sua eliminação.

O programa de mais destaque, em razão da abrangência e dos resultados até então obtidos, é o Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil[23] e surgiu, de acordo com Orís de Oliveira, a partir de um convênio econômico firmado entre a Alemanha e a OIT[24]. O IPEC foi lançado em 1992 e passou a atuar como a instância administrativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT) dedicada exclusivamente a desenvolver e promover projetos de capacitação dos governos, bem como da sociedade civil, no sentido de oferecer os subsídios necessários a um enfrentamento mais conscientizado e eficaz do trabalho infantil. Constituem objetivos do programa:

a) Aumentar a capacidade dos membros da OIT e das ONGs de projetar, implementar e avaliar políticas e programas que objetivem a eliminação do trabalho infantil e a proteção das crianças trabalhadoras;
b) Determinar os pontos relativamente fortes e fracos de vários tipos de intervenção em âmbito comunitário local e nacional, como modelos para reaplicação e adaptação;
c) Criar mecanismos nacionais e internacionais capazes de gerar e manter uma intensa conscientização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

pública, além de campanhas de mobilização social de combate ao trabalho infantil.[25]

O IPEC conta com diversos parceiros[26] para a realização de seus fins, mas não centra sua atuação exclusivamente nos países participantes. Além das atividades relacionadas à coleta de dados, esclarecimento e conscientização dos governos e incentivo à aplicação das normas internacionais relacionadas ao combate do trabalho infantil, também são lançados programas para a prevenção, tutela e reintegração das crianças submetidas ao trabalho precoce. O IPEC estende sua atuação, ainda, nos países em trabalhos preparatórios para a implantação dos limites mínimos impostos pelas normas internacionais.

A efetivação das normas produzidas pela Organização Internacional do Trabalho não ocorre apenas por meio de programas, mas também por intermédio do controle de aplicação das normas cogentes pelos países que a ratificarem. A OIT dispõe de um conjunto de instrumentos que permite fiscalizar o respeito às obrigações assumidas, e, ainda, de um sistema de recursos para informar às autoridades competentes situações nas quais as convenções ratificadas não estejam sendo executadas satisfatoriamente. O sistema de controle é dividido, portanto, em duas modalidades[27]: controle regular ou permanente, que examina os relatórios periodicamente enviados; contencioso ou provocado, decorrente da apresentação de queixas por parte das autoridades competentes.

No controle permanente, destaca-se a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações, órgão criado em 1926 e composto por 20 membros nomeados pelo Conselho de Administração por proposta do Diretor-Geral da Repartição Internacional do trabalho e que tem por atribuição avaliar a observância das obrigações imposta pelas convenções ratificadas[28]. Este exame é realizado através dos relatórios enviados pelos governos, tendo em vista a legalidade e a eficácia das medidas tomadas por cada Estado-membro, assim como a identificação dos obstáculos para a concretização das normas, no caso das convenções ratificadas, e para a ratificação da convenção, caso ainda esteja pendente este ato. Quando se verifica o descumprimento de uma norma, a Comissão de Peritos envia o Governo do Estado o que se denomina de demanda

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

direta "podendo sugerir um contato direito entre um representante do Direito-Geral e a autoridade competente do Estado" [29].

Conforme descrito nos artigos 24 e 25 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[30], o controle do cumprimento das obrigações acordadas também é realizado mediante provocação de um sujeito de direito internacional ou de uma organização profissional – no primeiro caso, são queixas; no segundo, reclamações –, notificando a Repartição Internacional do trabalho a falta de aplicação de uma convenção ratificada.

Os sistemas de controle adotados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) são, portanto, essenciais para conferir eficácia às Convenções adotadas e ratificadas pelos Estados-membros.

CONCLUSÃO

A luta contra o trabalho infantil está fundamentada na proteção dos direitos básicos do ser humano, isto é, dos direitos à vida, à liberdade e à dignidade. Reunidos, refletem a obrigação de cada nação de ofertar um ambiente saudável para o desenvolvimento da criança, de garantir o respeito ao direito fundamental à infância, durante a qual a vida adulta é construída. O maior entrave no combate à exploração do trabalho de crianças relaciona-se ao baixo nível de conscientização social quanto aos malefícios decorrentes do trabalho precoce e do entrave que representa para o desenvolvimento social e econômico das nações.

A OIT nasceu em um cenário de crise, quando a comunidade internacional constatou a necessidade de promoção de justiça social como pressuposto para o desenvolvimento mundial, a ser alcançada através da melhoria das condições de trabalho e do repúdio às formas mais cruéis de exploração. Hodiernamente, constitui agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), a única com estrutura tripartite na qual representantes das partes que compõem a relação de trabalho – empregadores, trabalhadores e governos – debatem e buscam soluções em igualdade. Com a sua fundação, pretendia-se criar normas de caráter universal, fundadas em princípios compartilhados por toda a sociedade para a dignificação do trabalho. Já no primeiro ano de atuação, em 1919, o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

trabalho infantil teve destaque especial nos programas e Convenções executados pela OIT, pois era evidente a preocupação com a fixação de idade mínima para o labor, nas diversas áreas da economia.

Como política para inspirar a sua atuação, a Organização Internacional do Trabalho adota o lema da completa abolição do trabalho precoce, a ser perseguida de forma contínua e em todos os países. Conforme disposto no preâmbulo da Constituição da OIT, o desrespeito dos preceitos que a orientam por qualquer país prejudica a distribuição igualitária da justiça social e impede a execução de seus fins.

Dentre os inúmeros instrumentos normativos adotados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) – convenções e recomendações – para coibir e regulamentar o trabalho infantil, destacam-se as Convenções 138 e 182, por reunirem os preceitos fundamentais pertinentes ao tema. A primeira trata da idade mínima para o ingresso de crianças nos diversos setores da economia, mas fixa em 15 anos o limite mínimo, a fim de assegurar a escolaridade obrigatória. A Convenção 138 contém ainda normas de flexibilização, pois, ao considerar os diferentes estágios de desenvolvimento em que se encontram os Estados-membros, prevê a possibilidade de se estabelecer idade mínima para o trabalho ou ocupação de 14 anos, após consulta das organizações e de assumir o compromisso de eleva-la progressivamente. Ainda se ressalva o caso dos trabalhos perigosos, capazes de afetar a saúde, a moral ou a segurança dos jovens e crianças, cuja execução é impedida para os menores de 18 anos – salvo nos casos excepcionais, em que é tolerada a redução do mínimo para 16 anos, nas condições anteriormente mencionadas.

A Convenção 182 foi adotada pela Organização Internacional do Trabalho em sua 87ª reunião, realizada em Genebra. Seu texto é dedicado à erradicação dos trabalhos infantis mais penosos. Ao ratificar a Convenção 182, os Estados-membros se comprometem a não apenas adotar políticas para prevenir a inclusão de crianças nestas atividades, como também à tipificação penal de tais condutas e a penalização dos agentes que delas se beneficiam. Em razão da necessidade de medidas mais complexas, que exigem uma atuação interdisciplinar, a aplicação do texto da Convenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e o planejamento de ações imediatas para a sua eliminação no Brasil ainda é limitada.

A atuação marcante da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no combate à exploração do trabalho infantil está atrelada a um conjunto de mecanismos necessários a garantir a efetividade das medidas políticas e normativas providenciadas pelo órgão. Os sistemas de controle permanente e provocado são utilizados para levar ao conhecimento das autoridades da OIT o descumprimento das obrigações firmadas com os Estados-membros, ao ratificar qualquer convenção, podendo a questão chegar ao Tribunal Internacional de Justiça.

Referências

ALBUQUERQUE, Augusta Cristina Affiune de. **Trabalho Infantil e Direitos Humanos da Criança**. 2003. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

ANTÃO DE CARVALHO, Henrique José; GOMES, Ana Virgínia; MOURÃO ROMERO, Adriana; SPRANDEL, Marcia Anita e VILLAFAÑE UDRY, Tiago. **Análise e Recomendações para a melhor regulamentação e cumprimento da normativa nacional e internacional sobre o trabalho de crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília, OIT/Programa IPEC Sudamérica, 2003.

CAMPOS, João Mota de et al. **Organizações Internacionais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

CUSTÓDIO, André Viana. **A implementação das Convenções nº 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT):** uma breve reflexão necessária. Santa Catarina: NEJUSCA/UFSC, 2000.

DOUMBIA-HENRY, Cleopatra. **O Impacto da Crise Econômica e Financeira no Mercado de Trabalho**. Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 4, out/dez 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

LAGE, Émerson José Alves. **O Direito do Trabalho e o Direito Internacional**. LTr, São Paulo, 2005.

MARTINS, Adalberto. **A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Oris. **Erradicação do trabalho infantil**: normas internacionais e brasileiras, *in Revista de Direito do Trabalho* n. 96, ano 25, São Paulo, Revista dos Tribunais, outubro-dezembro/1996.

_____. **O trabalho da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, Brasília. 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 138.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 182.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. ***Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho/Declaração e Normas da OIT.*** Brasília: OIT/ACTRAV. 2000.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **A Organização Internacional do Trabalho**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, nº 9, dez 2006.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 1998.

NOTAS:

[1] OLIVEIRA, Oris. **Erradicação do trabalho infantil**: normas internacionais e brasileiras, *in Revista de Direito do Trabalho* n. 96, ano 25, São Paulo, Revista dos Tribunais, outubro-dezembro/1996, p. 13.

[2] MARTINS, Adalberto. **A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes**. São Paulo: LTr, 2002, p. 23.

[3] Idem. Ibidem. p.25

[4] MAIOR NETO, Olympio de Sá. **O Ministério Público e a Erradicação do Trabalho Infantil.** Revista da Escola Superior de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Magistratura de Santa Catarina (ESMESC). Florianópolis, v. 4, nº 5, p. 108, nov. 1998.

[5] O Preâmbulo do texto de Constituição da OIT assim anuncia: "*Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios*". SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 101.

[6] SOUZA, Zoraide Amaral de. **A Organização Internacional do Trabalho**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, nº 9, dez 2006, p. 427.

[7] ALBUQUERQUE, Augusta Cristina Affiune de. **Trabalho Infantil e Direitos Humanos da Criança**. 2003. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003, p. 25.

[8] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho/Declaração e Normas da OIT.** Brasília: OIT/ACTRAV. 2000, p. 133.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[9] DOUMBIA-HENRY, Cleopatra. **O Impacto da Crise Econômica e Financeira no Mercado de Trabalho**. Rev. TST, Brasília, vol. 76, nº 4, out/dez 2010, p. 168.

[10] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho/Declaração e Normas da OIT.** Brasília: OIT/ACTRAV. 2000, p.5.

[11] LAGE, Émerson José Alves. **O Direito do Trabalho e o Direito Internacional**. LTr, São Paulo, 2005.

[12] ALBUQUERQUE, Augusta Cristina Affiune de. **Trabalho Infantil e Direitos Humanos da Criança**. 2003. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003, p. 24.

[13] É o caso da mencionada Convenção nº 5 e nº 59 sobre idade mínima para o trabalho na indústria; Convenção nº 6 e nº 90 sobre o trabalho noturno nas indústrias; Convenção nº 7 e nº 58 sobre a idade mínima no trabalho marítimo; Convenção nº 10, que proibiu o trabalho de menores durante o período escolar e estabeleceu idade mínima para o trabalho agrícola; Convenção nº 13 sobre a idade mínima para o trabalho industrial de pintura com uso de sais de chumbo; Convenção nº 15 sobre a idade mínima para paioleiros e foguistas; Convenção nº 33 e nº 60 sobre a idade mínima nos trabalhos não industriais, sendo que esta última ainda continha a exigência de cadastro dos trabalhadores menores de 18 anos; Convenção nº 136 sobre a idade mínima para o trabalho sujeito à exposição ao benzeno e derivados.

[14] CUSTÓDIO, André Viana. **A implementação das Convenções nº 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT):** uma breve reflexão necessária. Santa Catarina: NEJUSCA/UFSC, 2000, p. 34.

[15] ALBUQUERQUE, Augusta Cristina Affiune de. **Trabalho Infantil e Direitos Humanos da Criança**. 2003. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003, p. 51

[16] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação nº 146, III, 9.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

[17] ALBUQUERQUE, Augusta Cristina Affiune de. **Trabalho Infantil e Direitos Humanos da Criança**. 2003. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003, p. 52

[18] ANTÃO DE CARVALHO, Henrique José; GOMES, Ana Virgínia; MOURÃO ROMERO, Adriana; SPRANDEL, Marcia Anita e VILLAFAÑE UDRY, Tiago. **Análise e Recomendações para a melhor regulamentação e cumprimento da normativa nacional e internacional sobre o trabalho de crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília, OIT/Programa IPEC Sudamérica, 2003, p.14.

[19] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 182, art. 3º.

[20] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 182, art. 7º.

[21] ANTÃO DE CARVALHO, Henrique José; GOMES, Ana Virgínia; MOURÃO ROMERO, Adriana; SPRANDEL, Marcia Anita e VILLAFAÑE UDRY, Tiago. **Análise e Recomendações para a melhor regulamentação e cumprimento da normativa nacional e internacional sobre o trabalho de crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília, OIT/Programa IPEC Sudamérica, 2003, p.17.

[22] Idem. Ibidem, p.92.

[23] International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC)

[24] OLIVEIRA, Orís. **O trabalho da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, Brasília. 1994, p. 59.

[25] Idem. Ibidem, p. 59.

[26] "Entre os parceiros da Organização Internacional do Trabalho (OIT), podem-se citar a Organização Internacional dos Empregadores (OIE), a Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres (CIOSL) e os Sindicatos de Trabalhadores. No Brasil, conta-se ainda com um Comitê Diretivo composto prioritariamento por representantes do Governo (Ministério do Trabalho, do então Ministério do Bem-estar Social e do Ministério das Relações Exteriores), dos empregadores (Confederações Nacionais da Agricultura, da Indústria e do Comércio) dos trabalhadores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(Central única dos Trabalhadores(CUT), Força Sindical e Central Geral dos Trabalhadores (CGT) e de Organizações não Governamentais, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Movimento Nacional de Meninas e Meninos de Rua (MNMMR), Fórum Nacional Permanente de Organizações não Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, e Fundação Abrinq), além do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)." ALBUQUERQUE, Augusta Cristina Affiune de. **Trabalho Infantil e Direitos Humanos da Criança**. 2003. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003, p. 83.

[27] SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 45.

[28] CAMPOS, João Mota de et al. **Organizações Internacionais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 441.

[29] ALBUQUERQUE, Augusta Cristina Affiune de. **Trabalho Infantil e Direitos Humanos da Criança**. 2003. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003, p. 36.

[30] Artigo 24 – Toda reclamação, dirigida à Repartição Internacional do Trabalho, por uma organização profissional de empregados ou de empregadores, e segundo a qual um dos Estados-Membros não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção a que o dito Estado haja aderido, poderá ser transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em questão e este poderá ser convidado a fazer, sobre a matéria, a declaração que julgar conveniente.

Artigo 25 – Se nenhuma declaração for enviada pelo Governo em questão, num prazo razoáve, ou se a declaração recebida não parecer satisfatória ao Conselho de Administração, este último terá o direito de tornar pública a referida reclamação e, segundo o caso, a resposta dada.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL

CAMILA BONAFINI PEREIRA: Promotora de Justiça do Estado de São Paulo. Mestranda pela PUC/SP.

Resumo: O presente trabalho trata do fenômeno da globalização e suas consequências para a sociedade moderna, especialmente no que tange ao fenômeno da criminalidade. Verifica-se se a dogmática clássica do Direito Penal é adequada para combater a criminalidade organizada com caráter transnacional, apresentando diferentes linhas de política criminal que podem ser aplicadas.

Abstract: The present work deals with the phenomenon of globalization and its consequences for modern society, especially with regard to the phenomenon of crime. It brings the problem if the classic dogma of criminal law is adequate to fight against organized crime which has a transnational character.

Palavras-Chave: Globalização. Direito Penal. Crime Organizado Transnacional. Política Criminal

Keywords: Globalization. Criminal Law. Transnational Organized Crime. Criminal Politics.

Sumário: Introdução – 1. A globalização – 2. O processo histórico – 3. O Direito Penal globalizado – Conclusão.

Introdução

As mudanças ocorridas no mundo, em razão da globalização, influenciaram também as formas de criminalidade, a qual se mostra cada dia mais organizada, tornando seu combate extremamente difícil. Diante de tal situação, surgiram diferentes pensamentos acerca da política criminal que deverá ser adotada, face aos novos desafios apresentados pela criminalidade organizada.

1. A globalização

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A globalização é um fenômeno, inicialmente, econômico, que marcou as sociedades pós-industriais.

No entanto, com o capitalismo tardio, o sistema econômico passou a demonstrar que não era mais capaz de resolver no campo da civilização as demandas relativas ao consumo, de modo que tais demandas migraram para o campo da cultura.

Como uma tentativa de conter a crise econômica que se alastrou pelo mundo, foi feito um choque de oferta, o qual ensejou a transnacionalização da produção. A ideia consistia em estabelecer uma economia de escala e, por meio do aumento do número de unidades produzidas, aumentar a oferta e, consequentemente, reduzir os preços.

Tal estratégia tinha o claro escopo de manter o debate no campo econômico, evitando que avançasse sobre o campo cultural, o que poderia ensejar uma instabilidade social.

Não há dúvida que o caráter conciliador das elites, aliado ao baixo grau de organização de uma sociedade, como por exemplo a brasileira, dominada por transnacionais e interesses de mercado, gerou uma violação reiterada de direitos.

Este fenômeno se impregnou pelo mundo.

Marcio Pugliesi ensina que "os países desenvolvidos que parecem capitanear essa globalização, de resto em andamento (com outros protagonistas) desde as grandes navegações, gerando globalizantes e globalizados, são vistos como núcleos difusores de cultura e o resto do mundo é enfocado como uma periferia utilizadora de tecnologia, quando o é, e simples receptora de influência cultural" (2015, p.241).

Com o fenômeno da globalização, surgiram outras formas de dominação que em nada se relacionam com o território. Os objetos consumidos pelos homens perderam a territorialidade, de modo que no Brasil, por exemplo, são consumidos carros fabricados no Japão, Coreia e Europa.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No entanto, a globalização não impediu a concentração de riquezas e formação de oligopólios ao redor do mundo.

De acordo com a lição de Marcio Pugliesi, "cada ciclo de acumulação de capital começa com o investimento e acaba com a venda do produto, ainda que virtual, a mercadoria. Essa, a mercadoria, por força da segmentação, deve ser vendida globalmente para grupos específicos e isso acentua a exclusão, vez que os pobres de todo o mundo estarão unidos, não para desconstruir as estruturas, mas por essa exclusão crua e dura: os ricos de todo o mundo fruirão os prêmios da civilidade e para os excluídos – desse universal banquete – restarão a revolta e a violência" (2015, p.242).

Não há dúvidas que todas estas mudanças que atingiram o mundo, bem como as sociedades, cada vez mais marcadas pela desigualdade social, também ensejaram diversas transformações nas formas de atuação dos criminosos e, consequentemente, ocasionaram efeitos jurídico penais. A pergunta que resta é somente se a legislação penal está preparada e adequada para lidar com as novas formas de criminalidade.

2. O processo histórico

Certas são a importância do direito penal na história da humanidade, bem como as transformações sofridas ao longo do tempo, tendo em vista seu caráter de controle social.

José de Faria Costa ensina que "todos sabemos que nada nem ninguém para o caudal do rio da história e que o direito penal não é nem nunca foi margem desse rio, antes força vividora da torrente da vida, colectiva e individual, que os homens e as mulheres, ao longo de milênios, foram construindo e que, ao fim e ao cabo, coincide com a própria história. Todos sabemos, para o dizermos com as palavras insuperáveis de beleza e profundas de Camões, que "mudam-se os tempos, mudam-se as vontades/muda-se o ser, muda-se a confiança/todo o mundo é composto de mudança/tomando sempre novas qualidades". Deste turbilhão de mudanças não se pode escapar. Dele não escapa o direito penal" (2010, p.9).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Não há qualquer dúvida que o direito penal, além de ser parte da história da humanidade, possui sua própria história.

O problema não é a série de mudanças às quais o direito penal está suscetível, mas sim saber se a ideia que se tem de direito penal é compatível com a realidade atual.

Inicialmente, é preciso ter em mente que o direito penal passa por uma grande alteração de paradigma.

José de Faria Costa ensina que "ninguém tem dúvidas de que o direito penal que, com todos os seus defeitos e virtudes, ainda hoje ilumina a doutrina, a jurisprudência e a legislação encontra uma das suas raízes principais no caldo cultural e filosófico que as várias Ilustrações nos deram" (2010, p.16).

Malgrado todas as críticas que possam ser feitas ao direito penal, inquestionável é a humanização que sofreu no transcorrer de sua história. Contudo, todo o processo histórico esteve marcado por duas claras coordenadas, uma de tempo e outra de espaço.

Nos dizeres de José de Faria Costa, "o direito penal que, desde o séc. XVIII até os dias que correm, nos tem servido é um real construído do pensamento que se realiza no tempo longo e no espaço limitado. Este, por conseguinte, o paradigma. Tempo longo em relação directa com o espaço limitado. O espaço limitado do Estado-nação" (2010, p.16).

Como já foi dito anteriormente, tudo é mudança e diversas são as mudanças no mundo atual. Igual fenômeno ocorre com o direito penal, o qual passa por mudanças em uma de suas coordenadas básicas: a ideia de espaço.

Inquestionável é que a noção de espaço para o direito penal passou por mudanças fortíssimas, de modo que a ideia original de espaço se mostra obsoleta frente a atual realidade mundial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O conceito original de espaço limitado, que levava em consideração o território do Estado-nação deve ser abandonado, passando-se a pensar em um espaço ilimitado ou global

Jesús-María Silva Sánchez ensina que "a integração gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, produto da integração (fraude orçamentária – criminalidade alfandegária -, fraude às subvenções), ao mesmo tempo em que contempla corrupção de funcionários das instituições da integração. Além disso, gera a aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de delinquência como fenômeno marginal; em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico" (2011, p.103).

Sendo assim, é preciso que o direito penal se ocupe da criminalidade que afeta o cotidiano da sociedade moderna, mostrando-se apto a combater especialmente a criminalidade que passou a ser chamada de organizada.

A criminalidade organizada possui como característica a existência de uma estrutura hierarquizada, de modo que, muitas vezes, o resultado lesivo se manifesta distante, tanto no tempo quanto no espaço, dos sujeitos mais importantes da organização. No entanto, este tipo de criminalidade possui uma grande força desestabilizadora de mercados, bem como de corrupção de agentes públicos.

Ainda, de acordo com as lições de Jesús-María Silva Sánchez, "ante a natureza econômica dos fenômenos da globalização e da integração, o Direito Penal é, obviamente, um produto político e particular, um produto dos Estados nacionais do século XIX, que adquire sua última conformação nas codificações respectivas. Dessa forma, assistimos à caracterização da maneira pela qual, de um Direito nacional, que aparece como último bastião da soberania nacional, afronta um problema transnacional. Com maior evidencia, os Direitos nacionais somente em algumas ocasiões apresentam semelhanças, e no mais as vezes expressam importantes divergências culturais ou de tradições jurídicas. Isso situa qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

abordagem conjunta do problema da criminalidade da globalização ante importantes dificuldades adicionais" (2011, p. 104).

A preocupação principal do Direito Penal na era da globalização deve ser a prática, de forma que os delitos com características transnacionais não restem impunes.

No entanto, apresentar uma resposta uniforme e harmônica aos crimes transnacionais não é fácil, pois sequer a uniformização das legislações, como por exemplo a Europeia, ou a celebração de Tratados, no que diz respeito aos crimes com caráter transnacional é suficiente para tanto, sendo necessário ir além e proceder a uniformização da parte geral do direito penal.

Saliente-se que o Direito Penal da globalização não diz respeito a todo o Direito Penal, mas sim aqueles crimes com características transnacionais, como os crimes econômicos e os de criminalidade organizada.

Jesús-María Silva Sánchez afirma que "a partir de tal constatação, depara-se com duas importantes alternativas: ou se acomete uma setorialização das regras da Parte Geral do Direito Penal, ou se assume que, devido à poderosa força atrativa da nova criminalidade, também as modalidades clássicas devam refletir a modificação das regras pelas quais vêm sendo regidas. A primeira, que viria a configurar o que de modo gráfico pode expressar-se como *Direito Penal de duas velocidades*, significa na realidade a renúncia à teoria do delito como teoria geral e uniforme do ilícito penal (e, nessa medida, aparentemente um retrocesso histórico); mas a segunda, por sua vez, supõe a desativação do sistema geral de regras configurado, com uma mais que óbvia vocação garantista, a partir da constatação da gravidade das consequências jurídico-penais, com referencia em particular ao homicídio" (2011, p.109).

Durante muitos anos, penalistas defenderam que o Direito Penal possui caráter transnacional, tendo em vista a existência de certos institutos, como culpabilidade e autoria. No entanto, é preciso analisar que tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

pensamento conduz não à transnacionalidade do direito penal, mas sim a um caráter global.

Atualmente, contudo, tende-se a negar a possibilidade de construção de um sistema dogmático universal do Direito Penal, assentado em verdades imutáveis.

Não há dúvidas sobre a importância do ser para o direito penal, especialmente no que diz respeito ao conceito de pessoa e aos direitos fundamentais inalienáveis, de modo que, por óbvio, a construção dogmática não pode se opor a esta realidade.

No entanto, é preciso observar que a construção de um sistema dogmático vem se dando com base em um campo ontológico muito mais vasto.

Sobre o tema, ensina Jesús-María Silva Sánchez que "tende-se a construir o sistema, no seio de um campo ontológico que se estima bastante amplo, sobre a base de conceitos normativos. Estes adquiririam seu conteúdo concreto sob perspectivas teleológicas, conformadas a partir das finalidades político-criminais do Direito Penal. Umas finalidades político-criminais que não se reduzem a meras considerações utilitaristas-sociais de eficiência empírica, senão que compreendem de modo essencial considerações valorativas específicas que se trata de extrair de um princípio de respeito à dignidade humana e às garantias fundamentais do indivíduo (definitivamente, são culturais)" (2011, p.110).

Não há dúvida que o Direito Penal pode ter caráter universal se for baseado em estruturas lógico-objetivas, o problema surge quando se passa para o campo valorativo. Os valores fundamentais da sociedade ocidental não são os mesmos, por exemplo, do mundo islâmico.

Os penalistas podem se esforçar para criarem estruturas lógico-objetivas que possam ser aplicadas universalmente, mas é extremamente difícil pensar em soluções para os problemas que possam ser aplicadas de forma universal, pois tais soluções adentram no campo valorativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Sendo assim, o estabelecimento de valores de referência para o Direito Penal, bem como a realização de uma homogeneização valorativa, é um obstáculo de difícil transposição em virtude das diferenças culturais e da diversidade de tradições jurídicas.

3. O Direito Penal globalizado

Certo é que, para o Direito Penal clássico, o paradigma sempre foi o crime de homicídio, de modo que todo o sistema, inclusive de garantias, foi construído levando em consideração este crime.

No entanto, com a globalização do Direito Penal, o paradigma passou a ser o delito econômico organizado.

Jesús-María Silva Sánchez ensina que "o paradigma do Direito Penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças)" (2011, p. 122).

Sendo assim, o Direito Penal da globalização é marcado pela prática de crimes econômicos, os quais, em geral, possuem penas brandas e, consequentemente, um sistema de garantias mais fraco, e de crimes tratados pela legislação "excepcional", que lesionam gravemente bens jurídicos de grande importância, o que também enseja um enfraquecimento do sistema de garantias.

Anabela Miranda Rodrigues afirma, ainda, que "desta nova criminalidade da globalização evidenciam-se as características da sua *organização* e *internacionalização* e o facto de ser uma criminalidade dos poderosos. Com efeito, do ponto de vista *estrutural,* esta é uma criminalidade *organizada* em sentido amplo. Nela participam normalmente conjuntos de pessoas estruturados hierarquicamente, quer seja na forma de empresas, quer na forma estrita de organização criminosa" (2006, p.282).

Diante destas mudanças, o Direto Penal globalizado demanda uma reanálise de princípios clássicos, como o da legalidade, culpabilidade e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

proporcionalidade, trazendo uma ênfase especial na questão probatória. Tais mudanças podem ser constatadas pelo aumento no número de crimes de perigo abstrato nas legislações nacionais, bem como pela responsabilidade criminal da pessoa jurídica e relativização da legalidade estrita.

Cumpre salientar, contudo, que a globalização não produz efeitos somente na macrocriminalidade, tendo impactado também na microcriminalidade. Conforme já foi dito anteriormente, a globalização não impediu a concentração de riquezas e, consequente, o surgimento de um enorme grupo de marginalizados, que não possuem acesso ao mercado de consumo.

Sobre este tema, Jesús-María Silva Sánchez afirma que "a globalização como fenômeno econômico não se limita, efetivamente, a produzir ou facilitar a atuação da macrocriminalidade. Também incide sobre a microcriminalidade de massas. Assim, os movimentos de capital e de mão de obra, que derivam da globalização da economia, determinam a aparição no ocidente de camadas de subproletariado, das quais pode proceder um incremento da delinquência patrimonial de pequena e média gravidade" (2011, p.127).

Ainda, importante observar o atual fluxo migratório na Europa, do qual participam nacionais de países que não são membros da União Europeia e que possuem culturas muito diversas. Em geral, tais pessoas vivem nos países europeus de forma ilegal, tornando-se subproletarios integrantes dos bolsões de pobreza, propensos a práticas delitivas.

Anabela Miranda Rodrigues ensina que "por força da imigração de pessoas procedentes de outros âmbitos sócio-culturais, a Europa do bem-estar converte-se numa sociedade pluriétnica e multicultural. Se, por um lado, tende à *integração supranacional*, e à *homogeinização (macdonaldização),* por outro, sofre um processo de atomização e diversificação ou multiculturalidade no seu interior. E, a tensão integração-atomização. Homogeneização-diversidade é criminógena" (2006, p. 285).

A criminalidade estrangeira tornou-se uma realidade e, associada a um elevado temor e sensibilidade das sociedades ao risco, especialmente

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

em virtude da ameaça terrorista, bem como ao choque cultural, ensejou um crescente clamor social pela aplicação da regra de "tolerância zero", que se contrapõe ao minimalismo penal.

De acordo com Alamiro Velludo Salvador Netto, "a sociedade de risco representa o modelo social da incerteza, na qual o conceito de risco apresenta-se, ao mesmo tempo, como um elemento existente (reflexividade) e vinculador do homem ao seu futuro (reflexão)" (2006, p. 15).

Não há dúvidas que a sociedade de risco gera a necessidade de novas formas de tutela penal, chamando o Direito Penal para intervir em áreas até então inimagináveis, como ambiental, consumerista e econômica. Ainda, surge a necessidade de tipos penais de perigo, o que faz com que a tipicidade penal fechada não se adeque mais à realidade do Direito Penal e, consequentemente, ceda espaço à tipicidade penal aberta.

O tipo penal fechado está estritamente relacionado ao princípio da legalidade, pois não deixa qualquer margem à interpretação do aplicador do Direito, vez que suas premissas são certas. Ocorre que o tipo penal fechado pressupõe uma sociedade extremamente estável, com baixa complexidade, o que não acontece numa sociedade globalizada. Ademais, por mais que o tipo penal seja fechado, sempre existirão divergências acerca da aplicação do direito.

Já os arquétipos de tipos abertos, nos dizeres de Alamiro Velludo Salvador Netto, "consistem naqueles formatos onde se permitiria a interpretação, ou seja, a conduta e o resultado não estariam sensorialmente ligados por um nexo de causalidade. Como formas inequívocas de modelos abertos inserir-se-iam os crimes culposos (violação do dever objetivo de cuidado), os crimes omissivos próprios (valoração do conceito de garante) e os crimes definidos por vocábulos não inferidos do universo exclusivamente penal (elementos normativos do tipo – jurídicos ou culturais)" (2006, p. 38).

Não há dúvidas que os tipos penais abertos se adequam melhor à realidade moderna, a qual vivencia constantes e rápidas transformações,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

enquanto o Direito Penal precisa dar respostas para eventuais comportamentos transviados.

No entanto, conforme ensina José Paulo Baltazar Junior, "a resposta a ser dada aos desafios da criminalidade contemporânea – admitido que tem ela algo de diferente – passa, necessariamente, por uma opção de política criminal, uma vez que o ponto de equilíbrio entre as necessidades de uma persecução criminal minimamente eficiente e o respeito aos direitos fundamentais não pode ser extraída, sem mais, do texto constitucional, cabendo a tarefa de dar a resposta adequada em primeira linha, ao legislador, e, posteriormente, também ao Poder Judiciário, que também é destinatário do dever de proteção dos direitos fundamentais" (2010, p. 85).

A política criminal pode ser considerada liberal, quando os direitos penal e processual penal são vistos somente como uma garantia do cidadão e uma forma de limitação ao poder estatal. De acordo com esta corrente, que defende o minimalismo penal, ao direito penal não incumbe o controle da criminalidade, pois esta possui outras causas.

Nesta linha, cumpre evidenciar o pensamento Winfried Hassemer, o qual, no livro *Crítica al derecho penal de hoy*, afirma que a política criminal moderna *tiene como fundamento la idea de que el derecho penal es un instrumento normativamente aceptable y realmente efectivo de conducción y contraconducción, um médio más de política interna (seguridad, salud, economia, etc). Esta idea se há alejado de las tradicionales descripciones de objetivos: el derecho penal debe proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades justamente también para quien viola el derecho**[1]** (1998, p. 54).

Para Hassemer, os problemas originários da criminalidade moderna devem ser solucionados por meio de um direito de intervenção, o qual deveria ter um caráter preventivo, de modo que os direitos penal e processual penal permanecessem com a roupagem clássica.

Contudo, mostra-se importante contrapor tal pensamento a ideia do funcionalismo racional-final, pois conforme ensina José Paulo Baltazar Junior, "na concepção de Roxin (*zweckrationalen*), o sistema penal não é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

determinado onticamente por objetos dados previamente (ação, causalidade, estruturas lógicas), mas sim pelos fins perseguidos. Quer dizer, o direito e o processo penal deveriam fazer frente a essa nova e inegável realidade social de crimes cometidos utilizando-se dos meios tecnológicos que a sociedade contemporânea oferece, por um conjunto de agentes e fazendo predominar a proteção do cidadão por meio do Estado na luta contra a criminalidade e não na proteção do cidadão contra o Estado como era da tradição dos princípios liberais do processo" (2010, p. 88).

Com base no funcionalismo racional-final, o direito e o processo penal não podem ser vistos de forma dissociada da realidade, como se integrassem um sistema fechado e independente.

Inquestionável é que o direito e o processo penal tem que levar em conta a realidade fática na qual serão aplicados, a fim de atender a finalidade a qual se destinam, no entanto, sempre observando os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Neste ponto, importante observar, ainda, o pensamento de Silva Sánchez acerca da existência de um direito penal de duas velocidades. Para o ilustre penalista, a expansão do direito penal não pode ser compreendida como uma tendência de punitivismo ou como uma resposta mais forte do direito penal à criminalidade ordinária, mas sim como a tutela do direito penal aos bens jurídicos que não existiam anteriormente, como o meio ambiente e a ordem econômica.

Diante da nova realidade do mundo moderno, Silva Sánchez trata da existência de um direito penal de duas velocidades, como uma maneira de dar uma resposta efetiva à criminalidade transnacional organizada.

Conforme ensina José Paulo Baltazar Junior, "como característica desse novo direito penal, de maior velocidade que o tradicional, podem ser apontadas a modificação das regras de imputação, com a ampliação dos delitos culposos e mesmo da possibilidade de responsabilização penal objetiva, como adotado, em alguns casos, no direito anglo-saxão, inexistência de distinção entre autoria e participação, relativização da legalidade estrita. No âmbito processual penal, são destacadas a

possibilidade de avaliação de prova por critérios de probabilidade e a inversão do ônus da prova" (2010, p.90).

Há, ainda, que se evidenciar a existência de uma política criminal mais radical, caracterizada por um maior punitivismo, a qual possui como seu maior expoente Günther Jakobs.

De acordo com Manuel Cancio Meliá, segundo Jakobs, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas" (2015, p.90).

Portanto, para o Direito Penal do inimigo, coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade com a flexibilização de garantias do acusado, que poderiam até mesmo ser suprimidas, e regras diferenciadas de imputação.

Como se vê, a atitude que será tomada frente às mudanças ocorridas nas sociedades e, consequentemente, na criminalidade, depende de uma escolha de política criminal.

Conclusão

As mudanças ocorridas nas sociedades, em razão do fenômeno da globalização, são inquestionáveis, pois não se trata de um simples processo, mas de uma grande rede complexa, que instituiu uma nova ordem mundial.

Saliente-se que a nova ordem mundial originária da globalização não é homogênea, mas sim uma ordem extremamente fragmentada, na qual existem bolsões de miséria, ordenamentos jurídicos diversificados, instituições políticas frágeis, dentre outros problemas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Um dos sintomas desta série de problemas vivenciados pela sociedade moderna é, inquestionavelmente, a criminalidade.

Ocorre que não se trata da criminalidade clássica, aquela para a qual a teoria clássica do direito penal e do direito processual penal foram concebidos. Trata-se de uma criminalidade transnacional cometida por uma pluralidade de agentes, que se esconde atrás de estruturas organizacionais ou de aparatos organizados de poder.

Em razão destas mudanças, a dogmática clássica do direito penal e processual penal deixou de se mostrar eficaz no combate à criminalidade, sendo necessário que passe por alterações a fim de que atinja sua finalidade de proteção aos bens jurídicos consagrados pelo ordenamento.

Neste ponto, cumpre evidenciar que não se ignora que a criminalidade possui causas complexas e que sua solução é difícil, pois passa pela necessidade de diminuição da desigualdade social.

No entanto, não se pode simplesmente ignorar a nova realidade, por apego à dogmática clássica, considerando o direito penal e processual penal como um sistema fechado, que não pode sofrer qualquer influência do mundo fático, de modo a torná-lo ineficaz em sua finalidade de proteção dos bens jurídicos.

Durante um longo processo histórico, o direito penal e processual penal sofreram diversas modificações, acompanhando os avanços da sociedade, inclusive com uma maior humanização, não podendo neste momento ignorar as transformações advindas com a globalização.

Cumpre observar, contudo, que quando se fala em modificações no direito penal e processual penal, para torna-lo mais eficaz, não significa que a persecução penal deve ser feita a qualquer custo, seguindo a linha do Direito Penal do inimigo. A violação de direitos fundamentais é inaceitável num Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, as transformações no direito penal e processual penal devem ser feitas para que estes ramos do direito se adequem à realidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

fática, cumprindo, desse modo, a finalidade de tutelar os bens jurídicos, garantindo a segurança pública que é um dever do Estado e um direito dos cidadãos, conforme preceituam os artigos 5º e 144 da Constituição Federal, mas sempre observando as garantias e direitos do criminosos.

Referências

BALTAZAR Jr., José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

COLEMAN, James William. **A Elite do Crime**: para entender o crime do colarinho branco. 5 ed., São Paulo: Manole, 2002.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal e Globalização**: reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.**Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

_____. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción: Patricia Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PUGLIESI, Marcio. **Teoria do Direito**: Aspectos Macrossistêmicos. São Paulo: Sapere Aude, 2015.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: Costa, José de Faria; Silva, Marco Antonio Marques da Silva. ***Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*** – Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOTA:

[1] tem como fundamento a idéia de que o direito penal é um instrumento normativamente aceitável e realmente eficaz de condução e contracondução, mais um meio de política interna(segurança, saúde, economia, etc). Esta ideia alijou as descrições tradicionais de objetivos: o direito penal deve fornecer proteção legal e garantir a liberdade precisamente também para aqueles que violam a lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EFETIVIDADE DA LEI MARIA PENHA

IANA PATRICIA DE MELO GOMES: Bacharelanda do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo. Servidora publica.

Liliane de Moura Borges[1]

RESUMO: É bem verdade que a violência contra a mulher existe há muitos séculos, e que nos últimos tempos tem a sociedade e o Poder Público se preocupado em mudar tal realidade. Diante disso, surge no cenário jurídico a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) com a finalidade de garantir a segurança e proteção das mulheres em todos os espaços contra qualquer espécie de violência, e na busca constante de garantir ao gênero feminino a emancipação e autonomia. O presente estudo foi concebido por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando método dedutivo, tendo como objetivo abordar a efetividade da Lei Maria da Penha e sua relação com o cumprimento do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. Trata-se de abordagem jurídica capaz de propiciar uma reflexão acerca da necessidade de dar mais efetividade a normas e à lei infraconstitucional protetiva da mulher na busca por maior igualdade e à própria dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha;Igualdade;Dignidade humana.

ABSTRACT: It is true that violence against women has existed for many centuries, and that in recent times society and the Government have been concerned with changing such reality. In view of this, Law 11.340 / 2006 (Law Maria da Penha) appears in the legal scenario with the purpose of guaranteeing the safety and protection of women in all spaces against any kind of violence, and in the constant search to guarantee the emancipation and autonomy. The present study was conceived through a bibliographical research, using deductive method, aiming to approach the effectiveness of the Maria da Penha Law and its relation with the fulfillment of the fundamental constitutional principle of the dignity of the human person. It is a legal approach capable of providing a reflection on the need to give

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

more effectiveness to the norms and the infraconstitutional law protecting women in the quest for greater equality and dignity.

KEYWORDS: Maria da Penha Law; Equality; Human dignity.

SUMARIO: 1. INTRODUÇÃO, 2 . CONCEITOS E PRINCIPAIS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER 3 .TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA 2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA 3. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 3.1EFICÁCIA DO PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 4. ASSISTÊNCIA À MULHER PREVISTA NA LEI 11.340/2006. 4.2 IGUALDADES X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 5.CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

---

1. INTRODUÇÃO

No decorrer da história as mulheres brasileiras foram vítimas de violência física e psíquica, apesar da existência de diversas normas de proteção, tais como os tratados, pactos e convenções de proteção dos direitos da pessoa humana, que possuem regras que obrigam os Estados que os aderem, a assumirem compromisso de assegurar os direitos humanos neles reconhecidos.

Das normas internacionais extraem-se determinações para adoção de medidas legislativas internas tendentes a se fazer cumprir o respeito aos direitos humanos oriundos dos tratados que têm *status* de norma constitucional. Daí a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecer como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, "a dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III).

A Lei Maria da Penha, é criada com o objetivo de fazer cumprir, no âmbito interno, compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro por ocasião da promulgação da Convenção Internacional para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará, 1994) – promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 01/08/1996).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Apesar da previsão constitucional de igualdade entre o homem e a mulher, ela é ainda vista como um ser frágil e vulnerável à violência, pois, o subjetivismo da lei não concretizou, na prática, o alcance da igualdade material dos sexos. Não há dúvida que se deixa a desejar a proteção ostensiva e repressiva do Estado contra a violência doméstica.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340), sancionada em 07 de agosto de 2006, veio para coibir a violência perpetrada contra a mulher, tornando-se como principal ferramenta legislativa na questão da luta contra a violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil.

Em termos mais genéricos, uma inovação importante da Lei Maria da Penha é que esta procurou tratar de forma integral e efetiva o problema da violência doméstica, e não apenas da imputação de uma maior pena ao ofensor. Dessa maneira, a nova legislação ofereceu um conjunto de ferramentas para possibilitar a proteção e o acolhimento emergencial à vítima, isolando-a do agressor, ao mesmo tempo que criou mecanismos para garantir a assistência social da ofendida (IPEA, 2015).

Não há dúvida que a mencionada lei representou um grande avanço no combate à violência contra a mulher, uma vez que diminuíram em 10% os assassinatos contra mulheres no Brasil, segundo dados do ano de 2015 do IPEA (Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada). Esses resultados, porém, não ocorreram de maneira uniforme no país, por causa dos diferentes graus de institucionalização dos serviços protetivos às vítimas de violência doméstica.Pelas estimativas do IPEA, destas, 500 mil são estupradas, sendo que somente 52 mil ocorrências chegam ao conhecimento da polícia. Esse fato demanda o necessário envolvimento das instituições públicas e da sociedade civil para que esse problema seja enfrentado de forma a minimizar e banir concretamente a violência contra a mulher.

O presente trabalho tem como objetivo, promover uma análise crítica sobre a efetividade da aplicação da Lei Maria da Penha frente ao postulado da dignidade da pessoa humana. Para tanto foi utilizado o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica em doutrina, e artigos jurídicos disponível na internet. Tendo como premissa conclusiva quea Lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Maria da Penha tem contribuído de maneira a se alcançar a dignidade e igualdade da mulher ainda que necessite de adequações para dar mais efetividade nas medidas protetivas nas regiões do país que ainda não se adequaram aos padrões de eficiência no combate a violência doméstica.

2. CONCEITOS E PRINCIPAIS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Para fazer uma análise da efetividade da aplicação da Lei Maria da Penha e da realidade enfrentada pelas mulheres é necessário conceituar e apontar os principais tipos de violência, enfrentados pelas mulheres, recorre-se as definições delineadas pela própria legislação.

A Convenção de Belém do Pará também denominada Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 01/08/1996 trata especificadamente da questão da violência cometida contra as mulheres apresentando uma definição formal desta como: "Qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada", OEA, 1994, Art. 1º. A Convenção se destaca ainda, por afirmar que tais violências constituem violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais e fortes obstáculos à implementação da isonomia, ao exercício pleno da cidadania, ao desenvolvimento socioeconômico e à paz social.

Em uma análise da Convenção supracitada, destaca-se os tipos de "**violência contra a mulher"** que pode ser considerada aquela conduta comissiva ou omissiva de agressão ou coerção, discriminação ocasionada pelo simples e imutável fato da vítima ser mulher e que cause a ela algum dano, morte, sofrimento físico, moral, psicológico, social, político ou econômico ou perda patrimonial. Essa espécie de violência pode acontecer tanto em lugares públicos ou privados.

Diferencia-se da **violência doméstica**. Esta ocorre em casa, no âmbito doméstico, ou em uma situação de afetividade, familiaridade e coabitação. Por outro lado não se pode deixar de anotar a **violência familiar e intrafamiliar**, que se desencadeia dentro da família, ou seja, nas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

relações entre membros familiares, formados consequentemente por parentesco natural, por afinidade ou até mesmo por afetividade. As agressões costumam ser abuso físico, sexual e psicológica, a negligência e o abandono (DIAS, 2008).

3 TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA

Entre as especificações e inovações trazidas pela Lei Maria da Penha está o conceito e a variedade de tipificações de violência. A definição legal é bem similar a já apresentada pela Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994), inserindo apenas a dimensão do dano moral ou patrimonial que um ato violento contra a mulher pode causar. Nas especificidades dos tipos de violência identifica-se um diferencial. Apesar de não ter inovado no tipo penal, detalhou muito bem as formas de violência, trazendo consequentemente um aprofundamento e uma amplificação da ideia de violência doméstica familiar contra a mulher.

Na Lei Maria da Penha, a violência física e moral são definidas brevemente: a primeira como condutas que ofendam a integridade ou saúde corporal (art. 7º, I) e a segunda como atos de calúnia, injúria ou difamação (art. 7º, V). Os demais tipos de violência, entretanto, são apresentados de maneira detalhada, permitindo, dessa maneira, mais esclarecimentos e visibilidades a tipos menos (re)conhecidos de violência no espaço doméstico e familiar (GUIMARÃES &PEDROZA, 2015).

A violência psicológica se refere aos impactos relacionados à saúde emocional, à autoestima e ao pleno desenvolvimento humano, a partir de condutas como de controle, ameaça, constrangimento, perseguição contumaz e humilhação (art. 7º, II). A definição de violência sexual (art, 7º, III) vai além de condutas que obriguem, mediante ameaça ou força, a mulher a praticar relação sexual não desejada, inclusive também a limitação ou anulação do exercício deseus direitos sexuais e reprodutivos, como forçar ao aborto ou uso de método contraceptivo (BRASIL, 2006).

Por fim, ainda existe a violência patrimonial (art. 7º, IV) que acontece a partir de condutas de retenção, subtração ou destruição de objetos, documentos, bens e valores das mulheres em quaisquer de suas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

realidades (BRASIL, 2006). É de grande valia essas tipificações mais claras trazidas pela legislação das diferentes maneiras que a violência pode se expressar nas relações conjugais e familiares e que por muito tempo não foram enxergadas como tal ou não receberam a devida atenção e cuidado, facilitando aos órgãos aplicadores do direito e às próprias mulheres o combate a quaisquer uma das modalidades apontadas.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A violência contra a mulher tem suas origens num tempo muito distante dos dias atuais. Historicamente isso se justifica pela clara situação de fragilidade e descaso da mulher na sociedade. Essa constatação como aponta Hermann (2007, p. 83) "decorre da construção de sua condição (ainda) hipossuficiente no contexto familiar, fruto da cultura patriarcal que facilita sua vitimação em situações de violência doméstica", sendo, portanto necessária a intervenção do Estado para equilibrar essa relação.

Como bem destaca Campos e Corrêa (2007, p. 99), pesquisas apontam que:

> A primeira base de sustentação da ideologia de hierarquização masculina em relação à mulher, e sua consequente subordinação, possui cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) anos, através do filósofo helenista Filon de Alexandria, que propagou sua tese baseado nas concepções de Platão, que defendia a ideia de que a mulher pouco possuía capacidade de raciocínio, além de ter alma inferior à do homem. Ideias, estas, que transformaram a mulher na figura repleta de futilidades, vaidades, relacionada tão-somente aos aspectos carnais.

Com o exposto acima se tem uma justificativa científica à superioridade masculina ao gênero feminino ao longo da história.

A despeito disso, ainda tomando por base Campos e Corrêa (2007, p.100):

> Aristóteles também explanou algumas ideias acerca desse contexto. Ele posicionou o homem com superioridade e divindade em relação à mulher, já

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> que esta se compunha como um ser emocional, desviado do tipo humano. Assim, a alma tem domínio sobre o corpo; a razão sobre a emoção; o masculino sobre o feminino.

Em meio à visão, um tanto quanto distorcida, desse grande filósofo e pensador, juntamente com a visão que a sociedade machista já tinha, ao longo dos séculos foi se mantendo uma cultura de subordinação da mulher ao sexo masculino, que mesmo com o aumento da força da mulher nos dias atuais, em alguns lugares essa visão deturpada ainda permanece.

Como se observa a mulher tem historicamente o estereótipo de um ser frágil, dona de casa e que se dedica a vida à família.Torna-se vítima de agressões do marido, na grande maioria das vezes não denuncia por medo, dependência econômica, ou até mesmo por falsas promessas de mudanças.

Já em época mais moderna e a partir da última metade do século XIX, as mulheres iniciaram a edição de jornais que salientavam a importância dos direitos femininos no Brasil, demonstrando a situação de inferioridade ocupada na época e o descaso em relação aos direitos a elas conferidos. Com isso, evidenciou-se a necessidade da educação feminina em prol delas próprias e da emancipação política pelo direito de votarem e de serem votadas. Assim, já no final do século XIX esses direitos reivindicados foram sendo obtidos paulatinamente através da inserção da mulher no mercado de trabalho (ESSY, 2017).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, na contemporaneidade, e a determinação em seu artigo 98 inciso I para a criação dos Juizados Especiais com competência julgadora dos delitos menores, o sistema processual penal passou a punir com efetividade a violência doméstica contra a mulher. Ainda que pouco difundida a necessidade de punição e inibição da violência devido à cultura patriarcal que reforça a ideia do "em briga de marido e mulher ninguém põe a colher".

A interferência do Estado na vida privada nesses casos procura certamente o equilíbrio tão pretendido pela Carta Magna da igualdade material, sem qualquer distinção de gênero. A Lei dos Juizados Especiais

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(Lei nº 9.099/1995) trouxe medidas quederam ao Judiciário maior credibilidade, como a aplicação de pena mesmo antes da discussão da culpabilidade e maior celeridade no julgamento desses casos.

Entretanto assevera DIAS (2008, p.22):

> Ainda que tenha havido uma consciente tentativa de acabar com a impunidade, deixou o legislador de priorizar a pessoa humana, preservar sua vida e sua integridade física. Ao condicionar à representação as lesões corporais leves e as lesões culposas, omitiu-se o Estado de sua obrigação de punir, transmitindo à vítima a iniciativa de buscar a apenação de seu agressor, segundo critérios subjetivos de conveniência.

O que se observa, assim, é que não é razoável exigir que a parte mais vulnerável da relação formalize representação contra aquele que é agressor. O desequilíbrio se justifica justamente por ocorrer em relações que envolvem afeto por parte de pais, filhos, maridos e companheiros contra mulheres. Os critérios subjetivos da convivência atrapalham a devida punição daqueles que se aproveitam da situação para continuar a prática nefasta da violência contra a mulher.

Os avanços na história da proteção da mulher, enquanto direito fundamental, foram muito tímidos. Em 2002 foi publicada a Lei nº 10.455 que criou uma medida cautelar penal, admitindo a possibilidade de o estado-juiz decretar o afastamento do agressor do lar conjugal nos casos de violência doméstica.

Já em 2004 a Lei nº 10.886 acrescentou um subtipo ao delito de lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, com aumento de pena mínima de três para seis meses de detenção. Apesar disso os processos ainda tramitavam no Juizado Especial Criminal com fulcro na Lei 9.099/95, como a questão da dispensa do flagrante se o autor se comprometesse a comparecer no Juizado, a transação penal, concessão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

de *sursis*, aplicação de penas restritivas de direitos e ainda por cima no caso de lesão leve a ação dependeria de representação da parte.

Tudo isso corroborou para que a tão esperada mudança do processo penal brasileiro com relação a esses delitos fosse praticamente pífia. Em muito bom momento entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006 a Lei nº 11.340 que criou mecanismos para inibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

As novidades trazidas pela Lei Maria da Penha sem dúvidas foram significativas para alcançar melhorias no combate à violência contra o gênero feminino. Dentre as alterações está a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal (art. 14); o acompanhamento da vítima por seu advogado na fase policial ou judicial (art. 27), sendo também assegurado o acesso à assistência judiciária gratuita e da Defensoria Pública (art. 28); permite a prisão preventiva do ofensor (art. 20), dentre outras medidas que serão oportunamente analisadas neste trabalho.

No dia 09 de março de 2015 foi sancionada a Lei 13.104, incluindo a figura do Feminicídio no Brasil, não se trata este instituto de outra coisa senão uma qualificadora do crime de homicídio. O crime é o mesmo o que tem de diferente é a qualificação em decorrência da morte por força do gênero ou menosprezo ou discriminação à mulher.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça ao tratar do descumprimento das medidas protetivas específicas da Lei Maria da Penha conclui que não se configura crime de desobediência, é o que se extrai da ementa do julgado do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.651.550 - DF (2017/0021881-5):

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 330 DO CP. DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. CONDUTA ATÍPICA. EXISTÊNCIA DE SANÇÕES ESPECÍFICAS NA NORMA DE REGÊNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> que o crime de desobediência é subsidiário, configurando-se apenas quando, desrespeitada ordem judicial, não existir sanção específica ou não houver ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal. 2. Considerando-se a existência de medidas próprias na Lei n.º 11.340/2006 e a cominação específica do art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal, o descumprimento de medidas protetivas de urgência não configura o crime de desobediência. 3. Agravo regimental a que se negaprovimento.

Por outro lado, apesar do Superior Tribunal de Justiça entender não se tratar de crime de desobediência, o Poder Legislativo editou recentemente a Lei nº 13.641/2018 que tipificou, pelo acréscimo do artigo 24-A à Lei Maria da Penha, o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, cominando pena de detenção de três meses a dois anos ao descumprimento da decisão judicial de deferimento independentemente da competência civil ou criminal do juiz.

Ponto que vale destacar dessa nova lei que tipificou o crime de descumprimento das medidas protetivas é a hipótese de prisão em flagrante do delito em comento, caso em que a fiança somente poderá ser concedida pela autoridade judicial. Isso revela a intenção de dar maior efetividade a própria Lei com a punição pelo descumprimento das medidas protetivas impostas

Diante de toda evolução que a sociedade vem sofrendo, inclusive no próprio conceito de família, a violência contra a mulher acaba se tornando cada vez maisevidente. Nenhum tipo de ato discriminatório de gênero deve ser aceito, mas sim deve ser constantemente punido, inclusive com penas mais severas e medidas mais eficazes contra os agressores que se encontram camuflados nos seios familiares sob o manto da afetividade e amor familiar.

3 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A análise sobre a violência contra a mulher não pode deixar de permear as nuances da grave violação a dignidade humana. A dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da República Federativa do Brasil, conforme seu artigo 3º, inciso III.

Para alguns doutrinadores a isonomia é a principal garantia constitucional, e certo, ela é fundamental. Entretanto, como bem assevera e afirma NUNES (2002, p. 45), "o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana".

O equilíbrio que se busca na isonomia nada mais serve para garantir a dignidade humana, tendo em vista a consequência última deste princípio dentro do sistema jurídico. Na interpretação e aplicação das leis, deve ser observado o comando de preservação da dignidade humana, sendo esta a direção certa a ser tomada pelos aplicadores e operadores do Direito. Muito bem esclarece 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.

A experiência histórica levou as nações, de modo geral, a desenvolver e valorizar o princípio da dignidade humana. Levando em conta todas as violações sofridas durante a história, ele surge como uma forma de luta e combate a elas, através das medidas de proteção estabelecidas em lei.

A dignidade nasce como o ser humano. O indivíduo é digno porque é humano. Vale ressaltar que a vivência na sociedade faz o indivíduo ganhar mais direitos a dignidade, uma gama de aspectos da vida humana social passa ser protegida por esse direito. NUNES (2002, p. 49) pondera:

> Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> contexto, sua dignidade ganha – ou, como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade –, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.

É por essa razão que não pode o indivíduo sofrer nenhum tipo de discriminação de espécie alguma, pois o direito a dignidade já existe só pelo fato de ser humano. 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. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa.

A dignidade humana encontra limite na dignidade do outro. A qualidade social que se atribui a dignidade exige que não haja ferimentos nem a um nem ao outro, sob pena de se perder o real sentido do bem estar social, de uma concepção do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão o princípio da dignidade da pessoa humana é plenamente aplicável ao caso de proteção a integridade física, moral, psicológico da mulher. Trata-se de uma norma-princípio capaz de fundamentar a inibição da prática de atos de violência ao sexo feminino.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3.1EFICÁCIA DO PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como abordado anteriormente o princípio da dignidade humana se revela também como norma jurídica. Dessa maneira é necessário ter sua eficácia analisada, uma vez que em se tratando de norma cogente deve sim possuir eficácia dentro do ordenamento jurídico capaz de fazer cumprir seu postulado.

É interessante destacar que os princípios, de modo geral, não apresentam medidas de caráter proibitivas ou permissivas. Eles são normas que exigem cumprimento, mas o seu desrespeito direto não causa uma punição propriamente dita. Apesar disso, qualquer ato que infrinja um princípio fundamental está sujeito à nulidade. Cada ramo do direito procura medidas para coibir tais ofensas, e se percebe no direito penal especial que trata da proteção dos direitos da mulher.

Nas palavras de SARLET (2010, p. 164):

> ...é imprescindível que se outorgue ao principio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas e, quando estas se fizerem inadiáveis, que tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja (ou, pelo menos, que venha estar) a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade.

Assim a dignidade humana deve ser vista como o mínimo para a existência do ser humano, e que deve ter eficácia na sua aplicação. O Estado tem o dever de observar, proteger e garantir a dignidade humana; isso não envolve apenas bens de ordem patrimonial ou apenas a integridade física, mas também a integridade moral, sentimental, psíquica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É dever do Estado a garantia da dignidade da pessoa humana como uma qualidade inata a todo ser humano, não considerando o que cada um entenda por digno e, na verdade, no que é digno para o ser humano de modo geral. Diante disso uma norma ou princípio para que se possa estabelecer sua eficácia na ordem jurídica é preciso que se analisem dois aspectos distintos de eficácia: social e jurídica.

A eficácia social pode ser percebida através da percepção da conduta da sociedade em consonância com a previsão normativa. Já a eficácia jurídica está relacionada com a capacidade de alcançar os objetivos da norma, que se revela nos efeitos causados e pela aplicabilidade da norma frente à conduta do indivíduo.

A forma como determinada sociedade se comporta frente à norma se relaciona com sua efetividade. São dois os fatores que devem ser levados a reflexão: o comportamento da sociedade e a maneira como o Estado exige da sociedade o cumprimento da norma. O que se observa que em relação ao princípio da dignidade humana o Estado não impõe uma punição para o seu descumprimento, mas utiliza o mesmo para declarar a nulidade de atos que o afrontem e até mesmo para inibir a prática desses atos.

A dignidade como valor fundamental reconhece e protege os direitos fundamentais. Consequentemente, negar eficácia e o reconhecimento dos direitos fundamentais às pessoas, é o mesmo que lhes negar a dignidade. É "indissociável a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certa, um dos postulados, nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo" (SARLET, 2010, p. 26).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana deve sim possuir aplicabilidade e ser dotado de toda eficácia para coibir a edição de normas e regras que violem os direitos da mulher. Para isso é preciso que ele sirva de parâmetro para conduzir medidas que não tenham apenas caráter punitivo, mas sim coercitivo com o fim derradeiro de melhorar a essência humana, proteger as mulheres como elas são e garantir-lhes uma vida digna.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

4. ASSISTÊNCIA À MULHER PREVISTA NA LEI 11.340/2006

Na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), está estabelecido um rol de medidas a serem tomadas pelos agentes responsáveis pela proteção e pelo julgamento dos atos envolvendo a violência doméstica e familiar, com o objetivo de assegurar às vítimas o direito de uma vida sem violência. O doutrinador NUCCI (2009, p. 1181), destaca ainda que "são previstas medidas inéditas, que são positivas e mereceriam, inclusive, extensão ao processo penal comum, cuja vítima não fosse somente a mulher", o que de fato ocorreu com as modificações das medidas cautelares do Art. 319 do Código de Processo Penal, com base na Lei 12.403/2011.

Na Lei ora em comento,são encontrados em diversos dos seus dispositivos medidas voltadas a proteção da vítima. O que é perceptível é que a incumbência de coibir o agressor e garantir a segurança patrimonial da vítima da violência doméstica e familiar está a cargo da polícia, do juiz e do Ministério Público, devendo estes agir de modo imediato e eficiente.

Com fito na obediência ao mandamento constitucional ao Ministério Público – quanto à defesa do regime democrática, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e de toda a ordem jurídica – a Lei n.° 11.340/2006 previu em seu texto a participação efetiva deste órgão das mais diversas formas.

Conforme Santana (2010, p. 107) a ação ministerial se funda nos mesmos motivos de vivência da Lei Maria da Penha, que são o Estado Democrático de Direito, os Direitos Humanos e os Direitos e Garantias Fundamentais, tendo a lei específica buscado justificar a sua existência no sistema jurídico brasileiro.

A Lei Maria da Penha contém um grande número de mandamentos legais, como abaixo será descrito, que abordam a questão das políticas públicas, direcionados aos mais diversos agentes colaboradores da luta pela erradicação da violência doméstica, dos quais também faz parte o Ministério Público.

Assim age o Ministério Públicoà aplicação da lei, integrando-se operacionalmente com o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e as áreas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação (artigo 8°, I, Lei n° 11.340/2006).

Também pode celebrar convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 8°,VI, Lei n° 11.340/2006).

É necessário ter uma integração operacional como afirma Cunha e Pinto (2008, p. 68 e 69) que a ausência desse pensamento uno (a integração entre os órgãos) é o maior responsável pelo fracasso do combate à criminalidade. A cisão entre os diversos seguimentos da segurança pública, entre Poder Judiciário e Ministério Público, é causa determinante para impedir a eficácia do serviço público que prestam. A Lei Maria da Penha objetivou, através da imposição de comunhão, fazer com que os agentes governamentais e não governamentais se apoiassem em prol do combate à violência.

O Ministério Público representa uma instituição muito importante no combate a violência contra a mulher na medida em que atua na proteção e resguardo da ordem jurídica e concretização do seu mister constitucional de tutelar os direitos sociais e indisponíveis.

Passando então para as medidas de proteção da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), estão elencadas em seus artigos 22, 23 e 24da Lei. O artigo 22 da referida lei prescreve:

> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

A primeira atitude a ser, como bem alerta DIAS (2007, p. 78), tomada pela autoridade policial, após a denúncia é a suspensão da posse ou restrição do porte de armas do agressor, com o fim de evitar uma tragédia ainda maior, com comunicação ao órgão competente nos termos da Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003.

Cabe ainda salientar que, de acordo com NUCCI (2009, p. 1181), quando "as medidas de urgência previstas na lei não forem cumpridas pelo agressor, ao ter conhecimento do juiz este deve requisitar a força policial, com a finalidade de sanar a ocorrência".

O artigo 23 da referida Lei preocupou-se com a proteção das vítimas, trazendo medidas protetivas de urgência.

> Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

As medidas de proteção às vítimas da violência doméstica e familiar podem ser determinadas pelo juiz competente, ou ainda pela autoridade policial, ressaltando que o Ministério Público também tem esse dever, por se tratar de um serviço público de segurança, mesmo que administrativamente (DIAS, 2007 p. 83).

BITTENCOURT CANO (2016, p. 110) salienta que não se pode restringir a medida de separação de corpos aos casos de cometimento de crimes, e de fato isso se justifica porque em muitos casos ocorre a violência moral que não deixa de ser uma forma de violência e um ato que deve ser repudiado pelos aplicadores da lei protetiva do gênero feminino. Além do mais não cabe ao intérprete da lei dar interpretação restritiva do previsto na norma protetiva.

É possível ainda a decretação da prisão preventiva do agressor, que podem ser de duas ordens. Uma é a previsão do art. 20 da Lei Maria da Penha e a outra do art. 313, III do Código de Processo Penal. A primeira prisão está voltada para a garantia processual ou a própria sociedade, enquanto a segunda disposição de prisão está relacionada com a efetivação das medidas protetivas.

Sendo a primeira espécie de prisão preventiva da Lei em comento necessária para garantir a proteção do meio social, muito bem esclarecedoras às palavras de BITTENCOURT CANO (2016, p. 136):

> Dessa forma, resta claro que a prisão preventiva, decretada para a garantia da ordem pública, não visa apenas acautelar o processo, mas sim o próprio meio social, sendo certo que, a a partir dessas considerações, é possível se chegar à clara conclusão de que é plenamente válida a cautelarem razão da premente necessidade de se assegurar credibilidade da população nas instituições diretamente envolvidas nas atividades de segurança e na repressão da criminalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Apesar de existir previsão expressa no Código de Processo Penal no art. 313 inciso III da prisão preventiva com a finalidade de garantir a efetividade das medidas protetivas, a Lei Maria da Penha em seu art. 42prevê a prisão para assegurar a execução das medidas, acrescendo o inciso IV ao ora art. 313. O referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.403/11, a fim de ampliar a proteção não somente à mulher mais a outros vulneráveis como idosos, crianças, enfermos e pessoas com deficiênciaque venham sofrer violência doméstica.

A Lei Maria da Penha também prevê, em seu artigo 24, a concessão de medidas protetivas na esfera patrimonial, uma vez que a violência também contra a mulher pode acontecer nessa seara:

> Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

BITTENCOURT CANO (2016, p. 121) esclarece muito bem que em relação à consideração do que é para a Lei Protetiva ora em comento deve se entender por um conceito mais amplo, em um sentindo lato, envolvendo os bens estritamente considerados como também as coisas. Justifica o autor:

> Isto porque, existem coisas que, durante a tensa, ou seja, a situação de conflito, podem surgir e, sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> eles, a mulher também há de ter direito, podendo inclusive pedir a restituição ou emissão na posse. A descoberta de um tesouro, por exemplo, em que o marido se negue a reconhecer o direito da mulher, pode ser alvo desta medida, pois assim como o conceito de bens é ampliado, também o é o comportamento de subtrair, englobando outros verbos, como é o caso de desviar, apropriar-se ou não colacionar.

Já em relação à proibição temporária de comprar, vender ou alugar propriedade comum prevista no inciso II se pode perceber que o legislador disse menos do que deveria dizer, uma vez que não faz sentido munir o juiz de exigir a legitimação por ordem judicial em alienações ou outras disposições onerosas dos bens comuns, deixando a livre arbítrio do agressor a alienação de forma gratuita causando prejuízos à mais ofendida. Ora se a lei veda simplesmente de forma onerosa, pode muito bem ele dispor gratuitamente dos bens dolosamente para prejudicar à vítima da violência.

Em relação ao inciso III do artigo 24 da Lei Maria da Penha é uma medida de extrema importância por se tratar de mandato outorgado por parte da vítima ao agressor. A outorga de poderes se faz a quem se confia que irá exercer em seu nome fielmente e nos seus interesses aqueles poderes. Nesse caso a decretação pelo magistrado da suspensão de procurações pode evitar prejuízos inimagináveis à vítima, o que muito bem louvável esse medida protetiva prevista pela Lei.

A medida acauteladora prevista no inciso IV do referido artigo garante a satisfação de um direito que venha a ser reconhecido em demanda judicial a ser proposta pela vítima, determinando o depósito judicial de bens e valores. Essas medidas podem ser formuladas perante a autoridade policial, uma vez que são meramente extrapenais (DIAS, 2007 p. 91).

Por fim percebe-se que todas essas medidas visam proteger o gênero feminino das possíveis agressões que pode vir sofrer dentro do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ambiente familiar ou fora dele. A Lei Maria da Penha traz em seu bojo um função de garantir a segurança e proteção da mulher em diversos espaços e garantir a concretização do direito fundamental maior que é o princípio da dignidade humana. Muito bem definida a função da Lei protetiva por BITTENCOURT CANO (2016, p. 1):

> A Lei 11.340/06 reconhece a obrigação do Estado em garantir a segurança das mulheres nos espaços público e privado ao definir as linhas de uma política de prevenção e atenção no enfrentamento da violência doméstica ou familiar baseada no gênero, rompendo com a lógica da hierarquia de poder dentro de uma sociedade machista e dotando as mulheres de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito doméstico, familiar e social, a fim de garantir sua emancipação e autonomia.

Logo em busca não somente da emancipação e autonomia das mulheres deve a Lei Maria Penha servir como base e pilar para se atingir o direito fundamental a vida digna, uma vez que protegendo tal princípio se cumpre também o postulado da igualdade expressamente previsto em nossa ordem constitucional e que obrigado o Estado em garantir e efetivamente buscar tal finalidade.

4.2 IGUALDADES X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como anteriormente abordado, a violência contra a mulher se traduz invariavelmente no decorrer da história. Um grande questionamento surge a respeito da igualdade quanto ao tratamento diferenciado entre os gêneros, isso também vai defronte ao princípio da dignidade da pessoa humana. É uma linha tênue que leva ao pensamento que se revela na indagação sob até que ponto estaria ferindo o postulado da igualdade constitucional tendo como fundamento a garantia do cumprimento do princípio fundante da ordem jurídica da dignidade humana.

O princípio da dignidade humana deve ser visto como um dever social do Estado. É um verdadeiro supraprincípio que irradia sua luz para os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

demais princípios, inclusive o da igualdade, normas constitucionais e infraconstitucionais. Não é dotado apenas de aspecto abstrato, mas contrariamente deve ser aplicado concretamente e em todos os demais princípios e normas. Não há como se pensar em igualdade se se desrespeitar a dignidade humana.

Diante disso, a Lei Maria da Penha surgiu na ordem jurídica com o papel, louvável, de estabelecer a concretude da igualdade material, mas, sobretudo para consumar o postulado da dignidade humana. A desproporção que existe entre o homem e a mulher é decorrente da natureza própria de cada gênero, e por ser ao longo da história o gênero feminino considerado frágil, exige postura concreta e eficiente do Estado e da sociedade em combater qualquer tipo de violência e trazer a proporcionalidade de tratamento jurídico e social às mulheres.

As palavras de STRECK (2011, p. 100) confirmam bem essa necessidade por parte do Estado de prestar uma proteção eficiente aos direitos fundamentais no que se refere à violência contra a mulher:

> A feitura de uma lei – que garante um agir rápido do Estado em face da violência doméstica – é uma exigência constitucional. Trata-se da garantia da proteção da integridade física e moral da mulher. Não esqueçamos que, na contemporaneidade, além do princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), que serve para proibir o Estado de punir com exageros, há também o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), que obriga o Estado (legislador, judiciário, Ministério Publico) a proteger os direitos fundamentais. Há hipóteses em que o Estado, ao não proteger o bem jurídico (inclusive via direito penal), estará agindo (por omissão) de forma inconstitucional.

A proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado e de toda a sociedade é necessária. É regramento que precisa ser obedecido sob pena de ferir o postulado da dignidade humana bem como o da igualdade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

constitucional. Toda vez que o Poder Judiciário, ou qualquer outro órgão responsável, na interpretação e aplicação da Lei Maria da Penha deixa de buscar a efetivação das medidas protetivas e não buscar coibir a violência contra a mulher está comentando um ato inconstitucional.

A busca pela proporcionalidade entre os gêneros advém do princípio da dignidade. Ora, se se proporciona tratamento desigual na medida de sua desigualdade, está se concretizando a dignidade daquele que se encontra na condição de desigual. NUNES (2002, p. 55) afirma:

> Como o mais importante princípio constitucional é o da dignidade, é ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios, e, via de consequência, é nela – dignidade – que a proporcionalidade se inicia de aplicar. Mas, também, quando se tratar de examinar conflitos a partir do princípio da igualdade, o da proporcionalidade estará presente.

Considerar o princípio da dignidade como sendo o mais importante não fere em nada o princípio da igualdade. Pelo contrário, através da busca constante pela igualdade se chegará à concretização da dignidade humana. O gênero feminino merece que o Poder Estatal reveja a balança da justiça na busca pela verdadeira igualdade de pesos, estes entendidos como direitos dentre de uma sociedade ainda machista e preconceituosa.

É preciso que na aplicação da Lei Maria da Penha, como um instrumento equalizador de desigualdades, seja conferida maior amplitude e fundamento à dignidade de todas as mulheres que sofrem os diversos meios de violência. O princípio da dignidade humana tem sua aplicação como norma cogente, e o próprio direito geral de igualdade fundamentam essa necessidade. Esclarece muito bem SARLET (2010, p. 87):

> Também o direito geral de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.

Esse direito garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU da igualdade de dignidade reflete muito bem na proteção da mulher. Não se pode tratar a dignidade do gênero feminino com desprezo e diferença sob pena de ferir o princípio da igualdade, e gerar consequentemente desigualdades, bem como o princípio maior da dignidade do ser humano.

Para que se concretize a verdadeira igualdada entre homem e mulher como preconiza a Constituição Federal de 1988, seja ela no aspecto formal ou material é fundamental que haja respeito e proteção constante da integridade física e emocional (psíquica) da mulher. É deixar de lado as concepções de que o homem é mais valioso e que a mulher deve sempre se submeter a todo o seu comando, e que ela não pode ter e nem deve ter opinião própria e conduzir sua vida como bem entender.

A Lei Maria da Penha é um instrumento que tem contribuído muito para alcançar maior efetividade na proteção da mulher frente às atitudes violentas que a sociedade às impõe. Mesmo que ainda tímida, em muitos aspectos de sua aplicação, tem colaborado para deixar de lado a dicotomia entre as igualdades e desigualdades de gênero e a concretização da dignidade humana feminina.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher se manifesta de diversas formas. Todo tipo de agressão ou conduta omissiva ou comissiva que cause discriminação e sujeite o gênero feminino a dano, sofrimento físico, moral, psicológico, social, político, econômico ou alguma perda patrimonial.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que o conceito e os tipos de violência, seja ela doméstica ou não, tem uma grande abrangência e exige por parte de quem combate a violência um trabalho árduo para minimizar em todas as áreas os abusos cometidos.

A análise da evolução histórica revela a violência contra a mulher como algo que remonta a muitos séculos passados. No decorrer da história, de modo especial no Brasil, a legislação evoluiu no sentido de se dar maior efetividade a punição das condutas agressoras, bem como inibir a prática da violência. O grande marco dessa história se encontra na Lei Maria da Penha que é o divisor de águas do tratamento jurídico ao combate da violência contra a mulher.

Fica evidente a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa e da igualdade, que também se revela na proporcionalidade, na aplicação cogente desses postulados fundamentais na luta contra a violência contra a mulher. Não se pode alcançar a verdadeira dignidade da mulher senão se propiciar a concretização da igualdade material e formal garantidas pela Constituição Federal de 1988. A dicotomia entre as igualdades e a dignidade humana revela que a primeira é um pilar que leva ao alcance da segunda.

Por fim, os mecanismos e assistências previstas na Lei Maria da Penha são instrumentos capazes de se aproximar ainda mais do ideal de dignidade da pessoa humana, em especial do gênero feminino. É dever do Estado oferecer efetividade na aplicação das medidas capazes de erradicar a violência ou ao menos diminui-la, uma maneira possível se alcançar tal mister seja o aumento da punição para os descumpridores das medidas protetivas e instrumentos como a impossibilidade de concessão de fiança por autoridade policial e até mesmo um acompanhamento mais detalhado das medidas concedidas, caso de seu cumprimento e descumprimento, em prol da diminuição da violência contra a mulher.

A muito ainda que se lutar pelos direitos da mulher, em especial o respeito e igualdade de tratamento. A violência, em todas as suas facetas, existente na sociedade precisa ser destruída. Mas de tudo uma constatação pode ser feita: a Lei Maria da Penha é e está sendo uma maneira de se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

alcançar a dignidade e igualdade da mulher ainda que necessite de adequações para dar mais efetividade nas medidas protetivas. Aí está a relação intrínseca entre a Lei protetora das mulheres e os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2018.

_____. Decreto-Lei nº 1.973, de01deagostode 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994 – Brasília: Congresso Nacional, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em 10/03/2018.

_____. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099. htm>. Acesso em: 10/03/2018.

_____.**Lei no 10.455, de 13 de maio de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10455.htm. Acesso em: 10/03/2018.

_____.**Lei no 10.886, de 17 de junho de 200**4. Disponível em: . Acesso em: 10/03/2018.

_____.**Lei no 11.340, de 07 de agosto de 200**6. Disponível em: . Acesso em: 10/03/2018.

_____.**Lei no 13.104, de 09 de março de 20**15. Disponível em: . Acesso em: 10/03/2018.

_____.**Lei no 13.641, de 03 de abril de 2018**. Disponível em: . Acesso em: 20/05/2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

_____.Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.651.550 - DF (2017/0021881-5). Relator: MUSSI, Jorge. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1593778&num_registro=201700218815&data=20170505&formato=PDF. Acessadoem 20.05.2018.

CAMARGO, A. L. Chaves de. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres.** Curitiba: Juruá, 2007.

CANO, Leandro Jorge Bittencourt Cano; FILHO, Mário Rubens Assumpção. **Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06): Dez Anos de Vigência – Avanços e retrocessos, sob o ponto de vista da prática forense e da justiça restaurativa (inclui abordagem da Lei do Feminicídio)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça:** A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ESSY, Daniela Benevides. ***A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos*. ConteudoJuridico, Brasilia-DF: 26 jul. 2017**. Disponivel em: . Acesso em: 17 abr. 2018.

GUIMARÃES, M. C. &Pedroza, R. L. S. **Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas**. Brasília-DF: Unb, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>. Acesso em 17 abr. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar, considerações à lei n. 11.340-2006, comentada artigo por artigo**. Campinas: Servanda, 2007.

Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada – IPEA. (2015). **Ipea apresenta dados sobre Lei Maria da Penha em audiência no Senado**. Disponível em:http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25248&catid=8&Itemid=6;. Acesso em 07 maio de 2018.

Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada – IPEA. (2015**). Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha - Texto para discussão**. Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24606&catid=344&Itemid=383>. Acesso em 07 de maio de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, 1956 – **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**/Rizzatto Nunes. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTANA, Gessinaldo de Aragão. Violência doméstica e atuação do Ministério Publico. **Revista do Ministério Publico Estadual do Pará**. Belém, ano V, v. 1, p. 103-115, dez. 2010. Disponível em: >. Acesso em 20 de maio de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais- na Constituição Federal de 1988**. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SINA, Amalia. **Mulher e trabalho: o desafio de conciliar diferentes papéis na sociedade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

STRECK, Luiz Lenio, Lei Maria da Penha no Contexto do Estado Constitucional: Desigualando a Desigualdade Histórica, s/d. Disponível em:. Acessado em 07 de maio de 2018.

Organização dos Estados Americanos - OEA. (1994). **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Acesso em 17 de abril, 2018, em .

NOTA:

[1]Liliane de Moura Borges. Mestre em Ciências Ambientais pela PUC GO, Especialista em Direito do Consumidor pela UCAM, Graduada em Direito pela PUC GO, professorade ensino superior na Faculdade Serra do Carmo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O VALOR JURÍDICO E A EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS NA AÇÃO MONITÓRIA APÓS O ADVENTO DO NOVO CPC

BRUNA PRISCILLA ALVES DA SILVA: Bacharelanda do curso de Direito pela Faculdade Católica do Tocantins. Estagiária do Ministério Público Federal/Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES

(Orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo trata da admissibilidade de documentos eletrônicos como meio de prova na Ação Monitória após o surgimento do Código de Processo Civil de 2015. O novo CPC aduz que, a utilização de documentos eletrônicos no processo dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei, mas que o magistrado deverá apreciar o valor probante do documento eletrônico quando este não tiver sido submetido a essa conversão. Desse modo o presente artigo traz como problema de pesquisa se os documentos eletrônicos, em suas diversas modalidades, podem servir de subsídio para o ajuizamento da ação monitória. A metodologia utilizada neste trabalho foi o método dedutivo. O tipo de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. Foram realizadas diversas pesquisas, às leis, doutrinas e jurisprudências sobre o tema em estudo. Conclui-se que há valor jurídico e eficácia probatória nos documentos eletrônicos em sua forma original, inclusive o uso de e-mails ou whatsapp, como como meio de prova escrita no procedimento monitório, diante o ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Ação Monitória; Documentos eletrônicos; Processo Civil; Prova escrita; Whatsapp.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. AÇÃO MONITÓRIA 2.1 PRINCIPAIS REGRAS DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO 2.2 O CONTRADITÓRIO NA AÇÃO MONITÓRIA 2.3 SENTENÇA DA AÇÃO MONITÓRIA 3 DOCUMENTOS ELETRÔNICOS NO CPC/2015 4 HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DOS

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é algo dinâmico, ou seja, a evolução é constante. Sendo assim, se o Direito tem por objeto regular os as relações entre indivíduos, seus hábitos e atividades sociais, esse deve necessariamente acompanhar qualquer evolução, de forma a alterar ou dar novas interpretações às regras legais já existentes, garantindo a segurança e a estabilidade nas relações jurídicas que por ventura os indivíduos estabeleçam.

Uma grande e recente evolução é a que se pode denominar de era eletrônica ou digital, em que surgiram as facilidades proporcionadas pelos computadores, redes de internet e as redes sociais.

Com o advento dessas facilidades, tem-se um novo mundo, um novo meio de comunicação, novas formas para as relações jurídicas e comerciais na sociedade, dotadas de praticidade e economia de tempo e dinheiro, o que logo despertou intenso interesse de todos.

Devido a esse avanço da tecnologia e da própria sociedade como um todo, muitos conceitos necessitaram ser alargados, bem como o de Documento, que é um dos objetos de estudo.

Um documento tradicional é formado por átomos que, juntos, formam uma coisa que, captada pelos nossos sentidos nos transmite uma informação.

Já um documento eletrônico, é uma sequência de bits que, captada pelos nossos sentidos com o uso de um computador e um software específico, nos transmite uma informação.

Outrossim, o conceito tradicional de documento há de ser ampliado a fim de que se amolde às inovações tecnológicas já incorporadas ao nosso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

cotidiano e atento a essa necessidade de adequação do avanço tecnológico ao Direito já firmado.

Este artigo busca explanar sobre o conceito de Documento Eletrônico e requisitos para que possa ter validade jurídica e eficácia probatória dentro da Ação Monitória.

Pois, diante de toda essa evolução tecnológica que traz uma dependência que atinge diretamente a prática forense, não dá para se anular da problemática que bate à porta jurídica atualmente

Todos os magistrados, advogados públicos ou privados, analistas e demais serventuários do poder judiciário não poderão se esquivar de se adequar a esse mundo tecnológico do século XXI.

Exemplo claro disso é quando ocorre uma queda de energia ou de rede, todo o trabalho fica paralisado, não há como produzir sem um computador e/ou uma rede de internet.

Assim como é clarividente a dependência dos meios eletrônicos para a execução da prática forense, também o é na vida cotidiana em geral.

Praticamente tudo o que a sociedade faz nos dias de hoje, depende direta ou indiretamente de um meio eletrônico, seja ele um computador, um leitor de código, uma máquina de cartão ou celular.

E todos esses afazeres, decorrem em atos e fatos jurídicos ou não, quando estes são jurídicos, surge a necessidade de respaldo legal e comprovações para que haja uma segurança nesses atos.

Porém, é inexigível que o Direito acompanhe a evolução social, econômica e, também, a tecnológica, em tempo real, haja vista toda a morosidade a qual circunda o ordenamento jurídico.

Desta feita, o revolucionário impacto tecnológico que nos atingiu há menos de duas décadas, ainda não pôde ser plenamente configurado aos moldes processuais brasileiros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Ressalta-se que não só o Brasil se encontra nesta fase de ajuste com a nova realidade, inúmeros países também estão caminhando nessa estrada.

Ainda assim, afirma-se ser possível desde já a utilização de documentos eletrônicos como prova no processo civil e na Ação Monitória, pois para isso, nenhuma afronta é feita ao sistema jurídico do Brasil.

Todavia, algumas cautelas ou formalidades a mais haverão de ser tomadas, enquanto não houver disposição legal específica. Porém, nada que possa efetivamente impedir a utilização destes como meio de prova no processo.

A metodologia utilizada neste trabalho foi o método dedutivo. O tipo de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. Foram realizadas diversas pesquisas, às leis, doutrinas e jurisprudências sobre o tema em estudo.

O trabalho se justifica por tratar de um tema que, considerada sua relevância e transcendência política, social, econômica e jurídica, é extremamente atual e tem repercussão geral, ou seja, transborda os limites da causa, a ponto de representar um ganho não apenas à autora, como a sociedade em geral, tendo em vista que não há como fugir da problemática que bate à porta do universo jurídico frente a toda essa evolução tecnológica que atinge diretamente a prática forense.

2. AÇÃO MONITÓRIA

A Ação Monitória é aquela cujo, segundo o art. 700 do CPC/2015, será proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor o pagamento de quantia em dinheiro, a entrega de coisa fungível/infungível ou de bem móvel/imóvel ou o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Costuma a doutrina afirmar que a particularidade principal do procedimento monitório é a chance que o credor tem de abreviar o iter processual para a conquista do título executivo. Nas palavras de Fredie Didier:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> A ação monitória foi inaugurada entre nós pela Lei n° 9.079/95. Trata-se de verdadeira forma de tutela jurisdicional diferenciada, cujo objetivo principal é dar solução efetiva, prática e rápida à crise de crédito, desde que o credor esteja amparado por prova escrita sem força executiva, visando, entre outros objetivos a economia do tempo, imputando ao pretenso devedor o ônus de instaurar a discussão judicial sobre o crédito [...]. (DIDIER, 2015, p. 667)

Essa ação existe de duas formas, a pura, em que basta um juízo de veracidade das alegações do autor, e a documental, que é a forma adotada pelo Direito brasileiro.

Na documental, há obrigatoriedade da apresentação de provas documentais, denominada de prova escrita.

Essa prova escrita, tem que ser sem eficácia de título executivo, caso contrário, ensejaria a propositura por outra via que não uma ação de procedimento especial, como a Monitória.

Ocorre que, nem o CPC/73 e nem o CPC/2015, conceituaram o que seja essa prova escrita sem eficácia executiva, ficando a cargo da Doutrina e Jurisprudência tal elucidação.

O título consubstancial do débito, deve ser um documento que não se tenha dúvidas concretas de sua certeza, legitimidade e exigibilidade, dando ao Magistrado, a visualização de pronto de que o devedor não terá o que contestar, tão somente efetivar o pagamento do valor cobrado, ou realizar a ação desejada ou ainda, abster-se da execução de alguma ação.

Dando ensejo à decisão do Juiz sem prévio contraditório, ficando a critério do demandado a instauração desse. Como entendem Luis Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero em seu livro Curso de Processo Civil:

> O legislador infraconstitucional concebe o procedimento monitório como técnica destinada a propiciar a aceleração da realização dos direitos e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> assim como instrumento capaz de evitar o custo inerente à demora do procedimento comum. Partindo da premissa de que um direito evidenciado, mediante prova escrita, em regra não deve sofrer contestação, o procedimento monitório objetiva, através da inversão do ônus de instaurar a discussão a respeito da existência ou inexistência do direito, desestimular as defesas infundadas e permitir a tutela do direito sem as delongas do procedimento comum. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 177)

De acordo com o autor citado, por ser o âmago do procedimento monitório a abreviação do processo até se obter um título executivo, é desejável que essa prova apresentada tenha valor probatório suficiente para desestimular defesas fundadas em embromação, evitando as delongas que são próprias do procedimento comum, mas descabidas no procedimento especial.

Como exemplo de prova, podemos citar alguns, como uma conta de telefone, água ou energia elétrica, uma declaração unilateral, título cambiário prescrito, guias de contribuição sindical, cartas, bilhetes, e-mails, dentre outras opções, desde que transpareçam uma obrigação certa, líquida e exigível.

Ressalta-se que, o documento que é chamado pelo CPC/2015 de prova escrita, não tem que ser necessariamente originalmente escrito.

Como esclarece o art. 700, §1º, que será considerada a prova oral documentada, produzida antecipadamente, na forma do art. 381.

Ademais, esclarece-se que, apesar de desejar que seja uma prova dotada de certeza, exigibilidade e liquidez, para a admissibilidade da ação monitória, não é imprescindível que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, ainda que emitido pelo próprio credor, contanto que, por meio do prudente exame do juiz, se obtenha a probabilidade acerca do direito afirmado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A essência dessa ação é exatamente abreviar o caminho até a formação de um título executivo, para as situações em que há forte aparência da razão do alegado pelo autor.

O fim da Ação levará à expedição de um mandado monitório, fazendo com que o documento apresentado tenha cunho executório.

Sendo assim, para o ajuizamento de ação monitória há necessidade da comprovação da relação jurídica por meio de prova escrita; ausência de força executiva do título e uma dívida referente a pagamento de soma em dinheiro, de entrega de coisa fungível ou bem móvel ou obrigação de fazer ou não fazer.

Sua finalidade é a constituição de um mandado monitório, ou seja, um título executivo em face do devedor.

Porém, isso não ocorre pela declaração ou condenação do Juiz, mas sim pela ausência da instauração do contraditório pelo devedor, pela inercia em opor Embargos ou em face da rejeição desses.

2.1. Principais regras do procedimento monitório

Segundo Elpídio Donizetti, Jurisdição é o poder, função e a atividade desenvolvidos para tutelar direitos, ou seja, o Estado possui o poder-dever de dirimir conflitos e o faz por meio dos seus órgãos e na forma prevista em lei. (DONIZETTI, Elpidio, 2017, p. 134)

Como é sabido, para que ocorra essa Jurisdição, faz-se necessária a adequada provocação da parte interessada, que o faz, normalmente pela propositura de um processo que é iniciado por meio de uma Petição Inicial.

No procedimento monitório não é diferente, é de suma importância que a parte autora siga à risca os requisitos basilares dos artigos 319 e 320 do CPC/2015, bem como os requisitos especiais do art. 700 e seguintes, em especial a prova escrita sem eficácia de título executivo.

O código de processo civil também estabelece alguns outros requisitos que irão refletir sobre o valor da causa.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Segundo o art. 700, §2º, deve conter a indicação do montante devido com a memória de cálculo, o valor atual do que se reclama, indicação do conteúdo patrimonial em discussão ou o proveito econômico perseguido.

Essa ação deverá ser ajuizada no foro do local onde a obrigação deve ser cumprida, em regra, será na justiça estadual comum.

Mas, se proposta em face de alguma entidade descrita no art. 109 da Constituição Federal, será da Justiça Federal. Ou ainda, se o objeto da ação decorrer de relação de trabalho, a competência será da Justiça do Trabalho, como determina o art. 114 da CRFB/88.

Podem utilizar do procedimento monitório, de forma ativa, tanto as pessoas físicas como as jurídicas, de Direito privado ou público.

A legitimidade ativa dessa ação, não diverge de outras ações, é ocupada por qualquer pessoa que alegue ser credora de uma obrigação de pagar, entregar coisa, fazer ou não fazer algo.

Caso haja solidariedade de credores, qualquer um deles é hábil a propor uma Ação Monitória, de forma individual ou em litisconsórcio.

A legitimidade passiva será preenchida por aquele que o autor apontar como o obrigado ou devedor por quantia de dinheiro, coisa fungível ou infungível, por coisa certa móvel ou imóvel ou por obrigação de fazer ou não fazer.

Não olvidando que, o novo CPC trouxe uma inovação ao afirmar que só possui legitimidade passiva o "devedor capaz" (art. 700, caput, in fine).

Se houver solidariedade na responsabilidade da dívida, a ação monitória poderá ser ajuizada em face de todos, em litisconsórcio passivo, ou contra cada um deles isoladamente, já que o litisconsórcio, na espécie, não é necessário.

2.2. O Contraditório na Ação Monitória

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Pelo princípio do Contraditório, que é resguardado pela Constituição Federal em seu art. 5º, LV, e pelo Código de Processo Civil nos artigos 9° e 10°. Tem-se que a parte demandada terá direito não só ao conhecimento do alegado contra ela, como o direito de defender-se, o que resultará na ocorrência de outro princípio basilar, que é complementar ao Contraditório, o da Ampla Defesa.

Mas, aqui interessa a elucidação apenas do primeiro princípio, para dizer que no procedimento da Ação Monitória ocorre o que chamamos de "mitigação do contraditório".

Em razão da própria natureza da Monitória, onde se propõe uma ação com um documento dotado de certeza, exigibilidade e liquidez, com o objetivo de encurtar o caminho até a obtenção do título executivo, mitigou-se a exigibilidade do prévio contraditório, ficando ao demandado a possibilidade da instauração dele ou não.

A citação do devedor poderá ser realizada por qualquer dos meios admitidos na legislação processual.

Inclusive a citação por edital, como entendeu o Supremo Tribunal de Justiça por meio da Súmula 282: "Cabe a citação por edital em ação monitória. "

Ressalta-se que, caso haja a revelia do devedor, após ter sido citado por edital, este não ficará prejudicado, será nomeado um curador especial em seu benefício (art. 72, II).

Ele será citado para efetivar o pagamento, executar a obrigação de fazer ou entregar a coisa, no prazo de quinze dias.

Além de cumprir com a obrigação, deverá efetivar o pagamento dos honorários advocatícios, que será o percentual de cinco por cento do valor que for atribuído à causa, como determina o art. 701 do Código de Processo Civil.

Após devidamente citado, o devedor poderá responder de cinco formas diferentes.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A primeira é cumprindo o mandado, entregando a coisa, pagando o montante em dinheiro ou executando a obrigação de fazer ou não fazer. O que culminará na extinção da ação e na isenção das custas processuais, restando apenas os honorários advocatícios.

A segunda é cumprir o mandado e apresentar os Embargos Monitórios, situação em que a Ação seguirá seu curso, mas o autor não poderá levantar a quantia paga pelo réu até o julgamento dos Embargos.

A terceira, é permanecer inerte, hipótese em que o mandado monitório será convertido em título executivo.

A quarta, é a instaurar o contraditório, apresentando os Embargos Monitórios no prazo de quinze dias.

Esses Embargos, segundo a doutrina majoritária, possui natureza de defesa.

Da mesma forma entende o Supremo, como expressou em sua Súmula nº 292: "A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário. "

O Código de Processo Civil também demonstrou corroborar com esse entendimento jurisprudencial ao admitir, além da reconvenção (art. 702, §6º), a alegação de qualquer matéria admitida caso o autor tivesse escolhido o rito comum.

Essa defesa tem o intuito de impedir a formação de um título executivo, suspendendo a eficácia do mandado monitório e desconstituindo a dívida.

Será processada dentro dos mesmos autos da Ação Monitória, exceto se abordarem somente sobre parte da dívida, nesse caso, eles serão autuados em apartados.

Ressalta-se que, independem de garantia do juízo, como preceitua o art. 702 do CPC/2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Caso eles sejam rejeitados, o mandado monitório será constituído, sendo um título executivo, possibilitará ao credor providenciar o cumprimento. Ocasião também que o devedor poderá oferecer bens à penhora e impugnar o cumprimento de Sentença.

A quinta e última possibilidade de ação do devedor, é pleitear o parcelamento do valor, conforme autoriza o art. 916 do CPC. Deverá ser realizado dentro do prazo dado para embargar.

2.3. Sentença da Ação Monitória

A decisão que defere a expedição do mandado, tem natureza jurídica de uma Sentença liminar e será prolatada após a instrução e a oposição dos Embargos.

Essa possuirá efeito meramente declaratório, tornando certa a exigência do direito ou não.

Após a Sentença, com a instituição do mandado monitório, inicia-se a fase de cumprimento de sentença. Em face desse ato, como no procedimento comum, caberá o recurso de Apelação, como confirma o art. 702, §9° do CPC.

Vale apontar que, além da impugnação ao cumprimento de sentença, também caberá a ação rescisória (art. 701, § 3º).

Por fim, destaca-se que não haverá uma nova relação processual, mas apenas um procedimento, uma nova fase, uma continuação dentro dos mesmos autos da Ação Monitória.

3. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS NO CPC/2015

O Código Civil Brasileiro possui treze artigos relacionados a documento. O novo Código de Processo Civil possui mais dezenas na seção onde trata da prova documental.

Porém, nenhum desses se preocupou em definir o que seria um documento, sendo assim, tal incumbência remanesceu aos doutrinadores.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Segundo Elpídio Donizetti (2017, p. 580) é o "documento é a prova histórica real, consistente na representação física de um fato. Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas também desenhos, pinturas, mapas, fotografias, gravações sonoras, filmes, por exemplo"

Antigamente, entendia-se por documento somente o objeto material que fosse escrito e transmitisse alguma mensagem, mas, percebe-se o advento de novas elucidações, como a exposta pelo referido autor.

Outro ponto a ser esclarecido, é a diferenciação que faziam de documento público para o particular.

Ensinavam que documento público é o que é escrito e lavrado por oficial público, segundo suas atribuições e com as formalidades legais, enquanto documento particular é o escrito emanado do interessado ou interessados, sem a intervenção do oficial público.

Com o advento do mundo virtual, foi preciso dar nova roupagem aos conceitos existentes.

Os meios de comunicação se disseminaram de tal forma que hoje não se pode falar em fronteiras territoriais como um impedimento para a celebração de um negócio jurídico.

Um exemplo, é a grande escala de contratação realizada pela via eletrônica, para compras de produtos ou serviços, essa é uma realidade que não pode ser ignorada pelos juristas.

O surgimento dos computadores e posterior popularização da internet fez com que a sociedade vivesse uma série de mudanças nos hábitos e condutas, traçando novas relações jurídicas decorrentes desses meios eletrônicos, em especial o computador e as redes de internet com suas milhares de opções.

A dinâmica da era da informação exige uma mudança profunda na própria forma como a Justiça e? pensada e colocada em prática.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nota-se que há pouco mais de quarenta anos, a Internet não passava de um projeto, o termo "globalização" não existia e a transmissão de dados por fibra o?ptica também não era planejada. A informação era um item caro, pouco acessível e muito centralizado.

O dia a dia forense se resumia a muitos papéis, burocracia, lentidão e prazos largos.

A evolução tecnológica, além de melhorar esses quesitos, trouxe transformações em vários segmentos da sociedade — na?o apenas transformações tecnológicas, mas mudanças de conceitos, métodos de trabalho e estruturas.

Nesse sentido, necessária se faz a transcrição de uma reflexão feita pela doutrinadora Patrícia Peck, que é pioneira no ramo do Direto Digital:

> A Internet e? mais que um simples meio de comunicação eletrônica, formada na?o apenas por uma rede mundial de computadores, mas, principalmente, por uma rede mundial de Indivi?duos. Indivi?duos com letra maiúscula, porque estão inseridos em um conceito mais amplo, que abrange uma individualização na?o só? de pessoas físicas como também de empresas, instituições e governos. A Internet elimina definitivamente o conceito de corporação unidimensional, impessoal e massificada. Isso significa profunda mudança na forma como o Direito deve encarar as relações entre esses Indivíduos. É diante de tal conjuntura que entendemos oportuna esta reflexão sobre a evolução do Direito para atender a? sociedade digital. (PECK, 2016, p. 47-48)

Pois bem, de toda essa reflexão, surgiu uma visão mais acertada, em que o documento, como meio de prova, é toda coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento é que não há tanta importância ao material que é utilizado, mas sim à existência de algo que traga em si materialidade suficiente para atestar que um fato ocorreu.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Sendo assim, pode ser arrolado como documento eletrônico qualquer objeto formado por bits que seja capaz de formar uma informação, como por exemplo, uma foto, um vídeo, um e-mail, uma conversa por meio eletrônico. Nas palavras do Doutrinador Elpídio Donizetti:

> [...] documento eletrônico compreende o registro de fatos que tem como meio físico um suporte eletrônico ou digital, quais sejam, os dispositivos que armazenam informações: CDs, DVDs, BluRay Disc, HDs, *pendrives*, *e-mail,* etc. Desse entendimento, inferem se duas possibilidades: o uso do documento eletrônico no processo eletrônico, procedimento regulado pela Lei nº 11.419/2006, e o uso do documento eletrônico no processo convencional, isto é, em autos físicos. (DONIZETTI, 2017, pág. 665)

Existem alguns documentos que por si, representam o fato diretamente, sem a necessidade da intervenção da subjetividade de alguém e, por isso, a doutrina os classifica como documentos diretos.

É o caso, por exemplo, de uma fotografia ou uma planta de um imóvel, que retratam uma realidade tal qual foi vista e declarada pelo autor destes documentos.

Em se tratando de um documento indireto - que é o tipo mais comum - necessário se faz, para que haja força probante, que este tenha autoria identificável (autenticidade) e que não possa ser alterado de modo imperceptível (integridade).

Sabe-se que vigora no processo civil brasileiro a regra da atipicidade dos meios de prova, ou seja, os fatos alegados podem ser provados por qualquer meio, desde que lícitos e moralmente legítimos, ainda que não tipificado em lei.

Nos termos do artigo Art. 369 do Código de Processo Civil:

> Art. 369. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Desse modo, é notória a possibilidade de admitir o documento eletrônico como prova documental de atos e fatos jurídicos, sendo recomendável que este seja possuidor de algumas características, como a autoria e a veracidade.

Se o registro puder ser facilmente alterado sem deixar vestígios, não se pode atribuir valor probante, pois isto seria dar azo à autoprodução de prova, o que não seria idôneo a permitir o convencimento do juiz.

Mas, possuindo essas características, nada há a impedir a utilização de documentos eletrônicos como meio de prova a ser produzido em juízo.

4. HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

As evoluções do mundo tecnológico, foi progressivamente instigando mudanças e vêm, cada dia mais, remodelando as rígidas formalidades processuais. Exemplo disso é a aceitação cada vez melhor da interferência tecnológica.

Essa interferência chegou em boa hora, pois vive-se um momento em que a Justiça clama por soluções para diminuir a morosidade da máquina judicial.

As formalidades excessivamente burocráticas exigidas pela lei acabam trazendo grande insatisfação não só para os que acionam a justiça para dirimir conflitos, mas, também para os próprios operadores e serventuários. Causando grandes prejuízos de uma forma geral.

Existem um excesso de demandas judiciais, pois os cidadãos levam à tutela jurisdicional questões totalmente irrelevantes e desnecessárias, o que não se pode impedir, em razão da inafastabilidade da jurisdição que resulta no direito à ação.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Por essa prerrogativa de proposição de ação ser ilimitada, acaba gerando uma interpretação equivocada pelos litigantes dentro do sistema processual, que afeta todas as instâncias do judiciário, do juízo monocrático até mesmo a Suprema Corte Brasileira, gerando um forte desrespeito ao princípio da a interferência em última *ratio*.

Além disso, ainda existe esse excesso de burocracias processuais que paralisam o funcionamento da máquina judicial.

Ressaltando que, para cada 100 mil habitantes existem 8 juízes para resolver conflitos, o que gera uma carga de 5,6 mil processos, em média, para a deliberação de um magistrado na primeira instância, onde se concentra o maior número de ações.

A compreensão e a aplicação do Direito processual brasileiro não podem abster-se desta nova metodologia que chegou apenas para o benefício dos tramites judiciais.

Por esta razão, não há como fugir desse meio de solução que bate à porta do universo jurídico na atualidade, que é essa evolução tecnológica que atinge diretamente a prática forense.

Sabe-se que existe a necessidade de respaldo legal e para que haja uma maior eficácia e segurança nesses atos.

Mas, não se pode ignorar os grandes benefícios advindo dos meios eletrônicos e sua inevitável utilização dentro do processo do processo civil, mesmo antes da validação legal.

Também não se pode olvidar que as provas dentro do processo civil brasileiro, são regidas pelo princípio da atipicidade da prova.

Princípio este que é consagrado no plano infraconstitucional, iniciando com o art. nº 369 do CPC/2015, que aduz que:

> As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

E também no plano constitucional, como se verifica no artigo art. 5º, LVI, da CRFB, ao estatuir a vedação do uso de provas ilícitas ou obtidas de modo ilícito, ou seja, é necessário que se faça por meios "moralmente legítimos".

Existem outros dois princípios explícitos no Código de Processo Civil regentes do direito probatório, que são o do "convencimento motivado do juiz" e da "aquisição da prova".

Como se verifica no art. 371, segundo o qual: "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento".

Lembrando que os magistrados possuem ampla liberdade na condução dos seus processos e livre apreciação das provas, devendo sempre buscar com cautela a verdade real.

Pois bem, apesar da legislação ainda ser obscura em alguns pontos, que são de extrema urgência. Enquanto não é suprida, a jurisprudência vai suprindo essa carência.

Exemplo disso, foi o julgado nº REsp 1.381.603-MS, onde o relator da quarta turma do Supremo Tribunal de Justiça, Ministro Luís Felipe Salomão, decidiu pela possibilidade de se utilizar um e-mail como meio de prova escrita no procedimento monitório:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. PR OVA ESCRITA. JUÍZO DE PROBABILIDADE. CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA. E-MAIL. DOCUMENTO HÁBIL A COMPROVAR A RELAÇÃO CONTRATUAL E A EXISTÊNCIA DE DÍVIDA.
>
> 1. A prova hábil a instruir a ação monitória, isto é, apta a ensejar a determinação da expedição do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> mandado monitório - a que alude os artigos 1.102-A do CPC/1.973 e 700 do CPC/2.015 -, precisa demonstrar a existência da obrigação, devendo o documento ser escrito e suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado, não sendo necessário prova robusta, estreme de dúvida, mas sim documento idôneo que permita juízo de probabilidade do direito afirmado pelo autor.
>
> 2. O correio eletrônico (e-mail) pode fundamentar a pretensão monitória, desde que o juízo se convença da verossimilhança das alegações e da idoneidade das declarações, possibilitando ao réu impugnar lhe pela via processual adequada.
>
> 3. O exame sobre a validade, ou não, da correspondência eletrônica (e-mail) deverá ser aferida no caso concreto, juntamente com os demais elementos de prova trazidos pela parte autora.
>
> 4. Recurso especial não provido.

Como afirmado pelo ministro, no procedimento monitório não há necessidade de prova robusta, estreme de dúvida, mas apenas um documento que seja idôneo e que permita juízo de probabilidade do direito afirmado pelo autor, ainda que emitido pelo próprio, contanto que, por meio do exame do julgador, extraia-se a probabilidade acerca do direito afirmado.

Sendo assim, apesar da maioria dos meios de prova serem regulados pela lei, o rol não é taxativo, por isso admite-se outros.

Logo, conclui-se que pode ser apresentado um e-mail ou uma mensagem de Whatsapp, por exemplo, que são meios idôneos para servirem como meio de prova no processo civil monitório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Segundo Eduardo Karasinski, que escreve para o site "Tecmundo", em um dos seus artigos sobre o mundo eletrônico, esclareceu a conceituação de e-mail:

> Para quem não sabe, e-mail significa *electronic mail* — ou seja, correio eletrônico. Normalmente os endereços vêm com uma "@" (arroba) logo depois do nome do usuário. Em inglês, essa arroba é lida como "at", que significa o termo "em". Isso significa que o usuário está "em" um determinado domínio.

Porém, como todas as coisas do mundo passam por evoluções a todo instante, hoje já existem diversos outros meios de comunicação preferíveis pelos usuários, em razão das próprias ferramentas mais atuais e atrativas, como por exemplo, o twitter, instagram e whatsapp.

Esse último é de extrema importância para o presente artigo. Como definido em seu site oficial, o Whatsapp "é um aplicativo multiplataforma que permite trocar mensagens pelo celular sem pagar por SMS" que está disponível para os principais sistemas operacionais existentes, dentre eles o "Android", "iOS", "Windowns Phone", "BlackBerry" e "Nokia", por exemplo. O site ainda esclarece que o WhatsApp começou como uma alternativa ao sistema de SMS, e agora oferece suporte ao envio e recebimento de uma variedade de arquivos de mídia: fotos, vídeos, documentos, compartilhamento de localização e também textos e chamadas de voz. Nossas mensagens e ligações estão protegidas com criptografia de ponta-a-ponta, o que significa que terceiros, incluindo o WhatsApp, não podem lê-las ou ouvi-las.

O Whatsapp se tornou, rapidamente, um dos aplicativos de internet mais utilizados no mundo, acredito que por ser de fácil uso e livre de anúncios de publicidade.

De acordo com o levantamento mais recente, o Whatsapp alcançou a marca de 1,5 bilhão de usuários ativos por mês. As informações foram anunciadas por Mark Zuckerberg, CEO do Facebook, empresa proprietária

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

do aplicativo. Anunciaram ainda que cerca de 120 milhões de usuários do eram brasileiros.

Sendo assim, não é sensato ignorar juridicamente este meio de comunicação. Pois como já declarado no início desse texto, o Poder Judiciário tem por objeto regular as relações entre os indivíduos, seus hábitos e atividades sociais.

Poe essa razão, deve necessariamente acompanhar qualquer evolução, de forma a alterar ou dar novas interpretações às regras legais já existentes, garantindo a segurança e a estabilidade nas relações jurídicas que por ventura nasçam dessas relações estabelecidas, inclusive por meio do uso do Whatsapp.

É notório que a adequação do Judiciário aos novos mecanismos da era digital continua avançando cada dia mais.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça aprovou por unanimidade a utilização facultativa do "WhatsApp" nas intimações judiciais.

O aplicativo, que é mundialmente conhecido, poderá ser utilizado como um aliado do Poder Judiciário para conter a proliferação dos tempos em branco e acelerar a duração do processo.

A ideia de utilizar o aplicativo dentro do sistema processual surgiu do juiz de direito da comarca de Piracanjuba – GO, Dr. Gabriel Consigliero Lessa.

A proposta de Lessa rendeu o título de finalista do XII edição do Prêmio Innovare, maior premiação no âmbito da justiça brasileira.

Se hoje o Judiciário permite até intimações processuais por meio do aplicativo Whatsapp, seria no mínimo dessarroado não o aceitar como meio de prova, que ainda passará pelo livre convencimento do magistrado.

Apesar deste artigo tratar de matéria processual cível, faz-se uma pequena menção do ocorrido na Justiça do Trabalho, onde recentemente a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

juíza da 01ª Vara do Trabalho de Gama/DF firmou acordo entre as partes através do aplicativo de mensagens whatsapp, que foi ratificado em audiência presencial no dia seguinte.

Outro importante exemplo, é o da juíza de direito da 1ª Vara da Família e Sucessões de São Paulo, Dra. Eliane da Câmara Leite Ferreira, que há três anos fixou pensão alimentícia com base em conversas do "WhatsApp".

Esses exemplos citados acima, são admiráveis exemplos da evolução e aceitação cada vez maior do aplicativo dentro do processo brasileiro.

Uma grande discussão dentro deste assunto, é o que mencionamos no início, sobre a capacidade de se verificar e resguardar a integridade e a autoria do documento, principalmente do e-mail ou uma conversa em aplicativos de mensagem instantânea, como o WhatsApp.

Contudo, da mesma forma que existem pericias para averiguar o valor probatório de um documento físico, existem os meios de se fazer uma perícia eletrônica.

Onde se constata se há fraude ou algum tipo de manipulação no documento e em sua autoria, pois os meios citados são ambos protegidos pela criptografia das mensagens, que é uma forma de proteger os usuários e suas mensagens, dando acesso apenas a quem o autor desejar enviar.

Por fim, verifica-se que é indiscutível que se a legislação brasileira autoriza a apresentação de documentos eletrônicos como meio de prova, é totalmente descabido dizer que uma relação negocial não possa ser comprovada por trocas de mensagens via *e-mail ou whatsapp,* onde certamente, a maioria dos próprios operantes do Direito, já comercializaram ou deram/receberam alguma combinação de pagamento em virtude de uma obrigação.

5. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

É notório que a era digital chegou para ficar e que se consolidará a cada dia. Fato este que deve ser comemorado por todos, em razão dos incontáveis benefícios para a sociedade, tanto na esfera econômica, quanto na jurídica.

Em se tratando da econômica, devemos comemorar pois grande parte dos processos e tudo o mais que circunda a movimentação da máquina judicial, é custeado pelo bolso de cada brasileiro. Gasto esse que tem se elevado ao passar dos anos.

Já na esfera jurídica, os prejuízos são ainda maiores. Pois se trata de ferimentos à própria Justiça e todos os seus princípios e leis.

O acesso à Justiça, certamente é um dos direitos elementares ao indivíduo, por isso é resguardado pela própria legislação constitucional. Ferir este direito basilar traria uma enorme insegurança jurídica que ocasionaria em um caos social.

Por isso diz-se que a evolução tecnológica chegou em boa hora, pois a informatização do Poder Judiciário manifesta-se como um poderoso aliado na luta contra a morosidade que hoje assombra o a Justiça.

Essa morosidade é ocasionada em virtude do excesso de demanda processual e das formalidades processuais, que também se tornam um excesso e um peso para a celeridade processual.

As plataformas digitais vêm, cada vez mais, revolucionando a visão que existe da Justiça, despindo-a da capa da formalidade e da burocracia excessiva, males que devem ser combatidos através de políticas públicas que estejam em consonância com as novas tecnologias que emergem em todo o mundo.

O presente artigo desejou esclarecer o procedimento monitório, desde a sua propositura, legitimidade ativa e passiva, competência até o último ato, que é a decisão que o finalizará. Decisão essa que possui natureza jurídica de uma Sentença Liminar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Essa Sentença formará o mandado monitório, que é o título executivo conquistado pelo credor, ao final da ação.

Também foi esclarecido o entendimento sobre documento, como se pensava e também o entendimento doutrinário atual. Abordando suas definições e tipos.

O que logo levou a crer que o documento eletrônico poderá ser utilizado como a prova escrita exigida no procedimento monitório.

E que inclusive, já foi decidido dentro de um Recurso Especial pelo Supremo Tribunal de Justiça, ao acolher como prova escrita um e-mail.

Da mesma forma, o aplicativo Whatsapp foi acolhido pelo Judiciário para facilitar e contribuir com a celeridade processual, podendo ser utilizado até como meio de intimação das partes e também acolhido como prova no processo da Vara da Família. Sendo assim, seria no mínimo dessarroada a negação de que estes podem servir como prova.

Por todo o exposto, conclui-se que o Judiciário está pronto para receber estes novos recursos como meio de prova. Mormente no procedimento especial como o da Ação Monitória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que aceitou um e-mail como meio de prova na Ação Monitória. **Recurso Especial nº 1381603**. ELIZABETH ALVES MORAIS e ANA KARLA PELUFFO ZOHRAN GEORGES. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. 25 de mar. 2013. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201300578761.REG.>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 282.** Disponível em:

. Acesso em: 09 jun. 2007.

CURIA, Luiz Roberto (Org.). **Vade Mecum acadêmico de direito Compacto Saraiva**. 15.ed.. São Paulo: Saraiva, 2016., 1827 p. ISBN 978-85-02-63622-4.

DIDIER JR, Fredie. **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório.** Bahia, Juspodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.**do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Atlas LTDA., 2017.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira; CRISTINA, Pamela. As redes sociais como meio de prova na justiça do trabalho. Disponível em: . Acesso em 19 abr. 2018.

KARASINSKI, Eduardo. A história do e-mail. Disponível em: . Acesso em 15 abr. 2018.

MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Vol. II. Tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PECK, Patrícia. **Direito digital**. 6. ed. Saraiva Educação, 2016.

POMPÉO, Wagner Augusto Hundertmarck; FRANCESCHI, André Leandro. **Responsabilidade Civil em casos de compartilhamento de mensagens e imagens via Whatsapp:** Direitos de Personalidade na era da internet. p. 05-07. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14258/2700>. Acesso em 18 abr. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SOARES, Bruno. WhatsApp bate marca de 1,5 bilhão de usuários ativos. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/02/whatsapp-bate-15-bilhao-de-usuarios-ativos.ghtml> Acesso em 19 abr. 2018.

NOTA:

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO Á LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

SUELLEN SAMPAIO DE ANDRADE COELHO:
Pós-graduada em Direito do trabalho e processo do trabalho. Advogada.

RESUMO: A constituição federal de 1988, de maneira inédita, inaugurou um novo período de valorização da condição humana, consubstanciada na tutela dos direitos fundamentais trabalhistas, de acordo com os anseios do Estado Democrático de Direito. Este trabalho busca traçar o cenário histórico capaz de propiciar a evolução e o desenvolvimento do pensamento jurídico acerca da tutela do direito fundamental ao trabalho, passando á análise dos diversos artigos inseridos ao longo da Constituição Federal, identificados como fundamentais para o avanço na consolidação de uma ideologia de valorização do trabalho humano. Atualmente, o ordenamento vigente, irradiado pelo principio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, confere verdadeira força normativa á tutela dos direitos sociais, os quais passaram de simples metas á direitos acionáveis, demandando comprometimento efetivo do Estado e da comunidade.

Palavras-chave: constituição federal de 1988, direitos sociais, direito ao trabalho.

Sumário: 1. Introdução – 2. O direito fundamental ao trabalho á luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na constituição federal de 1988. 3. Conclusão. 4. Referências

---

INTRODUÇÃO

A constituição Federal de 1988, inédita ao criar um título próprio para albergar os Princípios Fundamentais, elegeu a dignidade da pessoa humana como uma das bases fundantes dos direitos fundamentais (art 1º, III CF/88).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Esta escolha feita pelo legislador ordinário, em resposta aos anseios sociais, impôs ao Estado o dever de zelar pelas garantias sociais asseguradas pela ordem democrática, tais como o direito á vida digna, à liberdade (art. 5º, caput, CF/88), á saúde e segurança (art. 6º, CF/88), e, dentre tantos outros, em respeito ao valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88), assegurou aos cidadãos o direito de exercerem livremente qualquer ofício (art. 5º, XIII CF/88).

Em relação ao estudo da Constituinte de 1988, deparamo-nos com diversos artigos que buscam estabelecer um conteúdo mínimo de direitos garantidos aos trabalhadores. Exemplos capazes de subsumir esta ideia são os direitos encontrados no art. 5º e seus incisos, cujo conteúdo, apesar de aplicável a todos os cidadãos brasileiros, guarda estreita ligação com as relações de trabalho, além do art. 7º, no qual encontramos, substancialmente, a veia protecionista dos direitos sociais preconizada pelo legislador originário de 1988.

Com base nessas premissas, o presente trabalho demonstrará, em um primeiro plano, a definição e conteúdo essenciais da teoria dos direitos fundamentais e a sua implicação no direito do trabalho, passando, em um segundo momento, á análise do arcabouço jurídico, introduzido pela Constituição Federal de 1988, em defesa do direito fundamental ao trabalho, compreendido este não como qualquer ofício, mas sim como aquele apto á garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e a efetivação da igualdade material.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO Á LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O direito fundamental ao trabalho, em linhas gerais, constitui um plexo de garantias asseguradas a todos os cidadãos, os quais poderão exercer livremente o ofício escolhidos, deste que atendidos alguns requisitos legais. (art. 5º XII CF/88).

A primazia do "valor trabalho" no contexto social democrático é assumido pela ordem constitucional brasileira como uma das ferramentas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

indispensáveis á "afirmação do ser humano" [1], quer esteja inserido no contexto social quer admitido sob a ótica personalíssima.

Tal garantia vem estampada em diversas passagens da Constituição Federal, o que nos leva á crença de que a proteção plena de seu exercício não é outra coisa senão a maneira mais eficaz de se alcançar a pacificação social e a emancipação do ser humano.

Concluiu o constituinte originário, de maneira acertada, que o valor trabalho relaciona-se a vários institutos jurídicos ao mesmo tempo, o que o permite transitar, de maneira serena, nos mais variados títulos que compõem a Constituição Federal.

Primeiramente, o direito ao trabalho ocupa o posto de princípio fundamental do Estado democrático de Direito, consistindo, por um lado, em um valor social a ser observado por todos os componentes da sociedade e pelo o Estado, e por outro lado demonstra um caráter limitativo de outro principio, também fundamental, qual seja a livre iniciativa privada (art. 1º, IV CF).

Nada mais coerente do que essa correlação em um mesmo inciso, tendo em vista, conforme afirmado em capítulo anterior, a adoção, pelo Estado Brasileiro, do regime econômico de feições capitalista, juntamente aos ideais sociais, oriundos da concepção de Estado-Providência.

Prosseguindo á análise do valor trabalho na Constituinte de 88, surge, dentre os princípios regentes do Brasil nas relações internacionais, a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II, CF/88).

Partindo-se do pressuposto de que os direitos sociais trabalhistas, em especial o direito ao exercício digno de um trabalho, constituem-se categorias específicas dos Direitos Humanos, o Brasil reconhece a prevalência das regras protetivas inseridas nos documentos internacionais aos quais se submete, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que, no art. XXIII prega que "toda pessoa tem direito ao trabalho, á livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e á proteção contra o desemprego" além de "direito

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure uma existência digna" (PIOVESAN e CARVALHO, 2010, p. 14).

Mais adiante, sob o título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", podemos examinar o direito fundamental ao trabalho sob dois enfoques distintos, porém complementares.

Com sede no capítulo "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", o inciso XIII do art. 5º nos revela a garantia de um direito de primeira dimensão para tornar possível o exercício de um direito de segunda dimensão, ou seja, a liberdade de escolha do indivíduo é condição *sine qua non* para o exercício de um ofício com dignidade.

Em seguida, em mais uma demonstração do compromisso social assumido pela nova Constituição Democrática, o constituinte originário traz para o seio dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais.

Na verdade, analisando a história das Constituições Brasileiras, chegamos á conclusão de que a Constituinte de 1988 pode ser considerada a primeira a trazer um título específico acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais.

De acordo com o Prof. André Ramos Tavares[2], podemos classificar os direitos contidos neste capítulo II nas seguintes categorias: a) direitos sociais genéricos (art. 6º); b) direitos sociais individuais do trabalhador, pessoa física (art. 7º); c) arts. 8 a 9 tratando dos direitos coletivos do trabalhador, assegurando, sobretudo, a liberdade de associação profissional ou sindical, autonomia sindical, termos gerais das negociações coletivas, e o direito de greve.

Finalizando esta breve análise acerca dos dispositivos constitucionais que tutelam os direitos fundamentais trabalhistas (a qual será retomada em momento oportuno), encontramos, no Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira – art. 170 e incisos seguintes, a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego como pressupostos indispensáveis ao exercício digno de qualquer atividade econômica

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

desenvolvida em âmbito regional, nacional, e, por que não, internacional, tendo em vista a existência de pactos laborais celebrados para serem desenvolvidos fora do país.

O intuito protetor concedido pela Carta de 1988 aos direitos e garantias fundamentais, incluídos os direitos sociais, foi tamanho que se optou por resguarda-los da atuação legislativa indiscriminada alçando-os ao patamar de cláusulas pétreas, conforme art. 60, § 4º, IV. CF/88.

Todo esse esforço do constituinte originário traduz a adoção do país pelo princípio da valorização do trabalho, em especial o trabalho regulado (relação empregatícia), ensejando, acertadamente, á conclusão erigida pelo brilhante Ministro Mauricio Godinho Delgado de que: "A Constituição não quer deixar dúvidas, pois conhece há séculos os olhos e ouvidos excludentes das elites políticas, econômicas e sociais brasileiras: o trabalho traduz-se em princípio, fundamento, valor e direito social." (DELGADO, 2010, p. 32).

Para compreender a força normativa do direito fundamental ao trabalho e a sua relação intrínseca com o princípio da dignidade humana, torna-se necessário o aprofundamento do estudo acerca da sua aplicabilidade, sobretudo da efetivação do direito fundamental ao trabalho e as suas limitações sociais e econômicas.

Primeiramente cumpre salientar que o tipo de trabalho classificado como fundamental, a ser defensável e implementado via normas incentivadoras de origem Estatal e pactuadas na seara privada, não é qualquer trabalho, mas sim apenas aquele que consiga estabelecer uma interface com o conceito de "trabalho decente", nos moldes traçados pela OIT.

Desta maneira, não há que se confundir o direito fundamental ao trabalho com o simples direito de trabalhar, tendo em vista que estes refletem apenas um aspecto daqueles, qual seja o âmbito individual de cada trabalhador.

A Constituição Federal, ao enumerar o direito fundamental ao trabalho como sendo a espinha dorsal da afirmação da dignidade da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

pessoa do trabalhador no âmbito social, anexou uma série de ouros direitos correlatos, sem os quais não há como conceber a efetivação do trabalho digno.

É neste sentido que se garante ao trabalhador um extenso rol de direitos, partindo-se das várias dimensões do homem-trabalhador, em analogia á visão ampliativa da condição humana traçada por Miguel Reale e Luigi Bagolini[3].

Assim, garante-se ao trabalhador, por exemplo, o desenvolvimento de suas atividades em um ambiente hígido e seguro, compreendendo medidas assecuratórias de Segurança e Medicina do Trabalho (art. 7º, XXII, XXIII, XXVIII); normas de proteção contra dispensas arbitrárias (art. 7º, I, II e XXI, e art. 10 do ADCT); uma teia assecuratória do valor - salário (art. 7º IV, V, VI, VII, VIII, IX e X); regras visam traçar a duração do trabalho de modo a garantir-lhe pausas para a reposição da energia, para a inserção no contexto social e familiar, para a edificação de sua cultura, lazer (art. 7º XIII,XIV,XV,XVI,XVII); normas antidiscriminação, especialmente no que concerne á inserção da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, XXX, XXXI, XXXII, XVIII, art. 10, § 1º do ADCT), dentre outros aspectos.

Esta extensa (contudo exemplificativa) enumeração serve para deixar evidente que não há como se garantir um direito fundamental ao trabalho digno e emancipatório se não se estabelecer um arcabouço jurídico circundante capaz de forçar os agentes sociais, especialmente empregadores, a enxergarem o trabalhador como força motriz do desenvolvimento do país.

Neste sentido, lembra-nos Miguel Reale o perigo da exaltação, pura e simples, do trabalho:

> em qualquer forma imanentista de vida, com a redução trágica do lazer a uma simples pausa entre dois momentos de trabalho, assim como se deixa uma máquina parada, por certo lapso de tempo, a fim de evitar-se o desgaste do material. O que se proclama,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> ao contrário, é a necessidade de romper-se essa vinculação trágica entre o *ato de trabalhar* e o *ato de não trabalhar,* com o reconhecimento de que este tem validade em si e por si mesmo, gerando o 'direito de não trabalhar' (...) o trabalho e o lazer são categorias heterogêneas, não se devendo considerar o segundo como se fosse mero apêndice ou corolário do primeiro.(BAGOLINI, 1981, p. 13).

A necessidade de compreensão conjugada de tais institutos se torna imprescindível principalmente quando lembramos que a própria sobrevivência do trabalhador assim como da sua família impõem a inevitável urgência de se garantir a observância vinculativa dos direitos sociais ligados ao exercício do trabalho.

Se não há proteção efetiva ao trabalho, os próprios objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil tenderão á corrosão, na medida em que não será passível de se garantir a emancipação dos trabalhadores de modo a torná-los ativos na construção de uma democracia real.

Acerca da aplicabilidade dos direitos sociais, sobretudo da efetivação e garantia do direito social ao trabalho (decente), cumpre lembrar, de antemão, que a Constituição Federal de 1988, neste diapasão, não espelha apenas mero programa político. Do contrário, suas normas possuem força jurídica diferenciada, superior ás demais normas do contexto jurídico, na medida em que se impõe como parâmetro valorativo de toda interpretação e aplicabilidade do direito positivo.

Neste contexto, não há espaço para proposições no sentido de que os direitos sociais, por estarem atrelados á questões de disponibilidade financeira do Estado para prosperarem, sujeitam-se, regra geral, á denominada "cláusula de reserva do financeiramente possível". Seriam, deste modo, classificados, invariavelmente, como as chamadas normas programáticas, de eficácia limitada, conforme as lições de José Afonso da Silva. [4]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A adoção deste raciocínio como regra (e não como exceção) mostra-se falacioso, mais assemelhado, inclusive, aos primórdios do capitalismo, com viés extremamente liberal.

De acordo com interessante análise feita por Luciana Caplan[5] em relação aos direitos trabalhistas em especifico, em termos empíricos tais argumentos não se sustentam, pois o estímulo á contratação de trabalhadores e a efetiva implementação dos direitos sociais não representa ônus ao erário, mas sim arrecadação sobre a folha de pagamento, dando um suporte, assim, ao sistema solidário de seguridade social.

Não há como se adotar, diante do compromisso socialmente assumido pelo constituinte de 1988, a tese de que os direitos relacionados ao desenvolvimento do trabalho humano, impostos, sobretudo pelo art. 7º e incisos da CF/88 sirvam de mero aconselhamento.

Noberto Bobbio, inclusive, auxilia-nos á enxergar tamanho despautério em adotar-se o referido raciocínio, ao formular a seguinte passagem:

> Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc,* mas ordenam proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die,* além de confinados á vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o "programa" é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política: pode ainda ser chamado corretamente de "direito"? (BOBBIO, 2004, p. 92).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

No atual contexto normativo vivido na sociedade brasileira, a Constituição Federal de 1988 é a arquiteta de todos os microssistemas legislativos, sejam eles de natureza privada ou coletiva.

Desta forma, defendemos a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais no ordenamento pátrio, especialmente o direito social ao trabalho, na medida em que, através de seu implemento, o homem passa a atuar não mais como mero elemento de produção, mas sim como protagonista da afirmação de seus atributos de pessoa humana[6].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, deste modo, que a opção política feita pelo povo brasileiro, (ansioso por uma restauração econômica após longos anos de regime ditatorial), traduz-se na certeza de que, somente por meio do respeito á dignidade da pessoa humana e a força do valor social do trabalho tornar-se-á possível a "construção de uma sociedade livre, justa e solidária", capaz de, ao mesmo tempo, "garantir o desenvolvimento nacional" e "erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

O direito fundamental ao trabalho não tolera a acepção de garantia de qualquer tipo de trabalho, mas sim apenas aquele a garantir o patamar civilizatório mínimo como piso de direitos assegurados, jamais como teto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGOLINI, Luigi. **O trabalho na democracia: filosofia do trabalho**. São Paulo: LTR, 1981.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR 2008.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Livraria

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Almedina, 1992.

CAPLAN, Luciana. **Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In Direitos sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois**. LTr, 2008.

CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. **Os direitos de personalidade e o contrato individual de trabalho**. Revista do TST, v. 70, n. 1, jan-jul, 2004

DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTR 2010

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito fundamental ao trabalho: perspectiva histórica, filosófica e dogmático-analitica.** Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008.

JÚNIOR, Nilton Rodrigues da Paixão. **Constitucionalização do trabalho e do direito do trabalho: passado, presente ou futuro? A constituição Federal e suas duas décadas de existência.** Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2915/ensaios_impactos_volume1.pdf?sequence=1.

MAIOR. Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTR 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COÊLHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** Rio de Janeiro: MÉTODO 2011.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho.** São Paulo: Juspodivm 2009.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direitos constitucional**. São Paulo: Saraiva 2006.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTR 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Editores Malheiros, 2006.

NOTAS:

[1] DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTR 2010, p. 31.

[2] TAVARES, André Ramos. Curso de direitos constitucional. São Paulo: Saraiva 2006, p. 76.

[3] REALE, Miguel. "Introdução á primeira edição" *apud* BAGOLINI, Luigi. O trabalho na democracia: filosofia do trabalho. São Paulo: LTR, 1981, p. 12.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[4] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

[5] CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In Direitos sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois. LTr, 2008, p. 298.

[6] CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. Os direitos de personalidade e o contrato individual de trabalho. Revista do TST, v. 70, n. 1, jan-jul, 2004, p.98.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CULPOSA

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 presente artigo visa analisar aspectos referentes à improbidade administrativa, sobretudo: o conceito de improbidade na CR/88 e na jurisprudência brasileira; o conceito de improbidade e culpabilidade; a improbidade culposa e constitucionalidade. Para tanto, serão utilizadas as principais abordagens feitas pela Doutrina, bem como análise da Jurisprudência e dispositivos constitucionais e legais.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Culpabilidade. Constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de Improbidade na CR/88 e na Jurisprudência Brasileira. 3 Conceito de Improbidade e Culpabilidade**.** 4 Improbidade Culposa e Constitucionalidade. 5. Referências Bibliográficas.

---

1. Introdução

O presente artigo visa analisar aspectos referentes à improbidade administrativa, sobretudo: o conceito de improbidade na CR/88 e na jurisprudência brasileira; o conceito de improbidade e culpabilidade; a improbidade culposa e constitucionalidade. Para tanto, serão utilizadas as principais abordagens feitas pela Doutrina, bem como análise da Jurisprudência e dispositivos constitucionais e legais.

2. Conceito de Improbidade na CR/88 e na Jurisprudência Brasileira.

A Constituição da República de 1988 faz referência em seu conteúdo em diferentes momentos à improbidade administrativa. A despeito da menção à referida expressão, não há, de modo explícito, o seu conceito expresso no texto constitucional.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A doutrina identifica como base constitucional direta para responsabilização pelos atos de improbidade administrativa encontra-se no parágrafo 4º do artigo 37 da CR/88, que assim dispõe:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ademais, dispõe o artigo 15, V:

> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
>
> V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Segundo Alexandrino (2010) é da interpretação destes dispositivos que se extrai o conceito constitucional de improbidade administrativa, sendo a imoralidade administrativa qualificada pela desonestidade e pelo dano ao patrimônio público submetidas às sanções previstas no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição da República.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem agregado ao conceito a conduta praticada de má-fé do agente público. Sendo assim, tem sido atribuído elemento subjetivo para configuração da improbidade administrativa.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Decorre isso, do próprio conceito supra-apresentado, uma vez que é inerente à deslealdade e à desonestidade a configuração de um agir de má-fé.

Neste sentido se posicionou o STJ quando da apreciação do REsp 1.127.143:

> **EMENTA**
>
> ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, DA LEI 8.429/92. DANO AO ERÁRIO. MODALIDADE CULPOSA. POSSIBILIDADE. FAVORECIMENTO PESSOAL. TERCEIRO BENEFICIADO. REQUISITOS CONFIGURADOS. INCURSÃO NAS PREVISÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
>
> 1. O ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92 exige a comprovação do dano ao erário e a existência de dolo ou culpa do agente. Precedentes.
>
> 2. Os arts. 62 e 63, da Lei 4.320/64 estabelecem como requisito para a realização do pagamento que o agente público proceda à previa liquidação da despesa. Nesse contexto, incumbe ao ordenador de despesa aferir a efetiva entrega do material ou fornecimento do serviço contratado, em conformidade com a nota de empenho que, por sua vez, expressa detalhadamente o objeto contratado pelo Poder Público, com todas as suas características físicas e quantitativas.
>
> 3. A conduta culposa está presente quando, apesar de o agente não pretender o resultado, atua com negligência, imprudência ou imperícia. Nessa modalidade, há um defeito inescusável de diligência, no qual se comete um erro sobre a condição do agir ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

sobre a consequência da conduta. A punição dessa prática justifica-se pela criação de um risco proibido ao bem jurídico tutelado.

4. Na hipótese, além do dano ao erário, a descrição dos elementos fáticos realizada na origem evidencia a negligência da autoridade municipal, pois: a) realizou o pagamento da nota de empenho sem adotar qualquer providência para aferir a entrega da mercadoria, seja por meio da verificação do processo administrativo que ensejou a contratação, seja pela provocação da empresa contratada para comprovar a entrega do bem; b) deixou transcorrer praticamente três anos entre o pagamento integral do débito e a entrega parcial da mercadoria, sem ter adotado qualquer medida ou cobrança do particular; c) após todo esse tempo, sequer a totalidade da quantia contratada foi entregue.

5. A lei de improbidade administrativa aplica-se ao beneficiário direto do ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário público. Inteligência do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa. No caso, também está claro que a pessoa jurídica foi beneficiada com a prática infrativa, na medida em que se locupletou de verba pública sem a devida contraprestação contratual. Por outro lado, em relação ao seu responsável legal, os elementos coligidos na origem não lhe apontaram a percepção de

benefícios que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária, nem individualizaram sua conduta no fato imputável, razão pela qual não deve ser condenado pelo ato de improbidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

6. Recurso especial provido em parte.

Vale ressaltar, contudo, que o elemento subjetivo, não há que ser necessariamente o dolo, podendo também se configura em culpa, ou mesmo dolo genérico, conforme corrobora o seguinte posicionamento do STJ:

> ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO.ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.
>
> 1. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido deduzido em Ação Civil Pública por entender que os réus, ao realizarem contratação de serviço de transporte sem licitação, praticaram atos de improbidade tratados no art. 10 da Lei 8.429/1992. No julgamento da Apelação, o Tribunal de origem afastou o dano ao Erário por ter havido a prestação do serviço e alterou a capitulação
>
> legal da conduta para o art. 11 da Lei 8.429/1992.
>
> 2. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, nãose exigindo a presença de dolo específico.
>
> 3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário.

4. In casu, a conduta dolosa é patente, in re ipsa. A leitura do acórdão recorrido evidencia que os recorrentes participaram deliberadamente de contratação de serviço de transporte prestado ao ente municipal à margem do devido procedimento licitatório. O Tribunal a quo entendeu comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os prestadores de serviço contratados, tendo consignado que, em razão dos mesmos fatos, eles foram criminalmente condenados pela prática do ato doloso de fraude à licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, com decisão já transitada em julgado.

5. O acórdão bem aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade, porquanto a conduta ofende os princípios da moralidade administrativa , da legalidade e da impessoalidade , todos informadores da regra da obrigatoriedade da licitação para o fornecimento de bens e serviços à Administração.

6. Na hipótese dos autos, a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos ultrapassou o limite máximo previsto no art. 12, III,cabendo sua redução. As penas cominadas (suspensão dos direitos políticos e multa) atendem aos parâmetros legais e não se mostram desprovidas de razoabilidade e proporcionalidade , estando devidamente fundamentadas.

7. A multa civil é sanção pecuniária autônoma, aplicável com ou sem ocorrência de prejuízo em caso de condenação fundada no art. 11 da Lei 8.429/92. Precedentes do STJ.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> 8. Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, "até o limite do valor da herança", somente quando houver violação aos arts. 9° e 10° da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11.
>
> 9. Como os réus foram condenados somente com base no art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, é ilegal a transmissão da multa para os sucessores do de cujus, mesmo nos limites da herança, por violação ao art. 8º do mesmo estatuto.
>
> 10. Recurso Especial parcialmente provido para reduzir a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos e afastar a
>
> transmissão mortis causa da multa civil.(REsp 951.389)

3 Conceito de Improbidade e Culpabilidade.

Conforme visto no item anterior, pode-se conceituar a improbidade administrativa como o ato ilegal ou contrário aos princípios básicos da Administração praticado por agente público, enquanto em exercício na função pública ou em decorrência desta, impregnado de desonestidade e deslealdade.

Decorre disso, segundo afirma a doutrina majoritária, que é indispensável a verificação, no caso concreto, do elemento subjetivo na conduta do agente público.

Para fins de avançar na discussão do tema, importante é conceituar culpabilidade. Tal tarefa, todavia, não é simples, uma vez que doutrina se divide, identificando-se, principalmente, três teorias: psicológica; psicológico-normativa; e normativa pura.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Na primeira, a culpabilidade é a relação psíquica do agente com o fato, na forma de dolo ou de culpa. Na segunda, o dolo e a culpa não são espécies da culpabilidade, mas apenas elementos integrantes desta, ao lado da imputabilidade, da consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa. Na terceira, a culpabilidade consiste em mero juízo de reprovação ao autor da infração cometida.

Em sede de improbidade administrativa, a adoção da teoria levará ao juízo de não configuração do ilícito ou da não culpabilidade, quando não praticado o ato com a presença de algum dos elementos subjetivos.

4 Improbidade Culposa e Constitucionalidade.

Conforme salientado nos tópicos anteriores, é indispensável a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público para configuração da prática de ato de improbidade administrativa.

Este elemento subjetivo pode ser tanto o dolo quanto a culpa, havendo, portanto, duas modalidades de improbidade, a dolosa e a culposa.

A primeira decorre de quando o agente público intencionalmente pretende realizar a conduta ímproba. Destaque-se, conforme visto acima que o Superior Tribunal de Justiça, entende ser necessário apenas o dolo genérico, ou seja, que o agente tenha consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo.

Na segunda hipótese, discute-se a presença ou não da culpa do agente público.

Segundo o ministro do STJ Castro Meira, a conduta culposa ocorre quando o agente não pretende atingir o resultado danoso, mas atua com negligência, imprudência ou imperícia. Contudo, deve-se destacar que a configuração da improbidade na modalidade culposa é exceção, conforme consignou o ministro Luis Fux, quando do julgamento do Recurso Especial 980.706:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO A ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. SANÇÕES. DOSIMETRIA. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8429/83). VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e

notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse

tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e

a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido.

5. In casu, a ausência de má-fé (elemento subjetivo) dos demandados E.O. M. e L. M. M. representado por seu espólio, coadjuvada pela inexistência de obtenção de proveito patrimonial, conforme consta do voto condutor do acórdão recorrido, revela error in judicando a analise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo.

6. Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.

7. Outrossim, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o ato praticado por administrador inepto. REsp 980.706

Assim, expôs o ministro no inteiro teor do supracitado acórdão "Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10 da Lei 8.429)" REsp 980.706

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A discussão que se faz, é se o conceito constitucional de improbidade administrativa, conforme exposto no primeiro tópico do trabalho, permitiria a ocorrência da modalidade culposa da improbidade, uma vez que a deslealdade seria inerente à sua constatação. A despeito disso, conforme visto, o STJ já se firmou no sentido de admitir, excepcionalmente a improbidade em tal modalidade. Desta forma, tem-se por constitucional, a improbidade culposa.

5. Referências Bibliográficas.

REsp 1127143

REsp 951389

REsp 980706

Constituição da República Federativa do Brasil

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 14. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NCPC E A APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO NAS LIDES DE RELAÇÃO DE EMPREGO

ALLAN TORRES BELFORT SANTOS: Graduado em Direito AESO BARROS MELO. Especialista em Direito do Processual Civil e do Trabalho. Advogado.

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de trazer um estudo acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, desde os primórdios até o advento do CPC/15, que inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a previsibilidade de um mecanismo de cunho processual acerca da temática. Traz uma distinção entre o aspecto material e processual da temática, contextualizando na sua aplicabilidade ao processo do trabalho, ante a existência de lacuna normativa e aplicabilidade do processo civil de forma subsidiária.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da personalidade jurídica – incidente – Processo do trabalho.

SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais.1.1 Antecedentes históricos. 1.2. Conceito. 1.3. Desconsideração da personalidade jurídica. 2. Aspecto material. 2.1. Evolução Legislativa. 2.2. Aspecto material. 2.2.1. Teoria maior. 2.2.2. Teoria Menor. 3. Aspecto processual. 3.1. Período anterior ao CPC/15. 3.2. Período posterior. 4. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do CPC/15 e o processo do trabalho. 4.1. Inaplicabilidade. 4.2. Aplicabilidade. 4.3. IN N º 39/16 e seu caráter não-vinculante. 4.4. Análise Principiológica. 4.5. Compatível ou não ao processo do trabalho. 5. Aplicabilidade prática do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 5.1. No processo de conhecimento. 5.2. No Processo de execução. 6. Reforma trabalhista e o art. 855-A da CLT. 7. Conclusão. 8. Referências.

---

1. ASPECTOS GERAIS

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O instituto da desconsideração da pessoa jurídica teve seus primórdios observados no âmbito dos sistemas jurídicos norte-americano e inglês. Não há uma convergência acerca do primeiro caso concreto de aplicação desta teoria[1], ora o do Bank of United States x Deveaux (1809), nos Estados Unidos, ora se aponta o caso Salomon X Salomon Co (1897), na Inglaterra.

Na primeira situação, o juiz John Marshall, conhecido pelo emblemático precedente acerca do controle difuso de constitucionalidade pelo judiciário, entendeu por afastar o véu da pessoa jurídica (piercing the corporate veil)[2] e imputar a responsabilização dos sócios, não pela discussão acerca da autonomia patrimonial, mas sim diante do fato da competência da justiça federal, que só poderia dirimir à época controvérsias entre cidadãos e empresa não era enquadrada como tal.

É que nos Estados Unidos, nos termos do art. 3º, seção 2ª, as cortes a controvérsia entre dois ou mais Estados; entre um Estado e cidadãos de um outro Estado; entre cidadãos de diferentes Estados; entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões de diferentes Estados, e entre um Estado, ou os seus respectivos cidadãos, e potências, cidadãos ou súbditos estrangeiros[3]. Logo, restou imputada a responsabilidade aos sócios, declarando-se a competência do referido órgão.

Já o caso Inglês, apontado como a "pedra fundamental" do estudo acerca da autonomia da pessoa jurídica[4]. No caso, Aron Salomon constituiu a Salomon Co. que, após sucessivos transtornos incidentes em sua atividade, incorreu na insolvência da companhia constituída sob responsabilidade limitada, ante o uso com ânimo de fraudar os seus credores.

Daí, em decisão de primeiro grau, foi afastada a autonomia da pessoa jurídica, no intuito de responsabilizar Salomon a indenizar a companhia, pois na realidade os sócios não detinham esta qualidade plena, tendo o primeiro utilizado a sociedade para atividades indevidas.

Em que pese ser apontada como "*leading case*", a decisão de primeiro grau foi reformada pela Casa dos Lordes, sob o entendimento de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

prevalecer a separação patrimonial da sociedade e a consequente irresponsabilidade dos sócios nas obrigações.

1.2. **CONCEITO.**

Antes de adentrar à conceituação, importante se faz trazer uma distinção entre a pessoa jurídica e aqueles que possuem sua propriedade. Quanto à primeira, entende-se a existência de uma autonomia patrimonial com relação a estes, dispondo de patrimônio próprio capaz de torna-la sujeita de direitos e obrigações com a devida proteção legal.

Acaso não houvesse uma circunstância integrante de direitos e obrigações pertinentes às pessoas jurídicas, não haveria necessidade de se destacar o patrimônio das pessoas integrantes para constituição de uma com finalidade empresarial ou simples.

Por sua vez, quanto aos sócios, há uma destinação patrimonial para fins de dar existência à pessoa jurídica, de forma a tornar independente em face dos bens dos sócios. Assim, possibilita-se uma segurança no exercício das atividades empresariais, porém não consubstanciada na total ausência de responsabilidade.

Observando-se a existência de um destaque patrimonial, e de uma independência, na relação entre a pessoa dos integrantes com a pessoa jurídica, não parece consistente a ideia de total relação entre o cotejo patrimonial do sócio e da pessoa jurídica.

Portanto, conceitua-se a desconsideração da personalidade jurídica como o meio pelo qual se permite atingir a separação patrimonial existente entre a pessoa jurídica e seus integrantes pelo preenchimento de requisitos capazes de ensejar no uso indevido de tal situação, de forma a desvirtuar a finalidade do ordenamento jurídico.

1.3. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.**

O instituto possui o viés de direito material tendo o CPC/15[5] trazido um regramento de cunho processual com natureza jurídica de intervenção de terceiros.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Devem-se, antes de adentrar à análise da desconsideração e do incidente, fixar alguns pontos passíveis de dúvidas e confusão. Primeiramente, a desconsideração é objeto do direito material, ora observada no âmbito do CDC, ora no CC/02, respectivamente mediante a aplicabilidade das teorias menor e maior, bem como se trata de questão diversa[6] do incidente trazido pelo CPC/15, pois neste caso há uma natureza processual, sendo o meio pelo qual se configurará, ou não, a incidência das teorias mencionadas conforme o caso.

Ato contínuo, é importante o estabelecimento da diferença entre a desconsideração da personalidade jurídica e a despersonificação, termo também utilizado para fins de intitular o instituto em comento. No caso, deve-se observar na desconsideração a incidência no plano da eficácia, uma vez que busca tornar sem efeito eventual ato capaz de prejudicar o credor.

A desconsideração da personalidade jurídica visa imputar aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica a responsabilidade por atos voltados a burlar a lei ou causar danos a terceiros. Não acarreta na nulidade da pessoa jurídica, mas sim, o fato de não levar em consideração a sua existência[7].

Já a despersonificação, pode ser obtida por desvirtuamento da pessoa jurídica, por meio de sanção[8], de forma a se buscar a anulação[9] de sua constituição ou cassação do funcionamento, ao que ocorre com as fundações que passam a ter sua finalidade ilícita, nos termos do art. 69 do CC/02[10].

No ordenamento jurídico pátrio, restou definido pelo CC/02 (art. 422) a necessidade de serem observados nos contratos a socialidade (função social), a eticidade e a operabilidade. Pelo primeiro, entende-se que a relação contratual deva ser pautada de forma a atingir, embora no âmbito interno da pessoa jurídica, um bem comum.

Já por eticidade, observa-se a existência de um requisito pautado na ética entre os contraentes. Por fim, a operabilidade consiste na atuação mais eficaz e coerente do operador do direito, encurtando a situação fática em prol da concretização dos preceitos normativos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De tal forma, na desconsideração da personalidade jurídica é visto o preenchimento de requisitos elencados no ordenamento jurídico com ensejo de possibilitar o plano da eficácia da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e física (s) que a (s) compõe (m), quando houver violação dos deveres legais.

2. TEORIAS MAIOR E MENOR E DO DIREITO MATERIAL.

2.1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.

No Brasil, inicialmente se trouxe a previsão em diplomas de direito material. O primeiro foi o CDC (lei nº 8.078/90), consagrando a teoria menor, no art. 28, permitindo a desconsideração quando

> " ... 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 provocada por má administração.§ 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.[11]"

Posteriormente, a antiga lei n. 8.884/94 (Anti-truste), revogada pela Lei nº 12.529/11[12] estabeleceu no art. 18, sob a incidência da teoria maior, que:

> "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. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".[13]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Outra previsão do instituto foi abordada para fins de disposição acerca das penalidades em condutas lesivas ao meio ambiente. A lei nº 9.605/98, sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), determinar que: "Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente"[14].

Assim como no CDC, restou presente a incidência da teoria menor, diante da incidência da desconsideração sempre que a personalidade for obstáculo para o ressarcimento dos prejuízos causados.

No âmbito do direito material, consagrando sob a aspecto geral, o CC/02 trouxe no art. 50 a previsão da desconsideração da personalidade jurídica, sob a influência da teoria maior, pois exige que esteja presente o abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pena confusão patrimonial. Assim dispõe:

> "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".

Acerca do procedimento para aferição das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, até o advento do CPC/15, não havia um rito pré-estabelecido de forma a garantir de forma eficaz a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O que se tinha era a previsão do redirecionamento da execução fiscal para alcançar o patrimônio dos responsáveis pelo débito junto à Fazenda Pública, conforme se vê no art. 4º, §3º, da Lei nº 6.830/80[15]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> " Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:
>
> (...)
>
> § 1º - Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.
>
> (...)
>
> § 3º - Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

Na seara trabalhista, a desconsideração da personalidade jurídica do empregador já vinha sendo aplicada em sede de execução trabalhista, consistindo na possibilidade de a execução em face da empresa executada ser redirecionada ao patrimônio dos seus sócios, a fim de viabilizar a satisfação dos créditos dos trabalhadores constantes do título judicial[16].

Fundamentava-se sua viabilidade diante da interpretação sistemática dos artigos 2º, §2º, 10, 448 e 449 da CLT, constituindo um princípio de direito material. Em que pese tal entendimento, acredito que não se pode extrair tal conclusão para ensejar na existência do instituto no âmbito trabalhista.

Primeiramente, o art. 2º, §2º trata da hipótese de se responsabilizar solidariamente a empresa principal e cada uma das subordinadas. Ou seja, deve haver um grupo econômico por hierarquia[17], diferentemente do que ocorre na Lei do Trabalhador rural, diante do fato de haver previsão legal da existência de grupo por coordenação (art. 3º, §2º).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Quanto ao disposto nos artigos 10 e 448 da CLT, estes possuem relação com os princípios da intangibilidade contratual objetiva, pelo não se altera o contrato pela mudança do empregador, e da despersonalização deste, no sentido de direcionar a pessoalidade apenas ao empregado e não ao empregador, salvo exceção legal. Por fim, o art. 449 da CLT traz uma constatação hoje garantia pela Lei nº 11.101/05 no art. 83, ao classificar o crédito trabalhista em primeiro na ordem de credores. Em suma, o que existe é previsão de redirecionamento do patrimônio de outra empresa do grupo.

Portanto, antes do advento do CPC/15, o mais próximo de procedimento para desconsideração da personalidade jurídica, que se tinha era a previsão na lei de execução fiscal, embora não de forma abrangente capaz de garantir o pleno contraditório e a eficácia do instituto da segurança jurídica.

2.2. ASPECTO MATERIAL

O instituto em estudo não traz uma etimologia extensa, tendo doutrina no sentido de dividir em teoria maior ou menor, sendo a majoritária, em objetiva e subjetiva[18] e em teoria forte ou fraca[19] que embora não seja a desconsideração abordada sob esta dicotomia, não há impedimento a sua utilização.

Conforme relatado acima, a incidência no direito material da desconsideração da personalidade jurídica é abordada, a depender do diploma[20], ante a principiologia adotada, em duas vertentes: teoria maior e teoria menor.

Observa-se uma peculiaridade quando da previsão da teoria respectiva, no sentido de quem é o destinatário da sua incidência. No caso da teoria maior, há um maior grau de paridade entre os eventuais litigantes, tanto que se verifica no Código Civil e na lei Antitruste.

Diferentemente, quando se estar diante da hipótese de incidência da teoria menor, há uma necessidade de tutelar uma relação em que existe uma hipossuficiência ou um interesse soberano para tanto, pelo bem jurídico em questão. No caso, o CDC tem princípios voltados à defesa do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

consumidor, enquanto a lei nº 9.605/96 trata de defender um interesse difuso da coletividade, o meio ambiente.

2.2.1. TEORIA MAIOR.

Pela incidência da teoria maior, não basta apenas haver um prejuízo ao credor pelo inadimplemento do devedor, pois se mostra necessária a presença de requisitos para tanto. Talvez por isso que se atribua a terminologia de desconsideração da personalidade jurídica subjetiva[21], diante da necessidade de preenchimento de outros requisitos que não apenas o inadimplemento pela pessoa jurídica.

Assim dispõe o art. 50 do CC/02:

> "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" (grifos nossos).

Ou seja, existe a necessidade de que além do inadimplemento, esteja demonstrado o abuso da personalidade jurídica, desvirtuando os fins estabelecidos na sua constituição, ou pela confusão patrimonial, quando os sócios não separam o patrimônio pessoal do da pessoa jurídica.

É de se ressaltar que no âmbito do direito civil, existe uma relação dentre particulares em paridade, ensejando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ante o dever de boa-fé. Logo, ante a presumida ausência de hipossuficiência, não se mostra ampla a possibilidade de desconsideração, havendo a necessidade de demonstração das hipóteses mencionadas.

Para a doutrina[22], sendo esta em sua classificação a modalidade subjetiva, seria possível atingir os bens particulares do sócio quando a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pessoa jurídica não tivesse nenhum mais desembaraço e os atos praticados pelo sócio contivessem aspectos de abuso do poder, desvio de finalidade, confusão patrimonial ou má-fé.

2.2.2 TEORIA MENOR

Por esta teoria, tem-se o alcance dos bens dos sócios independentemente de atos destes, com a necessidade apenas da presença do inadimplemento da obrigação. Por isso, justifica-se a adoção do critério objetivo, já que não se precisa demonstrar nenhum ato de abuso da pessoa jurídica ou confusão patrimonial, bastando o mero inadimplemento para imputar a responsabilidade aos bens dos sócios.

Esta teoria foi consagrada no direito brasileiro através do art. 28, §5º do CDC[23]. Em que pese haver previsão no citado artigo de que haverá a desconsideração quando presente o abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração, o aludido parágrafo consagra a incidência no patrimônio dos sócios quando a pessoa jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

É a teoria adotada na seara trabalhista, diante do caráter de hipossuficiência do trabalhador, além da dificuldade atribuída a este de propor uma instrução probatória para demonstrar a prática doloso ou culposa do empregador no intuito de deixar a empresa insolvente. Com relação ao direito do trabalho, assim como extraído do art. 28 do CDC, existe uma relação de hipossuficiência entre o trabalhador e o empregador, logo, por força do art. 8º, p. único, da CLT, que determina a incidência subsidiária do direito comum quando existir lacuna e não for incompatível com o direito do trabalho.

No caso, por haver maior convergência entre a teoria mentor do CDC, sendo este integrante do direito comum, incidindo a eficácia diagonal dos direitos fundamentais, relação entre particulares, porém reconhecendo a hipossuficiência de um dos lados, a teoria menor (ou objetiva) se mostra aplicável ao direito do trabalho.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Portanto, sob o viés atrelado ao direito material sobre a desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito dos contratos de emprego, incidirá a teoria menor (ou objetiva), acarretando na responsabilização dos sócios pelo mero obstáculo ao pagamento dos créditos trabalhistas.

3. ASPECTO PROCESSUAL.

Conforme aludido anteriormente, não se tinha até o advento da Lei nº 13.105/15 uma sistemática capaz de tornar eficaz os princípios e direitos fundamentais de natureza processual. Tal circunstância acarretava numa insegurança jurídica procedimental.

3.1. PERÍODO ANTERIOR AO CPC/15.

O art. 889 da CLT dispõe ser aplicável subsidiariamente a lei de execuções fiscais ao processo de execução trabalhista, em face de regras mais eficazes para satisfação do crédito da Fazenda Pública. Explica-se: o referido crédito goza de diversas prerrogativas com base nos princípios da primazia do interesse público sob o privado e da indisponibilidade.

Desta forma, buscou-se tutelar os princípios fundamentais pertinentes ao processo, porém com uma tutela capaz de não ensejar na inviabilidade de operações financeiras da Fazenda em decorrência da satisfação do crédito do particular.

Via-se a possibilidade de inclusão do sócio por meio da previsão contida no art. 4º, §3º da Lei nº 6.830/80, que assim dispõe: "Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida".

Na Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho[24] havia previsão nos artigos 78 e 79 de aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, contudo houve a revogação por meio do ATO nº 05/GCGJT, de 29 de março de 2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Havia a determinação da necessidade de decisão fundamentada, em sede de execução, determinando a reautuação do processo para constar os dados da pessoa física, além da necessidade de citação no prazo de 48 horas para que o sócio indicasse bens da sociedade ou não havendo, garantisse a execução, com o fim de habilitá-lo para oposição de embargos à execução e demais mecanismos.

3.2. PERÍODO POSTERIOR AO CPC/15

Conforme restou consignado acima, viu-se a distinção entre o aspecto material e processual pertinente à desconsideração da personalidade jurídica. O referido incidente veio com o CPC/15 a ter a natureza jurídica de intervenção de terceiros, na modalidade forçada[25].

Nos termos do art. 133, caput, do CPC/15, o incidente "será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo", embora exista quem entenda ser possível de ofício[26]. Para tanto, o incidente deverá observar os pressupostos previstos em lei (§1º), sendo aplicável na modalidade inversa, quando se pretende atacar o patrimônio da pessoa física que fora ocultado na pessoa jurídica (§2º).

Um exemplo possível no âmbito da Justiça do Trabalho de manuseio de desconsideração inversa seria no caso do trabalho doméstico e do rural, pois no âmbito da CLT não se admite empregador pessoa física, conforme se extrai do art. 2º.

O IDPJ é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, com a imediata comunicação ao distribuidor para anotações devidas. É dispensável quando o requerimento ocorre na petição inicial, já que o suposto réu no IDPJ terá o prazo para apresentação de defesa, hipótese em que será citado o sócio ou a Pessoa Jurídica, sendo este caso o único em que não haverá a suspensão do processo (art. 134 do CPC/15).

No requerimento, deve haver o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração (art. 134, §4º), no caso, ou pela incidência da teoria maior ou menor. Após a instauração, o sócio ou a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pessoa jurídica será citado para manifestação e apresentação de provas cabíveis no prazo de 15 dias (art. 135). Ato contínuo, após a conclusão da instrução, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, sendo cabível o agravo interno quando for proferida por relator (art. 136).

Por fim, uma vez acolhido o pedido, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao postulante (art. 137).

4. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO CPC/15 E O PROCESSO DO TRABALHO.

4.1. INAPLICABILIDADE.

Com o advento do CPC/15, doutrinadores consagrados do processo do trabalho foram no sentido de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seria inaplicável.

Homero Batista apresenta um rol de fundamentos para inviabilidade do instituto, entre eles: o fato de que o empregador é mera atividade exercida, o fato de alterar a natureza jurídica deste ser inoponível ao empregado, pelo princípio da primazia da realidade no sentido de que este imputa ao beneficiário dos serviços a responsabilidade pelos débitos trabalhistas.

Ainda, o fato de que os incidentes são resolvidos por despachos e decisões interlocutórias, não desafiando agravo de instrumento, além da questão do prazo para garantia do juízo, pela singularidade do contraditório diferido na justiça do trabalho e previsibilidade na então Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho[27].

Para Mauro Schiavi[28], o incidente não seria aplicável ao processo do trabalho na fase de execução, diante da possibilidade de promoção desta de ofício pelo magistrado, sendo o incidente incompatível com os princípios da celeridade e da simplicidade, além do fato de que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

hipossuficiência do trabalhador e o crédito de natureza alimentar permitem o contraditório diferido.

Também no sentido da inaplicabilidade, foi a doutrina de Carlos Henrique Bezerra Leite[29], tendo em vista que a desconsideração da personalidade jurídica do empregador vem sendo tradicionalmente utilizada, mormente em sede de execução trabalhista, e consiste na possibilidade de a execução em face da empresa executada ser redirecionada ao patrimônio dos seus sócios, a fim de viabilizar a satisfação dos créditos dos trabalhadores constantes do título judicial.

Aponta ainda o citado autor que pelo fato de a execução ser promovida de ofício pelo magistrado, com um simples despacho seria possível o redirecionamento da execução, sem a necessidade de instauração do incidente, bastando a constatação de inexistência de ativo patrimonial da empresa para saldar o crédito do trabalhador.

4.2. APLICABILIDADE.

Entre os autores que apontavam pela aplicabilidade do processo do trabalho, antes da IN 39/16, viu-se na obra de Wolney Macedo[30] a sustentação de argumentos para fins da viabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, diante da lacuna normativa da CLT e da necessidade de se prestar aos jurisdicionados a segurança jurídica.

No mesmo sentido traz Manuel Antônio Teixeira[31], apontando a necessidade de adaptações, a exemplo da possibilidade de instauração de ofício, assegurar o contraditório sem prejuízo à celeridade, além da irrecorribilidade imediata e autônoma da decisão que solucione o incidente.

Para Cleber Lúcio de Almeida[32], resta aplicável o incidente, diante do art. 769 da CLT, por inexistir previsão no diploma consolidado. Apontou antes mesmo da IN 39/16 a possibilidade de o magistrado instaurar o incidente de ofício, por força do art. 878 da CLT, com fundamento entre outros no CDC, na lei 8884/94 e 9605/98. Contudo, aponta alguns elementos incompatíveis, a exemplo da necessidade de suspensão do feito não sendo viável com o processo do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Pontua que, pelo princípio da simplificação das formas e procedimentos, que informa o direito processual do trabalho, impede-se a instauração do incidente como feito autônomo, em especial com forca suficiente para a suspensão do feito. Finaliza apontando que "o grau de civilização de uma nação se mede pelo valor de suas instituições para a proteção da pessoa humana, e pela perfeição técnica das regras que asseguram seu funcionamento".

4.3. IN Nº 39/16 E SEU ASPECTO NÃO-VINCULANTE.

O TST editou a IN nº 39/2016[33] com a finalidade de proporcionar um direcionamento na aplicabilidade do CPC/15 no processo do trabalho também em prol de uma maior segurança jurídica, contudo sem um caráter vinculante. Anteriormente a sua edição, foram aprovados enunciados no Fórum Nacional de Processo do Trabalho, na primeira reunião na Cidade de Curitiba, em homenagem ao professor Wagner D. Giglio. No referido encontro, foram divididos grupos com juristas para fins de traçar uma orientação.

Restou estabelecido no 3º grupo, a respeito do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica[34], que haveria incompatibilidade com o processo do trabalho, sob o argumento de que a execução se processava de ofício (art. 876, p. único e 878 da CLT), bem como pela indicação da aplicação da lei de execuções fiscais no que tange o processo de execução (art. 889 da CLT).

Tal premissa determina que deve ser observado o ditame trazido no art. 4º, §3º da Lei 6.830/80, além do princípio da simplicidade. O referido entendimento foi aprovado por maioria dos juristas convocados.

Conforme já fora dito anteriormente, a norma da lei de execuções fiscais cabe a suplementação pelo novo CPC, por força do art. 15, pois não garante um procedimento adequado e pairado no princípio da segurança jurídica, ante a indefinição de como irá proceder o magistrado.

A norma do art. 4º, §3º da Lei nº 6.830/80 indica que "os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

insuficientes à satisfação da dívida". Ou seja, apenas indica a possibilidade do redirecionamento da execução aos bens dos responsáveis, sem traçar um rito.

Diferentemente do disposto na referida jornada, entendeu o TST pela aplicabilidade do instituto ao processo do trabalho, nos termos do art. 6º da referida Instrução Normativa. Assim dispõe a norma:

> "Art. 6º. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).
>
> § 1º. Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:
>
> I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;
>
> II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;
>
> III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).
>
> § 2º. A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC".

Após a edição da instrução normativa, houve argumentos acerca da sua inconstitucionalidade[35], sob o argumento de violação ao princípio da separação dos poderes, pela competência da união de legislar sobre o direito processual (art. 22, I, da CF/88), violação do princípio da inércia da jurisdição e usurpação da competência do juiz natural.

Embora haja tal entendimento, em consulta[36] formulada pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

para fins de esclarecimento sobre a IN nº 39/16, o Ministro Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho respondeu que a referida instrução tem a finalidade de resguardar às partes segurança jurídica, porém não de forma vinculante aos demais magistrados. Logo, não cabe a sustentação de que o referido documento é inconstitucional.

Analisando as disposições acerca do instituto na IN nº 39/16, não se observa prejuízo aos princípios da simplicidade ou da celeridade, sendo, ao contrário, compatível com o processo do trabalho, fazendo as adaptações autorizadas pelos artigos 769 e 889 da CLT e 15 do CPC/15.

Assim, em que pese não ser uma fonte vinculante, a IN nº 39/16 corrobora com a tese de aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo do trabalho.

4.4. ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA.

Não resta dúvida do caráter privilegiado do crédito do trabalhador, incorrendo na primazia do credor trabalhista. Ocorre que, em que pese se tratar de direito integrante ao rol da categoria fundamental, ao buscar a efetividade das decisões judiciais, cabe ao magistrado primar, nos termos do art. 2º do Código de Ética da Magistratura, "pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos[37]".

Assim, é importante trazer uma definição e análise dos princípios processuais previstos no art. 5º da Carta Magna em confronto com a busca pelo adimplemento do crédito do trabalhador, para fins de incidência ou não da nova modalidade de intervenção de terceiros ao processo do trabalho, ou para excluir ou para compatibilizar. São eles: o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e o da duração razoável do processo (incisos LIV, LV e LXXVIII).

Quando se trata do princípio do devido processo legal, deve-se focar na ideia dicotômica ora trazida sob os aspectos substancial e formal, de forma a promover a eficácia de sua análise.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "O devido processo legal é analisado sob duas óticas, falando-se em devido processo legal substancial (*substantive due process*) e devido processo legal formal (*procedural due process*). No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. É campo para a aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público[38]".

Assim, ante a invasão ao direito de propriedade dos sócios, pessoas alheias e que também são alcançadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), e, consequentemente, pelo direito fundamental de propriedade (art. 5º, caput, da CF/88), deve o incidente ser observado dentro do processo do trabalho, pois caso assim não ocorra, haverá uma insegurança jurídica pela adoção por cada magistrado do método que lhe convir, justificando a satisfação de um direito fundamental, o crédito de natureza salarial, pela violação total de outro, sem ao menos conceder a oportunidade pelos meios adequados para tanto (devido processo legal substancial).

> "Tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo. Os direitos fundamentais relacionados à atuação processual e procedimental fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, e a compreensão do processo como um fim em si mesmo e o homem como objeto desta finalidade agride a um só tempo direitos fundamentais relacionados à existência do processo, e também a dignidade humana"[39].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No que tange aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), há de se promover ao réu a possibilidade de se defender de forma ampla, dentro das regras previstas no sistema processual. Por sua vez, por contraditório, entende-se o direito à informação, de manifestação e, ante o art. 10 do CPC15, consagrando a modalidade substancial[40] de ver seus argumentos considerados. (Art. 10 do NCPC).

Por fim, quanto ao princípio da duração razoável do processo, acrescido ao art. 5º por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, amparado no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), é possível se fixar a ideia de matriz principiológica sem uma definição estática, diante da impossibilidade de conceituar sem a análise concreta do caso posto.

Tal circunstância decorre do fato de não se ter uma linearidade padrão nos casos postos ao Poder Judiciário, de forma que existem ações com matéria simples e outras mais complexas, consistindo exatamente na necessidade de análise pela dinâmica proporcionada pelo processo.

No âmbito do processo do trabalho, busca-se a ideia do princípio da celeridade, estando vinculado a ideia de duração razoável do processo. Contudo, ressalte-se que tal princípio não é exclusivo da seara trabalhista, uma vez que há premissa constitucional pautando sua implementação.

A tramitação com base na celeridade é mais contundente em face da natureza alimentar da maior parte das pretensões, da condição do trabalhador e por se tratar de meio concretizador da justiça social. De outro lado o princípio da duração razoável deve estar em harmonia com o contraditório, o acesso à justiça e a efetividade e a justiça do procedimento[41].

Ainda, a premissa constitucional prevista no art. 5.º, LXXVIII, e no art. 4º do Novo CPC, que garante às partes uma razoável duração do processo por meio da adoção de técnicas procedimentais que permitam uma maior celeridade, naturalmente sem afastar as garantias constitucionais do processo. O raciocínio é bastante simples: quanto mais demore uma demanda judicial, menores são as chances de o resultado final ser eficaz,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

devendo-se atentar para essa realidade no momento da estruturação procedimental e da fixação das regras para a condução do processo.

A definição trazida pelo professor Fredie Didier ilustra com precisão como se deve enxergar tal princípio:

> "O processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional (...). A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles[42]".

A exposição de tais princípios teve a finalidade de trazer a necessidade de se analisar o instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, principalmente em face dos que se inclinam pela sua inaplicabilidade, com os preceitos constitucionais, para não tornar desconsiderável o fato de que o executado também é detentor de direitos fundamentais.

Utilizando-se das técnicas trazidas pelos princípios constitucionais, tem-se exatamente o dever do julgador de garantir o cumprimento de forma exauriente de suas decisões, porém respeitando as garantias processuais.

Deve-se proceder com a aplicação do princípio da interpretação conforme a constituição, de forma a não ensejar no sacrifício total de um direito em face de outro quando há possibilidade de aplicação conjunta. É que resta possível a observância de todos esses princípios de forma global.

Ao analisar os princípios constitucionais, no caso o da primazia do crédito trabalhista (art. 7º da CF/88) e os processuais acima expostos, deve-se buscar a interpretação de forma a observar os princípios da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

interpretação constitucional DA unidade da constituição, da máxima efetividade e da concordância prática[43].

Por unidade da Constituição, postula que não se considere uma norma da constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais.

Por princípio da máxima efetividade (força normativa da CF), visa-se conferir entendimento que prevaleça aos pontos de vistas que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual e, com isso, obtendo-se máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso.

Por fim, o princípio da concordância prática consiste na situação em que há choque entre normas. O alcance das normas deve ser compreendido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Extrair o máximo efeito de uma norma de forma a conciliar aas pretensões efetivas das normas. Deve ser encontrada em cada caso concreto, segundo os parâmetros oferecidos pelo princípio da proporcionalidade.

Em síntese, "não se interpreta o direito em tiras, aos pedados"[44]. Sob o viés constitucional, observa-se no incidente de desconsideração da personalidade jurídica um mecanismo capaz de tornar mais efetiva as garantias dos incisos LIV e LV do art. 5º, sem sacrificar o LXXVIII e nem o da primazia do crédito trabalhista (art. 7º da CF/88).

Há regra expressa, de forma que não se pode afastá-la simplesmente sob o argumento de que irá ferir o princípio da celeridade ou que já existe previsão na CLT. Não existe. A CLT é omissa, de forma a ser necessária a aplicação subsidiária do instituto, como meio de consagrar os princípios ora em análise.

4.5. APLICÁVEL OU NÃO AO PROCESSO DO TRABALHO?

Os artigos 769 e 889 da CLT preveem a incidência de outros diplomas normativos quando da omissão, o primeiro quanto ao processo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de conhecimento e o segundo no rito de execução, de forma subsidiária. Por sua vez, o art. 15 do CPC/15 dispõe que "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Em que pese a abordagem de conteúdo semelhante, não há o que se falar em revogação de um pelo outro ou muito menos a superação. É que, conforme traz ao rt .2º, §2º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, norma geral, no caso o direito processual civil, não revoga previsão de lei especial, a CLT. Cabe a análise conjunta dos citados artigos, sendo perfeitamente compatível[45] a incidência ao processo do trabalho do citado artigo 15 do CPC/15[46].

Cabe trazer a diferença entre a aplicação supletiva e subsidiária, diante a terminologia adotada pelo novo código de ritos. Por supletiva, entende-se a aplicação do CPC/15 quando há previsão do instituto no processo do trabalho, contudo de forma incompleta, que necessita de um aperfeiçoamento de uma maior efetividade e justiça ao processo do trabalho[47].

Exemplos apontados por Schiavi de sua aplicação são os casos de impedimento e suspeição trazidos pelo art. 802 da CLT e do ônus da prova do art. 818. Já no que tange a aplicação subsidiária, o referido autor, ao continuar sua exposição, indica ser no caso em que não existe disciplina em determinado instituto processual.

Resta, então, para uma definição do objetivo do presente artigo, firmar um posicionamento acerca da aplicabilidade ou não do incidente ao processo do trabalho, e, pela inexistência ou não de lacuna normativa[48] capaz de ensejar na incidência subsidiária. E, em caso positivo, como deve proceder o magistrado do trabalho ao utilizar do incidente de acordo com os princípios pertinentes ao processo do trabalho.

Ante o que já fora mencionado, é possível definir o posicionamento acerca da aplicabilidade ou não do instituto. Entendo pela primeira hipótese, tendo em vista a ausência de legislação especial a respeito, bem como a necessidade de garantia de uma segurança aos princípios supramencionados. Há no processo do trabalho uma regulamentação

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

inexistente acerca do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica[49].

Ademais, ao se adequar o incidente ao processo do trabalho, houve a inclusão de mecanismos de sustentação da celeridade e pela busca da primazia do crédito trabalhista, através da instauração de ofício, bem como a viabilidade de tutela de urgência de natureza cautelar, para fins de garantir, em casos excepcionais, a frustração de futuro exaurimento dos meios de tutelar a eficácia das decisões judiciais.

Cabe, a partir do próximo tópico, explicitar a análise prática do incidente.

5. APLICABILIDADE PRÁTICA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERACAO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

5.1. NO PROCESSO DE CONHECIMENTO.

Observadas as distinções entre o aspecto material e processo da desconsideração da personalidade jurídica, além das circunstâncias e fundamentos para sua viabilidade, é importante trazer a discussão a respeito de sua postulação junto com a petição inicial, no sentido de haver ou não interesse de agir.

Pois bem, é certo que para a procedência do incidente, ou a desconsideração em si, quando requerido na petição inicial, deve o autor, no âmbito trabalhista, demonstrar o aspecto material pertinente à teoria menor, ou seja, quando a pessoa jurídica criar um obstáculo para a satisfação de seu crédito.

Assim, quando se está no processo de conhecimento, a priori, não haveria interesse, diante da ausência de direito concreto, mas apenas de uma expectativa de direito. De tal forma, embora o ordenamento preveja tal possibilidade, dentro do interesse de agir, há observância do binômio necessidade-adequação[50].

Por interesse-necessidade, tem-se a ideia de que o mecanismo utilizado é o ideal para obtenção do bem pretendido. Já o interesse-

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

adequação traz o sentido de estar apto o pedido para solução do dissídio apresentado na petição inicial.

Então, na prática, a postulação no sentido de instaurar o incidente seria observada apenas no processo de execução, quando de fato seria possível auferir a insolvência da executada capaz de inviabilizar o direito do exequente.

Contudo, há diversas vertentes trazidas com a dinâmica processual em sentido contrário. Imagine-se o fato de que apenas na execução se observe a insolvência da empresa, quando já havia indícios neste sentido. De forma que, ao se dar início ao incidente na execução, já transcorreu prazo suficiente para dilapidação patrimonial dos sócios, ante a previsibilidade de constrição.

É certo que o operador do direito deve se pautar no brocardo jurídico da presunção de boa-fé e prova da má-fé. Porém, o exemplo acima apenas busca trazer uma hipótese em que seria possível o pedido de desconsideração junto com a inicial, além de outras contidas no art. 28 do CDC.

Neste sentido, observam-se duas saídas para a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica com a petição inicial: a procedência e a extinção sem resolução do mérito por ausência de interesse (art. 17 e 485, VI, do CPC)

No primeiro caso, deve-se pautar nas condições da ação. O interesse de agir é analisado em abstrato, com incidência da teoria da asserção. Deve o autor indicar a pretensão e ao juiz verificar a existência de uma decorrência lógica dos fatos. Assim, havendo a demonstração de situação capaz de inviabilizar possível execução, à exemplo do fechamento da empresa ou seu encerramento, ou um fato público e notório de insolvência, seria perfeitamente aplicável a teoria menor, logo sendo possível de procedência o pedido.

Haveria a demonstração tanto da necessidade, ante o fato de ser o mecanismo ideal para responsabilização dos sócios, bem como da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

adequação pela aptidão das circunstâncias para fins de desconsiderar a personalidade jurídica.

Situação contrária é vista quando não traz o autor qualquer elemento que possa se criar uma cogitação de insolvência futura. Aqui sim se deve aplicar o referido brocardo acima. Logo, embora o requisito do interesse-necessidade esteja presente, por ser o instrumento, no momento, para postular a desconsideração, não se encontra presente o interesse-adequação, pela inexistência de circunstâncias fáticas, analisadas em abstrato, capaz de ensejar num futuro prejuízo.

Portanto, nesta última hipótese, demonstra-se a viabilidade de extinguir o processo sem resolução do mérito no que concerne ao pedido de desconsideração, por ausência de interesse de agir, podendo, inclusive, suscitar o magistrado de ofício (artigos 17 e 485, VI e §3º, do CPC/15). Tal saída se mostra a mais coerente, pois não inibe uma futura instauração do incidente (artigo 876 da CLT c/c art. 6º da IN 39/16), podendo, quando presentes os requisitos do art. 28 do CDC, haver a desconsideração e o alcance do patrimônio dos sócios.

Há entendimento no sentido de que no momento do pedido, deve-se demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais que autorizam a intervenção[51], sob pena de inépcia, ante a ausência de causa de pedir (Art. 330, §1º, CPC/15). O processo do trabalho é baseado nos princípios da simplicidade e informalidade (art. 840, §1º, da CLT), de forma que basta a breve exposição dos fatos e o pedido para o preenchimento de tais pressupostos.

De tal forma, não havendo indicação dos citados requisitos, o pleito é alcançado pela inépcia, pois em que pese os princípios próprios do processo do trabalho, deve haver o atendimento do mínimo exigível. Em contrapartida, em havendo apenas um pedido, sem a indicação de causa de pedir, no caso, a breve exposição dos fatos, caberá a extinção sem resolução do mérito na forma do art. 330, I, §1º c/c art. 485, i, IV e §3º do CPC/15, inclusive podendo o magistrado arguir de ofício.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em síntese conclusiva, entende-se pela viabilidade do instituto no processo de conhecimento, tanto requerendo na petição inicial, como no decorrer do feito, em caso de identificação das hipóteses do art. 28 do CDC, ante ser o direito material aplicável.

Assim, encontram-se as seguintes consequências: (1) o deferimento, por meio de decisão interlocutória irrecorrível (art. 6º, §1º, I, da IN 39/16 c/c art. 893, §1º da CLT), havendo a integração do sócio no polo passivo da demanda; (2) Indeferimento por inépcia, quando o autor não identificar a breve exposição dos fatos ensejadores da desconsideração, com base no art. 28 do CDC; e (3) indeferimento por ausência de interesse, quando não restar presente a condição da ação em comento, por não se identificar um dos requisitos indicados.

5.2. NO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

Nos termos do art. 878 da CLT, ao magistrado é possível promover a execução de ofício, bem como todos os atos para fins de satisfação e efetividade da decisão judicial. Assim, deve o incidente ser analisado sob o viés do processo do trabalho. De tal forma, uma vez havendo embaraço para satisfação do crédito trabalhista, o magistrado instaurará o incidente, ou de ofício ou por provocação.

Ressalte-se que ao instaurar o incidente, embora indique a IN 39/16, no art. 6º, §2º que haverá a suspensão do feito, também traz a possibilidade de concessão, também de ofício, de tutela de urgência de natureza cautelar prevista no art. 301 do CPC/15 para viabilizar a garantia da execução, como no caso de um bloqueio de ativos financeiros do sócio ou bens em geral.

A existência do incidente não inibe o poder geral de cautela do magistrado naqueles casos em que é pública e notória uma atuação em confronto com o princípio da cooperação e da boa-fé processual. Em tais hipóteses, caberia, inclusive de oficio, como preceitua a IN 39/2016 no art. 6º, §2º.

Conforme toda narrativa do presente texto, o contraditório diferido deve ser utilizado de forma excepcional, não como regra, para não acarretar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

em injustiças ou lesão ao patrimônio de pessoa que ao final possa não ser responsabilizada.

Ao dar início ao incidente, deverá o magistrado observar os artigos 133 e seguintes do CPC, sendo a decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente passível de agravo de petição, uma vez que o art. 897, a, da CLT, prevê o manuseio de tal recurso das decisões do magistrado na execução, e não apenas da sentença. Logo, é possível a interposição de tal recurso.

Em caso de procedência do incidente, haverá a inclusão do sócio ao polo executado, podendo, ao ter a constrição de seu patrimônio, opor embargos à execução, já que não é mais um terceiro estranho ao feito. É relevante conhecer a qualidade do sócio para fins de apuração do meio adequado a ser utilizado. Isto é, com o reconhecimento da sua responsabilização, deverá manejar os embargos à execução (CLT, 884 e NCPC, 525, §, II), pois passa a gozar de condição e parte[52].

Em caso de não integrar a lide, e ter o seu patrimônio sofrido medidas de constrição, cabe o manuseio de embargos de terceiro, por se tratar de pessoa alheia ao feito, embora tenha a jurisprudência de doutrina admitido, ante o princípio da fungibilidade, o uso de um pelo outro, com base no princípio da simplicidade e da ausência de prejuízo[53].

Por incidir a teoria menor ao processo do trabalho, o mero obstáculo a satisfação do crédito trabalhista ensejará na procedência do incidente. Assim, quanto ao sócio ora integrante do polo passivo, antes de ter o seu patrimônio alcançado, deve haver a indicação de bens livres e desembaraçados, conforme se observará no próximo tópico.

5.3. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS.

O art. 795 do CPC/15 trouxe a responsabilidade do sócio de forma subsidiária quanto ao débito da sociedade nos casos previstos na lei, sendo o incidente de desconsideração da pessoa jurídica uma delas. Assim, uma vez instado a assumir a responsabilidade pela dívida da sociedade, o réu terá direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Como se trouxe acima, o caso analisado é quando não mais se verifica bens da sociedade, logo para fins de compatibilizar com os princípios do direito processual do trabalho, este argumento se sustentaria quando houvesse a nomeação de bens da sociedade na forma do parágrafo 2º do aludido artigo, desde que situados na mesma comarca, livres e desembargados e suficientes para adimplir o débito.

Assim, quando instado a se manifestar acerca da desconsideração, pela incidência da teoria menor, este seria o argumento a ser sustentado pelo sócio, analisando a circunstância de que de fato e de direito possui esta qualidade. De tal forma, uma vez assim o fazendo, a execução estaria prestes a ser satisfeita com os bens da sociedade, caso contrário, nada impediria ao magistrado alcançar os bens pessoais do sócio.

Portanto, é possível a convivência dos princípios do processo do trabalho com o respeito ao devido processo legal e a presença do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, em prol da segurança jurídica.

6. A REFORMA TRABALHISTA E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Com o advento da reforma trabalhista, houve praticamente a reprodução no art. 855-A da CLT do conteúdo presente no art. 6º da IN nº 39/16, com a ressalva da possibilidade de instauração do incidente de ofício pelo magistrado na fase de execução, uma vez que esta possibilidade foi extraída do texto consolidado diante da nova redação do art. 878 da CLT.

É certo que a presença no ordenamento jurídico do presente incidente causa maior segurança jurídica às partes ao evitar a adoção de procedimentos individualizados pelos magistrados. Causa além da segurança jurídica, o respeito ao princípio da isonomia.

Quanto ao atual teor da CLT, não houve alteração do que já foi trazido pela IN 39/16, com a ressalva da impossibilidade, em regra, de instauração do incidente de ofício pelo magistrado. Há, ainda, a hipótese excepcional de instauração, de forma a continuar em vigor e aplicável o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

teor do caput do art. 6º da IN 39/16 quando se tratar do exercício do jus postulandi.

É que a reforma trabalhista não restringiu a execução de ofício pelo magistrado quando a parte estiver no exercício do jus postulandi, consoante se extrai da atual redação do art. 878 da CLT. Logo, ainda é possível a instauração de ofício pelo magistrado.

Embora tenha havido restrição acerca da possibilidade de o magistrado atuar de ofício quanto à instauração do incidente, nada impede que, para fins de evitar a prescrição intercorrente, o magistrado consulte acerca da possibilidade[54], sem o comprometimento de sua imparcialidade.

Outro questionamento se dá quanto à ordem patrimonial a ser atingida. Uma vez sendo procedente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é de observar, sob a nova égide expressamente trazida no art. 10-A da CLT, ante uma interpretação sistemática, a possibilidade de se atingir o patrimônio dos sócios atuais, bem como dos retirantes no que tange ao lapso no qual o ex-empregado prestou serviços enquanto ainda estava na sociedade.

De tal forma, observa-se nesta circunstância jurídica que a reforma trabalhista trouxe uma maior segurança jurídica ao unificar o procedimento com o qual as partes devem se valer para possibilitar a responsabilidade patrimonial do sócio, além do rol para fins do benefício de ordem. Assim, evita-se a adoção de posições anteriores que entendiam até mesmo numa responsabilidade de sócio retirante *ad eternum*.

7. CONCLUSÃO.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazido pelo CPC/15 trouxe a regulamentação da possibilidade de o sócio ou a empresa (na modalidade inversa) ingressarem ao processo para responder com seus bens. Instaurou a normatividade sob o viés processual, pois anteriormente havia apenas preceitos de direito material (art. 28, §5º do CDC e art. 50 do CC/05).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Há plena aplicabilidade do instituto ao processo do trabalho, diante do atendimento aos princípios da unidade da constituição, concordância prática e máxima efetividade, de forma a privilegiar os direitos fundamentais do trabalhador (pelas verbas de natureza alimentar – art. 7º da CF), bem como os do empregador no que concerne a inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, ampla defesa e contraditório (Art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF/88).

É preciso ser ressaltado que o executado também é alcançado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CF/88). Portanto, com base no princípio da duração da razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII, CF/88), sob o entendimento desta no sentido de que deve ser célere e eficaz respeitando os direitos fundamentais, o incidente guarda todos os parâmetros em conformidade com o Processo do Trabalho. Não resta dúvida de que a aplicação do incidente do NCPC em comento traz segurança jurídica e obstaculizam decisões em confronto com os princípios constitucionais.

Não se pode considerar a previsão do art. 4º, §3º da Lei nº 6.830/80 um procedimento em si, uma vez que apresenta lacuna normativa a ser suprimida pelos artigos 133 e seguintes do CPC/15. Logo, cabe ao processo do trabalho, na fase de conhecimento pelo art. 769 da CLT e na execução (art. 889 da CLT) a observância do NCPC, pois no primeiro caso existe lacuna, enquanto no segundo a norma utilizada subsidiariamente se socorre do novo código de ritos ante sua lacuna normativa, assim, por consequência, havendo o amparo ao processo do trabalho.

Acertadamente o TST trouxe a compatibilidade do instituto em comento, separando o conteúdo de viés material e processual, no art. 6º da IN 39/16, com a ressalva de inexistência de força de lei do referido documento, contudo sendo um parâmetro aos demais órgãos do judiciário trabalhista.

O principal argumento de inaplicabilidade do instituto ao processo do trabalho se mostra sem guarida, pois, conforme o próprio TST trouxa na instrução normativa apresentada, permanece a possibilidade de execução de ofício pelo magistrado e da concessão de tutela de urgência de natureza

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

cautelar do art. 301 do NCPC para fins de assegurar o patrimônio a ser utilizado para garantia do crédito trabalhista (art. 6º, §2º, da IN 39/16).

Independentemente da previsão na instrução normativa, o referido mecanismo se mostra viável ante o poder geral de cautela (art. 765 da CLT), cabendo ao magistrado presumir a boa-fé do executado, salvo nos casos nos quais tal premissa se apresente inviável.

Com o advento da Lei n. 13.467/17, restou presente no art. 855-A da CLT a aplicabilidade do instituto, nos mesmos moldes anteriormente trazidos pelo CPC/15 e pela IN 39/16. Observa-se que a satisfação do crédito trabalhista não resta inviabilizada pela existência de incidente prévio ao alcance do patrimônio dos sócios.

Por fim, ressalte-se que ao alcançar o patrimônio dos sócios, a nova legislação também trouxe um rol a ser observado no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica, embora não mencione expressamente, mas que por uma interpretação sistemática deve prevalecer, qual seja o presente no art. 10-A da CLT a permitir que se atinja primeiro o patrimônio dos sócios atuais para depois se promover a constrição do patrimônio de sócio retirante em razão de obrigação existentes à época na qual figurou como sócio.

8. REFERÊNCIAS.

ALMEIDA, Cleber Lúcio. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: Élisson Miessa. (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

_____, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

_____, **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

_____, **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

_____, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Acesso em 05.09.2016.

_____, **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

_____, **Lei nº 13.105, de 15 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Acesso em 05.09.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura**. Acesso em 05.09.2016.

CORDEIRO, Wolney Macedo de. **Execução no processo do trabalho**. 1. ed. Salvador : JUSPODIVM, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. Ed – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** Maria Helena Diniz – 15. Ed ver e atual – São Paulo : Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

FORUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO, 1. 2016, Curitiba. **Enunciados aprovados.** Disponível em Acesso em 10.08.2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 637.

_____ disponível em Acesso em 05.09.2016.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: Élisson Miessa. (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel**. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. – Curso de processo civil).

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

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

SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. São Paulo, SP. Disponível em: . Acesso em 05.09.2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 11ª ed – São Paulo : LTr, 2016.

_____. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: Élisson Miessa. (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. 1ª ed – São Paulo : LTr, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado. V. 09 [livro eletrônico]**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____**Curso de direito do trabalho aplicado. V. 10 [livro eletrônico]**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 6ª – Rio de Janeiro : Forense, São Paulo : Método, 2016.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)**. 1. Ed. São Paulo : LTr, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Informativo nº 136**. Acesso em 05.09.2016.

_____. **Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho**. Disponível em < http://www.tst.jus.br/consolidacao-dos-provimentos>. Acesso em 05.09.2016.

_____. **Instrução Normativa nº 39**, de 15 de março de 2016. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Acesso em 05.09.2016.

_____. **Consulta**. Processo de nº 17652-49.2016.5.00.0000. Consulente: ANAMATRA. Acesso em 05.09.2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte**

geral. 8ª Ed. São Paulo : Atlas, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

NOTAS:

[1] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)**. 1. Ed. São Paulo : LTr, 2015. Pag. 158.

[2] Idem.

[3] SÃO PAULO. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. São Paulo, SP. Disponível em: . Acesso em 05.09.2016.

[4] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. Ed – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, pag. 521.

[5] BRASIL, **Lei nº 13.105, de 15 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Acesso em 05.09.2016.

[6] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, PAG. 406

[7] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8ª Ed. São Paulo : Atlas, 2008, pag. 276/277

[8] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. Pag. 513.

[9] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho** : (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015) / — São Paulo : LTr, 2015. Pag. 157.

[10] BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Acesso em 05.09.2016.

[11] BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[12] BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

[13] BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Acesso em: 05.09.2016.

[14] BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

[15] BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

[16] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 637.

[17] TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Informativo nº 136**. Acesso em 05.09.2016.

[18] SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 11ª ed – São Paulo : LTr, 2016, p. 1105

[19] ALMEIDA, Cleber Lúcio. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: Élisson Miessa. (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 293.

[20]TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 6ª – Rio de Janeiro : Forense, São Paulo : Método, 2016. p. 179.

[21] SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 11ª ed – São Paulo : LTr, 2016, p. 1105

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[22] *Idem.*

[23] BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acesso em 05.09.2016.

[24] Tribunal Superior do Trabalho (TST). **Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho**. Disponível em < http://www.tst.jus.br/consolidacao-dos-provimentos> Acesso em 05.09.2016.

[25] MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel**. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. – Curso de processo civil), p. 105.

[26] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 6ª – Rio de Janeiro : Forense, São Paulo : Método, 2016. p.190.

[27] SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado. V. 09 [livro eletrônico]**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. 242.

[28] SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 11ª ed – São Paulo : LTr, 2016, p. 1112.

[29] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 641-644.

[30] CORDEIRO, Wolney Macedo de. **Execução no processo do trabalho**. 1. ed. Salvador : JUSPODIVM, 2015. P. 182-183.

[31] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho** : (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015) / — São Paulo : LTr, 2015. Pag. 162.

[32] ALMEIDA, Cleber Lúcio. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: Élisson Miessa. (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 293-294.

[33]TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **Instrução Normativa nº 39**, de 15 de março de 2016. Dispõe sobre as normas do Código de Processo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Civil (CPC) de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Acesso em 05.09.2016.

[34] FORUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO, 1. 2016, Curitiba. **Enunciados aprovados.** Disponível em Acesso em 05.09.2016.

[35] Disponível em Acesso em 05.09.2016.

[36] TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Consulta**. Processo de nº 17652-49.2016.5.00.0000. Consulente: ANAMATRA. Acesso em 05.09.2016.

[37] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura**. Acesso em 05.09.2016.

[38] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**– 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2016, pag. 258/259.

[39] MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. P.377.

[40] *Idem*, p. 418.

[41] SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 11ª ed – São Paulo : LTr, 2016, p. 102.

[42] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 67.

[43] MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014. P.99-100.

[44] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2005, p. 88.

[45] LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: Élisson Miessa. (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 107-108.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[46] SCHIAVI, Mauro. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. In: Élisson Miessa. (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 64.

[47] *Idem,* p. 55

[48] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** Maria Helena Diniz – 15. Ed ver e atual – São Paulo : Saraiva, 2010 Pag. 06

[49] CORDEIRO, Wolney Macedo de. **Execução no processo do trabalho**. 1. ed. Salvador : JUSPODIVM, 2015. P. 43

[50] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**– 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2016, p. 197.

[51] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. Ed – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 520.

[52] CORDEIRO, Wolney Macedo de. **Execução no processo do trabalho**. 1. ed. Salvador : JUSPODIVM, 2015. p. 504.

[53] *Idem*.

[54] SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. 1ª ed – São Paulo : LTr, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

JUSTIÇA DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - UMA ANÁLISE CRÍTICA

RAYANNE DA SILVA BARBOSA TEIXEIRA: Graduanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES [1]
(Orientador)

Resumo: Este artigo advém de estudos realizados quanto a aplicabilidade do instituto da conciliação frente as ações previdenciárias, tendo como base a garantia do direito à seguridade social. Tem por cunho a conciliação como meio consensual de solução de controvérsias perante a vasta demanda processual, demanda essa que corrobora para a morosidade perante os princípios constitucionais. Busca-se alcançar a justiça compreendendo a eficácia das conciliações na realidade do Poder Judiciário, percebendo assim, a necessidade por parte do Juiz, Procurador e Advogado em fomentar acordos alcançando a paz social, findando as desigualdades. Dispõe-se de uma pesquisa crítica, sob método indutivo com vasto campo bibliográfico sobre o incentivo dos personagens do judiciário que compõem a estrutura previdenciária na busca por acordos justos e eficazes perante o processo civil.

Palavras-chave: Acordos; Conciliação; Direito Previdenciário; Justiça; Personagens.

Sumário: 1. Introdução; 2. A compreensão da Justiça sob a ótica dos filósofos e cientistas do Direito e sua aplicabilidade na Justiça Contemporânea; 3. Previsão normativa da conciliação na relação do processo civil com a Resolução n°125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e sua aplicação nas ações previdenciárias; 4. Análise sobre a função do Juiz, Procurador Federal e Advogado, personagens envolvidos perante a concepção de Justiça Construída no instituto da Conciliação; 5. Conclusão; 6. Referências.

---

1. Introdução

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A questão central desse artigo é explanar a postura conciliatória dos personagens do Poder Judiciário na estrutura previdenciária, partindo do lado ético e normativo de suas funções diante do instituto da conciliação, compreendendo se este representa um método eficaz e justo na solvência dos conflitos.

Analisa-se os princípios constitucionais em conformidade com o processo civil, tendo por base o direito à seguridade social entre parte beneficiária e INSS, em busca de um acordo com renúncias de direitos a beneficiar ambos os lados, reduzindo as desigualdades amparados por uma política pública efetiva com acesso à justiça.

O objetivo do estudo foi desenvolver uma análise crítica sobre a aplicabilidade das conciliações em lides previdenciárias em confronto com a atuação dos personagens, sendo eles Juiz, Procurador Federal e Advogado na composição de acordos nas audiências, e para essa compreensão se faz necessário o conceito de justiça perante o entendimento filosófico e científico do direito em contraposição com a função normativa de cada parte envolvida no processo, bem como assimilar a Resolução n°125/2010 e sua aplicação no direito contemporâneo.

Tem-se a necessidade de garantir os preceitos constitucionais do processo, simultaneamente ao devido processo legal, que exige sua forma justa, pautados na colaboração dos atores do processo e da ponderação normativa, analisando o caso concreto, em busca da justiça.

2. A compreensão da Justiça sob a ótica dos filósofos e cientistas do Direito e sua aplicabilidade na Justiça Contemporânea

Como marco inicial, é preciso trazer à baila a discussão sobre o que é Justiça para o entendimento do problema proposto. Sendo essa de múltiplos conceitos, necessário se faz um breve estudo filosófico a orientar a realidade do Direito Previdenciário no cenário Federal.

De fato, a Justiça era algo ditado por um corpo de homens com poderes para com a sociedade nos primórdios mais remotos, e que se diziam aplicadores do direito. No entanto, com o crescimento das sociedades, as relações se intensificaram, surgindo assim questionamentos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

para com os reais direitos e deveres. Com esses questionamentos, tem-se a necessidade da análise do conceito de Justiça, a começar por Hans Kelsen, expondo a Teoria Pura do Direito, estando a justiça firmada como uma qualidade de conduta humana específica no tratamento dado a outros homens, com a compreensão de que o jurista apenas descreve o direito como ele é, com neutralidade, sem elementos valorativos, tão somente aplicando a norma, o dever-ser, sendo a igualdade perante a visão da lei, e não quanto a visão do aplicador do direito.

Por sua vez, Jhon Rawls entende Justiça como um princípio ordenador em busca de uma virtude, indo muito além do que seria vantajoso ou desvantajoso, defendendo sua forma contributiva, onde a cooperação entre os personagens livres e iguais em um único ato conjunto resulta um soma total maior de atribuições de direitos e deveres para com os benefícios sociais.

A atividade coletiva aplicada através da cooperação justa é virtuosa proporcionando felicidade e, assim, defende a dignidade e senso de justiça nas pessoas e a estabilidade social.

E assim expõe dois princípios, que devem ser resultantes de um pacto justo:

> Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas;
>
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto a se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos. (RAWLS, 2016, p. 73)

Por fim, o pensador Aristóteles retrata a concepção de Justiça como uma virtude completa, no centro animador de todas as outras; construída, onde o agir do homem em consonância com seu caráter e princípios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

equilibra as relações e proporciona o bem-estar em busca da felicidade, ou seja, a realização humana.

Quando apontado à ideia de virtude completa, essa se relaciona quanto cumprir todas as virtudes, sendo assim cumprir todas as leis, apesar disso, não absolutiza a justiça legal, defendendo este como um meio e não um fim. Assim expressa o pensando: "Portanto, segundo a sua essência e segundo a razão que estabelece a sua natureza, a virtude é uma mediação, mas em relação ao bem e à perfeição ela está no ponto mais elevado" (ARISTÓTELES *apud* NICOLA, 2005, p. 98).

Tem-se o entendimento que "somente a justiça abre a pessoa à comunidade; ninguém é justo para si, mas em relação aos outros a justiça é a virtude da cidadania que regula toda a convivência política" (PEGORARO, 1995, p. 13).

Para isso, aborda a virtude intelectual com um homem racional, elevando a ciência e a sabedoria mais a virtude moral, apurando o lado ético dos costumes e hábitos nas relações sociais. Trata-se do cidadão na polis, e não mais do indivíduo. Não obstante, ainda faz apreciar as formas distributiva e política de Justiça, com a atuação do Estado em sua forma proporcional, sem que alguns recebam mais e outros menos, e sim de acordo com a capacidade de cada indivíduo somado a retratação da lei.

Vale destacar, o pensamento de Pegoraro (1995, p. 127) que desde 1995 defendia que o maior desafio da sociedade contemporânea era a construção de uma ordem social justa, com a exposição que exercer o respeito ao outro perante uma idêntica natureza seria uma exigência ética, sendo esse elemento basilar da justiça.

> Numa palavra, a síntese da ética é a justiça como principio objetivo de respeito à ordem cósmica e como virtude subjetiva que leva o homem ao respeito de si, do seu semelhante e de toda a natureza. Toda forma de violência contra o ser humano é injustiça; também é injustiça a dominação abusiva dos seres inferiores. (PEGORARO, 1995, p. 127)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Diante de discussões e amadurecimento, é fato contemporâneo o reconhecimento dos direitos e deveres sociais, e que somado ao acesso efetivo à justiça, forma o Estado Social. E é com a aplicação da Justiça nas ações previdenciárias que será tratada dessa perspectiva distributiva e cooperativa da figura do Juiz, Procurador Federal e do Advogado, somado a transparência do conhecimento e de acordos justos para se fazer o cumprimento das leis através da proporcionalidade, onde as partes litigam o benefício previdenciário.

Esta é construída através de diálogos no qual ninguém perde mais do que ganha, ou ganha mais do que perde, tendo por base a função do Estado em mediar os conflitos quando provocado, de forma a promover justiça agindo na imparcialidade, analisando o caso concreto, sendo fiel ao cumprimento das leis, preservando a igualdade aos iguais e a diferença aos diferentes.

É como unir todas as teorias dos autores supracitados e lutar contra uma justiça imposta, conceitual, na qual é presente uma discrepância em termos econômicos e informacionais entre os litigantes, não reconhecendo as particularidades do conflito entre o INSS e o beneficiário.

3. Previsão normativa da conciliação na relação do processo civil com a Resolução n°125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e sua aplicação nas ações previdenciárias

Com base em pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, atende com maior número de litigantes em demanda o Instituto Nacional Do Seguro Social – INSS, tanto nacionalmente, quanto na esfera da Justiça Federal assumindo a primeira posição.

Corrobora a pesquisa feita pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, no ano de 2012, estatísticas sobre a realidade das audiências de conciliação, não sendo enquadrada como prática habitual nos Juizados Especiais Federais, com 49% dos juizados alegado que nunca realizaram audiências desse instituto. A fragilidade da conciliação nos Juizados Especiais Federais é evidenciada ainda pelo fato de as sentenças homologatórias de acordo somarem 14,9% do total.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Dessarte, a demanda processual e o percentual baixo em sentenças homologatórias é indiscutível e assim, a massa judiciária não possui condições para exercer o princípio da razoável duração do processo com eficácia por todas as fases processuais, e por consequência temos a morosidade, fora o dispêndio nos cofres públicos e os custos processuais, que não são objetos desse estudo. Para elucidar, dispõe o artigo 4º do Código de Processo Civil: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Diante de uma excessiva demanda em ações previdenciárias, a questão da composição de litígios com meios alternativos de soluções, com vista na sociedade contemporânea através da autocomposição pelas próprias partes conquista espaço significativo no processo civil e na realidade dos órgãos judiciários.

Referenciado o Juizado Especial Federal – JEF, é também regido por princípios direcionado a uma justiça social com basilar na cidadania, democratização, igualdade, dignidade da pessoa humana, em consonância com o art. 2º da Lei n. 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais, onde nos diz: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação". E com aplicação nas ações previdenciárias, observa-se o limite de sessenta salários mínimos para ser processada e julgada pelo Juizado Especial.

Faz-se alusão ao conteúdo expressado, a Seguridade Social é composta por três pilares, sendo eles a Previdência Social, Assistência Social e Saúde Pública. Elucidando a Previdência Social com fonte matriz na Constituição Federal, em seu artigo 6 reconhecendo-o como direito social.

Ao mensurar os benefícios pleiteados, infere a aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, pensão por morte, auxilio-reclusão, salário-maternidade, benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência. Sabendo destes fica evidente o objetivo da previdência em estabelecer um sistema de proteção social para maior

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

desenvolvimento dos meios de subsistência do segurado bem como sua família.

> O fim almejado pela previdência social reside precisamente na garantia de subsistência dos seus beneficiários em razão dos eventos que diminuem ou eliminam a sua capacidade de autossustento. Assim, a previdência social tem caráter eminentemente econômico e alimentar destinado a prover o sustento dos seus beneficiários. (DIAS, MACÊDO, 2010, p.61)

Confirma para este a lei 8.212 de 1991 em seu artigo 1° que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, e a lei 8.213 de 1991 em seu artigo 3° que trata dos benefícios da Previdência Social, destaca-se:

> **Art. 1.**
> A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.
> **Art. 3.**
> A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependia economicamente.

Com o avanço da sociedade e da política judiciária pública, sabe-se que a sentença não é mais o único meio de efetivar a prestação jurisdicional. Com o advento da Resolução n°125 do ano de 2010 foram dispostos meios consensuais de soluções à auxiliar o Poder Judiciário, e diz ainda a respeito da Política Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses, reunindo informações quanto ao direito de acesso à justiça, incentivo aos meios consensuais de solução de conflitos com orientação para a boa execução da política pública com o objetivo pela busca da pacificação social, prestando maior atendimento e orientação para com a sociedade. Não obstante, norteia quanto a criação dos centros judiciários

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de solução de conflitos e cidadania, pois serão esses os gerenciadores dos meios consensuais.

Fazendo referência aos meios consensuais busca-se atingir a ideia de uma justiça realmente justa, pois a proposta para com a paz social remete a interpretar que para se obter o valor social necessário se faz ser justo uns para com os outros, praticando valores e princípios a contribuir com a sociedade. Desta forma, o novo Código de Processo Civil, sob uma legislação moderna, trouxe o advento da Conciliação, como forma de auxiliar na demanda judicial, tendo por cunho não apenas colaborar com as demandas de forma célere, mas alcançando o aperfeiçoamento das relações humanas, incentivando o coletivo, expondo e elucidando que as próprias partes são capazes de resolver suas lides sem o aprofundamento no judiciário, auxiliando o Estado na construção da paz social.

Assim, o legislador torna livre a escolha das partes em sua forma individual em busca da autocomposição e, ocorrendo o desinteresse, este deverá fazer expressamente. Versa a letra de lei do Código de Processo Civil:

> **Art. 319**. A petição inicial indicará:
> [...]
> **VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação**. (Grifou-se)

Sendo a petição preenchida conforme requisitos estabelecidos, o juiz designará a audiência de conciliação, exceto:

> Art.334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
> [...]
> **§ 4º A audiência não será realizada:**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição. (Grifou-se)

A conciliação, como define Mauricio Godinho Delgado, é o método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro, que se mantém com os próprios sujeitos originais da relação jurídica conflituosa. Todavia é importante frisar que a força condutora dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, muitas vezes conseguindo programar resultado que, originalmente, não era imaginado ou querido pelas partes.

Esse instituto é objeto de estudo como uma forma procedimental, onde as partes chegam a um consenso alcançando a solução através do auxílio do conciliador obtendo assim a autocomposição. Ensina Daniel Neves (2016) que a autocomposição é uma solução sem a interferência da jurisdição mediante a vontade das partes, assumindo um caráter mais democrático perante uma conduta moderna da legislação, sendo esta a diferença entre a autotutela. "[...] é considerado atualmente um excelente meio de pacificação social porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia da vontade das partes na solução dos conflitos [...]". (NEVES, 2016, p. 05).

O Código de Processo Civil aborda em seu artigo 166 que a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. Como visto, entende-se a conciliação como um diálogo harmônico, promovendo um contato pessoal entre as partes, representando uma oportunidade para exporem mutualmente suas razões e buscarem um acordo com a interveniência/assistência do conciliador que auxilia a Justiça, sendo este capacitado como cita a Resolução n°125/10, findando em um acordo por uma vontade conjunta, satisfazendo o litigio de forma mais eficaz, já que as partes concordaram com tais determinações, e além do mais, contribui para uma coletividade evitando maiores desgastes que possam ocorrer com o trâmite do processo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Sobre os conciliadores não necessariamente precisam ser operadores do direito, desde que sejam profissionais habilitados para lidar com os conflitos, orientados atuar em causas em que as partes não tenha envolvimento anterior, possuindo relação a partir da lide instaurada. Todavia, faz parte do presente trabalho destacar a figura do juiz como auxiliar das partes, de forma imparcial, buscando a forma mais célere desde que as envolvidos manifestem interesse em acordar. Dispõe a Resolução n°125/10:

> Art. 12 Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

Nos Juizados Especiais, a autocomposição é um dos procedimentos técnicos adotados. Como alude o artigo 9º da Lei 10.259/01 que dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, o réu deverá ser citado para a audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias. E desta forma, agrega-se a importância em romper as concepções dos "juízos de certeza", e buscar uma justiça cooperativa, com soluções de conflitos de menor interesse econômico, incentivando as audiências, pois sem comunicação, não há diálogo e assim, não se alcança com eficácia os princípios da celeridade e da oralidade.

O CPC/2015 assim pretende incentivar os meios de controvérsias em primeiro plano, e ocorrendo o acordo este será homologado pelo juiz por meio de sentença de mérito, extinguindo o processo nos termos do art. 487, III, b, visto que as partes acordaram um negócio jurídico por força da sua vontade.

> **Art. 334.**
> §11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> **Art. 487.** Haverá resolução de mérito quando o juiz:
>
> **III** - homologar:
>
> **a)** o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
>
> **b)** a transação;
>
> **c)** a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

O acesso à justiça está para com um processo justo, desde o direito de ação, passando pelo devido processo legal com respeito a todas as fases processuais até o julgamento em tempo razoável para se tornar justa a decisão que resolverá a lide. Para melhor exemplificação a primeiro momento tem-se os atos preparativos do processo, e conforme obedecido os requisitos passará a tentativa de conciliação entre as partes e, por ventura não ocorrendo acordo haverá continuidade para com a fase da audiência de instrução e julgamento, onde o acordo será incentivado novamente pelo Juiz. Nesse sentido, normatiza o artigo 359 do CPC/2015: "Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.".

Isto posto, esse instituto é visto como célere, rápido, acessível mas ao inverso de algo "apressado", pois deve ser feito com cautela e atento as informações prestadas, resolvendo a lide com as próprias partes se esforçando em estabelecer a justiça, auxiliadas pelo juiz ou outro terceiro conciliador, com vista no sucesso para ambos e não com a concepção de perder ou ganhar aquela ação. Cabe uma observação final, que sua importância é tamanha que nos Juizados Especais, que acolhe as ações previdenciárias as causas tem por início a tentativa de conciliação.

4. Análise sobre a função do Juiz, Procurador Federal e Advogado, personagens envolvidos perante a concepção de Justiça Construída no instituto da Conciliação

Com o entendimento da conciliação aliado ao conceito de justiça, agora é preciso entender como estes influenciam nas ações previdenciárias. É de suma importância compreender que nos acordos temos concessões

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

recíprocas a resolver o conflito, e desse modo, o cunho da conciliação é aplicar os princípios da independência, imparcialidade, autonomia de vontade tendo a informação para uma orientação adequada e por fim, uma decisão que ampare ambas as partes na satisfação da resolução da lide.

Quando foi referido o termo concessão para com as renúncias, há uma distinção entre transação, submissão e a renúncia. A transação é uma abdicação parcial dos interesses; na submissão existe uma pretensão contraria deixando de lado seu direito; e pôr fim a renúncia que possui relação com a conciliação, pois a parte abre mão do seu direito, do seu interesse, fazendo assim a resolução da lide.

Na audiência de conciliação o juiz deve auxiliar as partes com esforço para o reconhecimento do direito reivindicado para a negociação na direção dos valores devidos. Como aduz Bruno Takahashi (2014), é inegável que todo acordo deva se basear em renúncias recíprocas. E é por justamente haver uma renúncia de seu direito que o princípio da informação é inquestionável para que se tome uma decisão coerente diante da proposta lançada em razão da proporcionalidade do objeto em discussão para não ocorrer acordos injustos e uma renegação desproporcional de direitos.

Então, passando a presenciar as audiências previdenciárias, conhecendo de sua estrutura, agregado as críticas de autores e demais aplicadores do direito, é essencial conhecer as características dessas ações, e perceber que não se trata de matérias que podem suportar uma longa duração no judiciário. A referência que se faz é para uma parte de sociedade que depende do benefício para sua subsistência sob natureza alimentar, fazendo parte do fundamento social previsto constitucionalmente, com caráter público de presunção da hipossuficiência econômica e informacional. E essa é uma das razões pelo qual está sendo discutido, visto que prepondera a aceitação dos acordos por não serem capazes de arcar com os atos da vida cotidiana em vista da demora processual.

Merece destaque o pensamento de Cappelletti e Garth sobre o exposto:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> [...] embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções. (CAPPELLETTI. GARTH, 1998, p.8)

Propõe-se uma divisão em dois planos. No primeiro será observado o polo passivo das demandas previdenciárias, o INSS, autarquia federal representada por um corpo de Procuradores Federais/AGU capacitados, e por ser um litigante habitual como supracitado, é favorecido por conhecer dos casos devido a prática no cotidiano. E em segundo plano será discuto o desinteresse da própria parte e do pouco empenho dos personagens judiciários em busca das audiências de conciliação para solucionar os litígios, tendo por consequência, o prolongamento do processo.

No que se refere ao primeiro questionamento como ensina o Manual da Conciliação da Procuradoria-Geral Federal, é na audiência de conciliação o momento oportuno para a propositura do acordo por ser a ocasião para a realização dos atos de instrução, depoimentos, e demais elementos necessários. E sem dúvidas, por ser um litigante habitual, possui experiência para conhecer dos casos e propor acordos. O manual nada mais é do que um guia, um dirigente de condutas, orientando o respeito aos limites em busca de uma forma mais célere, reconhecendo os direitos e contribuindo para com o Estado.

> São numerosas as vantagens da conciliação. Ela permite a satisfação mais veloz do direito das partes; evita a exaltação dos ânimos entre elas; é um fator de economia, visto que ameniza, para as partes, as despesas do curso normal de um processo; e permite o melhor funcionamento do Poder Judiciário, evitando o acúmulo de questões que poderiam ser resolvidas pela própria Administração Pública (Manual de Conciliação da Procuradoria Geral Federal, 2013, p. 07)

Muitos posicionamentos foram apontados quando o assunto a ser aludido era o INSS no polo passivo das demandas. Isso porque é fato que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

este possui benefícios de sua experiência por ocupar a primeira posição entre os maiores litigantes, o que proporciona um maior conhecimento e facilidade em conhecer dos casos tanto em sua forma material como processual.

Com essa habilidade em dominar a realidade dos benefícios ali indeferidos administrativamente, como por exemplo, saber das provas necessárias, da carência, entre outros requisitos administrativos que o INSS utiliza, não deixa de ser uma prática para um maior planejamento de propostas, até por conhecer dos pedidos que são deferidos ou indeferidos pelo Juiz.

> A experiência demonstra que a composição em audiência acaba sendo mais proveitosa e persuasiva, pois permite o convencimento direto da parte interessada, dirimindo-se diretamente eventuais dúvidas. Todavia, a celebração do acordo pode ser realizada em qualquer momento processual, não sendo essencial a realização de audiência. (Manual de Conciliação da Procuradoria Geral Federal, 2013, p. 10)

Referido à questão de conhecer dos benefícios é justamente o acesso às informações que os Procuradores Federais possuem em função do seu cargo e das suas prorrogativas, tendo normatização conforme Portaria PGF nº 915, de 2009, e os requisitos materiais na Portaria AGU nº 109, de 2007.

> Os poderes do Procurador Federal para a celebração de acordos são regulados por normas da Advocacia-Geral da União e outras específicas relativas às diversas instituições representadas, fator que aumenta a gama de possibilidades no âmbito da Procuradoria-Geral Federal. (Manual de Conciliação da Procuradoria Geral Federal, 2013, p. 13)

E desta forma, representando o INSS, eles oferecem acordos tendo como base o princípio do interesse público, prevalecendo o interesse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

coletivo sobre o individual, com ressalva em analisar as particularidades de cada caso, resgatando a valor da justiça.

Contudo, é percebido que a reciprocidade de concessões não alcançam a forma estabelecida devido à incerteza sobre o direito material por uma das partes do processo, e a convenção se torna inviável por parte do litigante habitual, que responsável pela previdência social ofertam acordos em que já se pressupõe deferimento do pedido, com ínfimas chances de êxito e a conciliação vem a reduzir parcelas em atraso, pagamentos a menor custo, diminuição dos honorários sucumbências, a não efetivação de juros, entre outros.

Fato é que as conciliações buscam acordos e tem por meta através do judiciário incentivar que as próprias partes resolvam seus litígios, contudo, esse apoio tem bom base fundamental respeitar os princípios constitucionais, não prejudicando um e beneficiando outro. Reforça-se mais uma vez, que os acordos são indispensáveis para a tentativa em prol da celeridade, das relações, sob forma clara e objetiva, sem coação das partes em aceitar ou não, possuindo liberdade em discordar e continuar judicialmente, mas não aceita-se sem questionar a via conciliatória sob cunho apenas a reduzir gastos.

Por finalizar a linha de raciocínio, o segundo questionamento faz indagar sobre o termo "desinteresse", não por mero descaso da parte em conhecer dos seus direitos, e sim da carência em informações, na qual fora citado o INSS como litigante habitual, e neste momento é referido um litigante eventual, fortuito, algo que depende das circunstâncias; e para com as partes que procuram o judiciário em alcance dos benefícios previdenciários, sabe-se que esses não possuem as mesmas habilidades em conhecer das normas, e dos seus direitos, o que por isso são representados através dos advogados.

Por maioria dos casos, as partes ativas das demandas não possui capacidade jurídica para diferenciar seus reais direitos das propostas lançadas, e que por vezes o sucesso da realização dos acordos depende da atuação do Procurador, e mais uma vez é visível a discrepância no nível de conhecimento na área entre parte e réu, e por circunstância, acabam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

cedendo as condições lançadas por não possuir estrutura em arcar com o tempo das fases processuais do benefício em pauta, e acordam, mesmo que o valor seja inferior em comparação com o benefício integral.

Se entendido o concreto papel dos meios de solução de controvérsias, percebido será que as críticas propostas por muitos autores e operados do direito possuem uma visão equivocada, mas não totalmente dispensada. O correto seria uma análise das situações com efetiva atuação do conciliador, seja ele terceiro capacitado, ou o juiz, ou até a figura do advogado, em orientar a parte para as consequências da renúncia deixando-a ciente dos atos consentidos para que ela tenha plena capacidade de entender o que fora acordado, relutando contra uma coação ou simplesmente pura necessidade.

Diante disso, é imprescindível para o estudo do previdenciário o entendimento da função do conciliador juntamente com a importância do Advogado, do Juiz e do Procurador Federal em contribuição com o instituto conciliatório de forma clara, segura, justa e proporcional com ambas as partes na situação do caso concreto. E cabe explicar que ao tratar do caso individual não acarretará em maior morosidade, pois a proposta tem por cunho tratar das particulares de cada ação para uma proposta adequada. Logo, se esta for aceita, tem-se a resolução da lide sem adentrar ao judiciário, e por fim, auxiliará na celeridade das demandas por aceitar os acordos.

Faz-se neste momento alusão aos dados estatísticos da Justiça Especial Federal, avultando a ausência das audiências, e instigando somente o impulso do processo apenas com a citação para contestar nos autos. Fato é, para menor descumprimento da orientação normativa, uma representação de juízes tendem a selecionar certa quantidade de processos, estes com possibilidade de êxito. Mesmo que esta seleção seja defendida por alguns estudiosos cuja finalidade seria evitar o desgaste processual, esta análise na escolha é algo a ser relevado e discutido, principalmente quanto ao segurado, evitando o subjetivismo na escolha pelo juiz. Se existe possibilidade em acordo, este deve ser incentivado, e não sendo possível, aplica-se as medidas cabíveis.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Como aduz o artigo 27 da Lei 9.099/95, não havendo conciliação tem-se a realização da audiência de instrução e julgamento. Em caso de ausência do autor na audiência prévia de conciliação no JEF, será causa de extinção do processo como prevê o art. 51, I, da lei citada. E sendo o caso de julgamento liminar, não há fundamento na designação da audiência conciliatória, porque o caso é de improcedência do pedido.

Espera-se para isso que os personagens jurídicos se esforcem na democratização do papel do judiciário, percebendo que estes possuem uma interligação, pois a soma de todos formam um único corpo, o Judiciário, que tem como escopo a proteção e representação do indivíduo perante seus direitos e deveres estabelecidos constitucionalmente.

Assim, a começar pelo Advogado diante da nova perspectiva do direito moderno com aplicabilidade nos meios consensuais, sua atuação passa a ser discutida com o objetivo de reforçar que sua por função tem como escopo defender e preservar o direito pela sociedade, e não visar apenas as custas e honorários a desmerecer a realidade daquele beneficiário que carece de atenção de recursos financeiros para praticar os atos da vida cotidiana.

> Não é por menos que se vem discutindo o papel do advogado como negociador e não mais apenas como aquele que vai defender os interesses de uma pessoa em juízo. Mesmo porque o advogado já percebeu que não adianta mais ter apenas o conhecimento técnico jurídico para exercer a profissão, pois vais exigir dele conhecimento em outras áreas afins. (BRANDÃO, ANO 2012)

Cabe mensurar que o Estatuto da Advocacia, conforme Lei N° 8.906/94 reforça a missão e atividade do advogado:

> **Art. 2º** O advogado é indispensável à administração da justiça.
>
> **§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público**. (Grifou-se)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Aliado ao Procurador Federal merece destaque uma de suas funções que será a representação judicial das autarquias, como é o caso do INSS. Perante a Lei n°13.327/2016 no artigo 37° que apresenta as atribuições do cargo, vale destacar a participação em audiências proferindo sustentação oral, a promoção de análises de precatórios e requisições de pequeno valor, a utilização dos sistemas existentes de informações sobre sua produção jurídica, e por fim, destaca-se a incumbência de propor e celebrar acordos nas hipóteses previstas em lei.

Por fim, é citado a figura do Juiz, este imparcial, sendo ativo na instrução do processo, cooperando para a paz social e manutenção da ordem jurídica. O Processo Civil que evidencia:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
> I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
> II - velar pela duração razoável do processo;
> **III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;**
> IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
> **V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;** (Grifou-se)

Com realce nesse artigo dois incisos evidenciam mais uma vez a função de cooperação dos personagens, na qual o juiz deve incentivar a conciliação, não apenas no primeiro momento da audiência, mas para depois das produções de prova, mostrando que o acordo é incentivado, pois tem-se a busca da judicialização através da autocomposição, contribuindo com as demandas, e mais ainda, a satisfação de ambas as partes, visto que a responsabilidade pela condução das audiências de conciliação possui uma porcentagem de 42,1% segundo pesquisa do Conselho da Justiça Federal para os juízes como conciliadores.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O Código Civil expõe o entendimento supracitado:

> 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. (Grifou-se)**

Cabe ainda salientar a quantidade excessiva de pleitos com metas a serem cumpridas, que por vezes não condiz com as funções expostas, por demandar ausência de tempo para realizar as suas atividades sob o princípio da duração razoável do processo, que visa sua forma célere e prestação jurisdicional, omitindo-se de sua função firmada no código de processo civil. Alude-se novamente a ideia do conciliador nesse momento para a figura do juiz que vedará qualquer forma de constrangimento, orientando para a composição da lide.

Urge a indispensabilidade do diálogo entre os personagens quanto a designação da audiência, com vista nos prazos a favorecer a análise técnica diante das particularidades de cada processo, e aplicação em demandas que tenham mesmo pedido com idêntico tratamento.

Aprecia-se o dito na exposição de todos os elementos informativos com o reforço do lado ético profissional e a busca da igualdade, concomitante com a seriedade nas propostas de acordo, analisando cada caso reconhecendo seus direitos, sendo um deles o acesso ao processo justo de forma a garantir uma prestação jurisdicional adequada, como assim a Carta Magna estabelece através dos seus princípios como o devido processo legal, razoável duração do processo, e a inafastabilidade da apreciação jurisdicional como previsto acima, e não simplesmente propor algo comum em relação aos pleitos repetitivos, ignorando que cada caso

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

possui sua especialidade. Bem como nos diz Miguel Reale, não há nada pior que a injustiça célere.

5. Conclusão

Ao analisar a problemática proposta quanto a conciliação como um método eficaz e justo na solvência dos conflitos em relação aos benefícios previdenciários e fazendo uma comparação entre as leituras realizadas para a construção textual dos objetivos e os resultados expostos na parte prática do trabalho, com respaldo em porcentagens relevantes, pode-se chegar na conclusão de que diante da excessiva demanda de ações previdenciárias que vem a prejudicar a efetividade jurisdicional, é preciso incentivar os meios de resoluções de conflitos como alternativa moderna e normativa, visto ser incentivada pelo judiciário através das autoridades ali competentes.

O objetivo proposto foi realizar uma análise crítica acerca da aplicação da justiça nas ações previdenciárias que tem como cunho a escolha da conciliação como meio de composição de controvérsias. A partir dos dados e apontamentos relevantes é notório que a conciliação ainda carece de atenção por parte dos Juízes, Procuradores Federais e Advogados.

Forçoso dizer mais uma vez, que a conciliação é um meio de autocomposição de solução de conflitos, sendo alternativa do direito contemporâneo permitindo maior participação das partes em busca da celeridade do processo, e principalmente, cooperar com a prática da justiça em busca da verdade, tornando o judiciário mais coletivo e acessível para todos. E para que isso aconteça é indispensável a colaboração das partes envolvidas no processo de equalização e diálogo para estratégias justas.

Para que isso ocorra carece de Juízes, Advogados e Procuradores Federais mais empenhados pela pacificação social através das conciliações, e não a questão de visar apenas celeridade com o ganho em redução de processo pelo juiz e claro, findando a morosidade; ou a minoração de gastos por parte dos procuradores, onde já possuem capacidade de identificar suas ínfimas chances de êxito; e pelo advogado com propósito

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

apenas para si, nos seus honorários, não atendendo ao preceito maior de representação da parte.

Os personagens referidos precisam exercer suas funções com neutralidade e legalidade sendo a conciliação incentivada, bem como os outros meios consensuais, em busca da resolução do litígio de forma harmônica, entendendo ser uma obrigação, para se compreender a seriedade dos meios consensuais de conflito.

Logo, tem-se a busca da atuação mais proativa da figura do juiz em auxiliar as partes, orientando tanto o INSS quanto o beneficiário a favor da conciliação. Recebe esse destaque por ser esse o conciliador que assistirá as partes com esclarecimentos necessários para um acordo justo, com sugestões de soluções, esclarecimentos, sem forma vinculativa, efetuando controles específicos e assim, encerrando a demanda satisfazendo as partes diante das vontades acordadas.

De toda sorte, meritório destacar que em se tratando de matéria de processo, a Constituição Federal representa um instrumento base, equilibrando as forças, evitando que não haja subjugação de poderes sobre o mais fraco. Então, a lei maior assegura a todos o acesso à justiça, relacionando a ordem jurídica justa, efetiva, tempestiva e adequada, com desígnio em obter melhor atuação do Estado-Juiz para a solução do conflito.

Outra conclusão, é preciso uma atuação ética, respeitando a Constituição Federal e por norte de normatização o Processo Civil, compreendendo que a redução de custos não deve ser a questão priorizada, e sim os reais direitos do segurado, sem ferir os direitos previdenciários. Fala-se tanto em rombo da previdência, e em reduções de gastos, e não mensuram o que é realmente preciso: uma maior conscientização para com quem tem direitos.

E diante desse entendimento é preciso que os aplicadores do direito reconheçam o conceito de Estado Social aplicando as técnicas processuais para com as funções sociais, cooperando para com o judiciário e zelando pelos acordos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É preciso maior incentivo das conciliações pois como fora abordado, este instituto é um meio acessível e se aplicado em consonância com os manuais, normas, e com a Resolução n°125/2010 contribuirá com a justiça, com a diminuição da demanda processual e com o desenvolvimento pacificação social com a satisfação das partes.

Por fim, diante de todos os pontos esclarecidos, é evidente a necessidade do judiciário reforçar e estimular seus representantes na busca pela paz social, findando as desigualdades. Cabe fazer uma ponderação para o símbolo da Justiça, que sustenta o peso do direito com a seriedade das provas e do outro lado a defesa associado com a imparcialidade, nutrindo sua base de igualdade, força e equilíbrio processual, uma vez que em consonância com a frase de Salvador Allende, não basta que todos sejam iguais perante a lei, é preciso que a lei seja igual perante a todos.

6. Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de conciliação. Procuradoria Federal Especializada-INSS.** Disponível em:

<https://www.passeidireto.com/arquivo/20808992/manual-de-conciliacao-da-procuradoria-geral-federal.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. A advocacia como atividade e o papel do advogado como negociador. Revista **Âmbito Jurídico**, n 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11207&revista_caderno=13htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 09 dez. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: Dez anos de Juizados Especiais**. Disponível em**:** **<** http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/pesquisas-do-cej/acesso-a-justica-federal-dez-anos-de-juizados-especiais.htm>. Acesso em: 27 fev.2018.

_____. Conselho Nacional das Instituições de mediação e arbitragem – CONIMA. **Conciliação e Mediação no Novo CPC.** Disponível em:<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>. Acesso em: 28 nov.2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes.** Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 nov.2017.

_____.Conselho Nacional de Justiça. **Dispõe sobre a política Judiciária Nacional e tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.** Resolução N°125, de 29 de novembro 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdfhtm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. **Revista Ltr**, n.6, v66, São Paulo, ju.2002.

DIAS, Eduardo Rocha, MACÊDO, José Leandro Monteiro. **Curso de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça/Hans Kelsen:** tradução João Baptista Machado.5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LAZZARI, Jõao Batista, PORENA, Daniele, SAVARIS, José Antônio. O acesso à justiça nos juizado especiais: uma análise crítico- propositiva ao modelo dos Juizados Especiais Federais para obtenção de um processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, n 4, vol 19, ed. Especial, 2014.

_____. 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.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: . Acesso em: 28 fev 2018.

_____. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Beneficios da Previdencia Social e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: . Acesso em: 28 fev 2018.

_____. Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 jul. 1990. Disponível em: . Acesso em: 9 jan 2018.
_____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: . Acesso em: 15 abril 2018.

_____. Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 julh. 2001. Disponível em: . Acesso em: 15 abril 2018.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Dispõe sobre Código de Processo Civil. proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: . Acesso em: 9 jan 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil:** volume único. 8.ed. JusPodivm, 2016.

NICOLA, Ubaldo. **Antologia Ilustrada de Filosofia:** Das origens à idade moderna. São Paulo: Editora Globo, 2005.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**.9. ed. Petrópolis.RJ: Editora Vozes,1995.

RAWLS, Jhon. **Uma teoria da justiça:** tradução Jussara Simões. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

REALE, Miguel Junior. Valores fundamentais da Reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**, n 75, v.24, p.78-82, São Paulo. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/educacional/publicacoes/revista-do-advogado/>. Acesso em: 13 fev.2018.

STRAZZI, Alessandra. **Como é uma audiência previdenciária?** (Novo CPC) Site: JusBrasil. 7. jun. 2016. Disponível em: <https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/346834664/como-e-uma-audiencia-previdenciaria-novo-cpc>. Acesso em: 05 jan.2018.

TAKAHASHI, Bruno. O Direito Processual Previdenciário, a conciliação e o papel do Poder Judiciário. **Revista de Doutrina da 4ª Região,** Porto Alegre, n 60, jun.2014. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Bruno_Takahashi.html>. Acesso em: 25 nov. 2017.

NOTA:

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

JOSÉ FELIPPE RANGEL DA SILVA: Graduado em Direito pela PUC-RJ. Especialista em Direito Público pela UCP-RJ. Servidor público federal.

RESUMO: O presente artigo disserta sobre o meio ambiente do trabalho. Busca-se analisar este conceito demonstrando a importância da manutenção da higidez do ambiente laboral, com a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, permitindo a concretização da dignidade humana dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente do trabalho. Saúde e segurança do trabalhador.

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

1. Introdução

No contexto da Revolução Industrial, com a intensa exposição dos trabalhadores aos sofrimentos e danos decorrentes do trabalho, em um período marcado pela miserabilidade do operário, em que cada indivíduo deveria cuidar da sua saúde, existiam poucos estudos relacionados ao meio ambiente do trabalho. Com a organização coletiva dos trabalhadores e a intervenção do Estado foram gradativamente sendo amenizadas tais condições.

Alguns marcos como a Encíclica do Papa Leão XIII e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foram fundamentais para a proteção do trabalhador. A própria evolução do sistema produtivo voltou-se à proteção do meio ambiente laboral, destacando-se, por exemplo, que era um preceito do "Fordismo" a proteção da saúde do trabalhador, para evitar faltas e aumentar a produção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Salienta-se que a OIT visa proporcionar a evolução das normas protetivas, voltando-se, em diversos instrumentos para a regulação da higidez do meio ambiente do trabalho. São importantes exemplos as Convenções nº 148, 155, 161, 167 da OIT.

2. Desenvolvimento

É direito de todos o meio ambiente equilibrado e é dever do Poder Público e da coletividade o defender e preservar (art. 225 da CRFB/88). Destaca-se que o meio ambiente do trabalho é parte integrante deste conceito, eis que o texto constitucional expressamente dispõe que este está compreendido na proteção do meio ambiente (art. 200, VIII, CRFB/88).

Ressalta-se que o "meio ambiente" compõe o rol dos direitos humanos de 3ª dimensão, sendo o meio ambiente do trabalho o local da prestação de serviços englobando todos os aspectos relacionados às condições em que este labor é executado. Nesse sentido, vale transcrever os ensinamentos de Gustavo Felipe Barbosa Garcia:

> O meio ambiente do trabalho, entendido como o local de realização da atividade laboral, abrangendo as condições de trabalho, a sua organização e as relações intersubjetivas presentes em seu âmbito, insere-se no meio ambiente como um todo (art 200, inciso VIII, da CRFB/1988), o qual, por sua vez, integra o rol de direitos humanos fundamentais, inclusive por ter como objetivo o respeito à "dignidade da pessoa humana", valor supremo que revela o "caráter único e insubstituível de cada ser humano", figurando, ainda, como verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art 1º, inciso III, da CF/1988).[1]

O meio ambiente, nos termos da Lei Nacional do 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 (art 3º, I, da Lei 6.938/81). Desse modo, o meio ambiente pode ser natural, cultural, do trabalho, entre outras espécies.

Mais especificamente, o meio ambiente do trabalho engloba a incolumidade dos trabalhadores, tanto sob o aspecto físico quanto sob os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

aspectos social e mental. Engloba, inclusive, a prestação de serviços externos, ou seja, fora do estabelecimento do empregador.

Segundo a doutrina majoritária até mesmo o domicílio do trabalhador pode ser considerado como meio ambiente do trabalho. Cabe destacar que não pode haver diferenciação entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego (art. 6º da CLT e jurisprudência do TST).

Esta questão ganhou ainda mais relevo com o advento da Lei 13.467 de 2017, eis que esta regulou expressamente a figura do teletrabalho, que consiste na 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. (art. 75-B da CLT). Apesar de a reforma trabalhista não ter regulado profundamente a proteção do meio ambiente do teletrabalhador, explicitou que o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho (art. 75-E da CLT).

A reforma visa também consagrar o poder diretivo do empregador no tocante ao padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, com o intuito de superar o entendimento jurisprudencial que apontava a ocorrência de dano moral pela utilização de logomarcas não autorizadas no uniforme. Com tais alterações passou a existir previsão expressa de que cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada (art 456-A da CLT).

Outrossim, é imperioso lembrar que as normas relativas à saúde e segurança do trabalhador estão inseridas no âmbito do meio ambiente do trabalho. A "segurança e medicina do trabalho" é ramo vinculado ao Direito do Trabalho, de matriz interdisciplinar, que tem como escopo a proteção prevenção e recuperação da saúde e segurança do trabalhador.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ademais, essas normas estão relacionadas aos chamados "Princípios de Ruggie". Segundo este documento o Estado, as empresas e a sociedade civil devem adotar condutas pautadas em três princípios basilares, que são a preservação, respeito e reparação, voltadas também à proteção do meio ambiente laboral.

Isto posto, é indubitável que as normas relativas à higidez do meio ambiente do trabalho compõem o chamado "patamar civilizatório mínimo". Vale ressaltar, nesse ponto, os ensinamentos do Ministro Maurício Godinho Delgado que dispõe o seguinte:

> No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).[2]

3. Conclusão

Verifica-se, portanto, a imprescindibilidade da garantia da higidez do meio ambiente do trabalho, principalmente no tocante a efetivação das normas de saúde e segurança no trabalho. Somente dessa forma concretiza-se a dignidade humana do trabalhador (art 1º, III, CR, DUDH e CADH), até mesmo porque se tratam de normas de caráter indisponível.

Para concluir, cabe citar, ao encontro desse entendimento, a ótima síntese elaborada pela Dra. Vólia Cassar Bonfim:

> A integridade física e mental do trabalhador é um direito que decorre de vários Princípios Constitucionais, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

são normas e, portanto, obrigam: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º); princípio da valorização do trabalho humano (art. 170); princípio da defesa do meio ambiente (art. 170); princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XII) e pelo princípio da função social da empresa, subprincípio do princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII).

É, pois, dever de todos cumprir tais determinações e tentar, ao máximo, reduzir os riscos inerentes ao trabalho. Daí porque tanto o Estado como o empregador, o próprio trabalhador e a sociedade devem tomar medidas para tornar eficaz estes comandos constitucionais. O empregador deve zelar pelo meio ambiente, prevenir, tomar precauções, treinar seus trabalhadores, adotar as normas pertinentes ao assunto, adquirir equipamentos de proteção, instituir a CIPA e adotar suas determinações e fiscalizar a utilização pelos empregados do correto uso dos equipamentos, de sua ergonomia e do EPI.

Também os empregados devem realizar os cursos oferecidos pelo patrão, utilizar o EPI, participar das CIPAS e reivindicar a melhoria das condições de trabalho.[3]

4. Referências Bibliográficas

BONFIM, Vólia. Direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl..— São Paulo : LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho – 12. Ed. Re.,atua e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOTAS:

[1] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho – 12. Ed. Re.,atua e ampl – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1136.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

[2] DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl..— São Paulo : LTr, 2017. p. 127.

[3] BONFIM, Vólia. Direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015. p. 959.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AUDIÊNCIA TRABALHISTA: CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES

CAMILA PIMENTEL DE OLIVEIRA FERREIRA

RESUMO: O presente artigo trata do instituto processual essencial ao Processo do Trabalho e à formação da convicção do Juiz do Trabalho, em busca da prestação jurisdicional adequada e efetiva: a audiência trabalhista. É o Processo juslaboral, assim, processo eminentemente de audiência, uma vez que, é nesta que se realiza a instrução desta, com a produção dos atos processuais necessários à formação do convencimento do Juiz. Assim, a partir de breve análise do referido instituto, buscou-se demonstrar panorama geral sobre tema, ressaltando importantes características e peculiaridades deste. Não se pretende, contudo, esgotar a análise da referida temática, tendo em vista a tratar-se de campo extremamente vasto, incompatível com a brevidade inerente ao presente artigo.

Palavras-Chave. Audiência Trabalhista, Processo, Princípios.

Sumário: 1. Introdução; 2. Da Audiência Trabalhista; 2.1. Princípios Aplicévis à Audiência Trabalhista; 2.2. Características da Audiência Trabalhista; 3. Conclusão; 4. Bibliografia;

---

1. Introdução

O Direito processual, conforme a fase metodológica atual – fase instrumentalista – é ramo autônomo, contudo, existe com a finalidade de viabilizar o próprio direito material.

Nesse sentido, segundo Fred Didier Jr. (2016, p. 32, v.1) o processo pode ser entendido sobre três óticas: como método de criação de normas jurídicas; como ato jurídico complexo (procedimento); e, como relação jurídica. Como ato jurídico complexo, é o processo formado,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sucessivamente, por vários atos concatenadamente organizados. É, assim, procedimento estruturado sob o manto do contraditório.

Dentro desse diapasão, a audiência pode ser entendida como um dos atos processuais que compõe o processo em si. É, portanto, ato processual, por meio do qual, o Juiz terá contato direto com as partes, a fim de que, por meio de depoimentos pessoais, oitiva de testemunhas, etc., seja solucionada a lide.

O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise sucinta sobre o instituto da audiência trabalhista, trazendo algumas de suas características e peculiaridades, não pretendendo esgotar o tema, mas apenas trazer um panorama geral deste.

2. Da Audiência Trabalhista

Segundo Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault (apud SCHIAVI, 2016, p. 552), a origem etimológica do termo "audiência" vem do Latim, audire, significando coisas que são ouvidas.

É, assim, por meio deste ato processual solene, que, através do contato direto do Juiz com as partes, será realizada a instrução do processo, objetivando-se à solução do litígio levado ao Estado.

Contudo, é imperioso ressaltar que, como todo e qualquer instituto processual aplicável no âmbito da Justiça Juslaboral, a audiência trabalhista deve ser visualizada e realizada tomando como base os princípios alicerces do Direito Laboral. Assim, além do Princípio Tuitivo, deve-se atentar para os Princípios da Celeridade, da Oralidade, Informalidade, da Economia e Inquisitório.

Cabe, portanto, analisar o referido instituto de forma sistemática, tomando o conjunto de regras e princípios informadores do Processo do Trabalho, sempre atentando-se para a teleologia deste.

Além disso, salienta-se que as Normas Fundamentais do Processo Civil, a exemplo dos princípios da boa-fé processual, da cooperação, e da primazia da solução do mérito, são postulados compatíveis com o processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

trabalhista, sendo, portanto, a este aplicáveis (art. 769 da CLT, c/c art. 15 do NCPC).

Dentre as previsões legais sobre o tema, destaca-se o Capítulo II – Do Processo em Geral, mais propriamente em sua Seção VIII – Das Audiências, que traz, dentre os artigos 813 a 817, as normas gerais informadoras do instituto.

Segundo Schiavi (2016, p. 553):

> O Processo do Trabalho, na expressão popular, é um processo de audiência, pois os atos principais da fase de conhecimento se desenvolvem neste ato. Além disso, a lei determina que todos os atores principais do processo estejam presentes na audiência. De outro lado, o Juiz do Trabalho, como regra geral, toma contato com a inicial pela primeira vez na audiência e também com a defesa, que é apresentada em audiência (escrita ou verbal), tenta a conciliação, instrui e julga a causa.

Isto é, a audiência trabalhista é ato imprescindível, uma vez que grande parte dos atos essenciais são nela desenvolvidos, como, por exemplo, o contato inicial do Juiz com o processo, a apresentação da defesa pelo réu, o saneamento do processo, produção de provas, depoimento das partes, oitiva de testemunhas, etc. Destaca-se, ainda, que a própria sentença é proferida em audiência.

Pode ser, assim, entendido como garantia fundamental das partes, decorrendo do Princípio do Devido processo legal (SCHIAVI, 2016, p. 554). Ou seja, como garantia fundamental, prevista na própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LIV, insere-se no rol do artigo 60, §4º, inciso IV, também do Texto Maior, constituindo-se como verdadeira cláusula pétrea.

2.1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À AUDIÊNCIA TRABALHISTA

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nesse diapasão, impende destacar, alguns dos princípios aplicáveis ao instituto em tela.

2.1.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Em regra, os procedimentos realizados na audiência juslaboral são feitos de forma oral, e não escrita. As partes, dessa forma, devem, objetivamente, levar suas teses e pretensões ao Juiz.

Nesse sentido, impende destacar o artigo 847 do Texto Consolidado, que prevê, expressamente, a apresentação da defesa, pelo reclamado, de forma oral. Seguindo essa premissa, destaca-se, também, os arts. 820 e 850 da CLT.

Por outro lado, como não se pode observar os princípios e regras de forma absoluta, em determinadas situações, com a finalidade de garantir-se a própria celeridade processual, assegura-se a prática de certos atos de forma escrita, como se dá, por exemplo, com a apresentação escrita da defesa – decorrência da praxe juslaboral –. Ou seja, possibilitar que o reclamado apresente de a sua resposta à petição inicial, de forma escrita, garante a própria celeridade do processo e da audiência.

2.1.2 PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE

Pelo princípio da imediatidade ou do Juízo Imediato, conforme Mauro Schiavi (2016, p. 558), "o Juiz do Trabalho aproxima-se mais das partes, tendo contato mais estreito com elas em audiência, principalmente quando estas postulam sem advogados".

Assim, a imediação ou imediatidade pode ser entendida como o contato direito entre as partes e o juiz, e/ou, deste com as provas, buscando-se a verdade real. Privilegia-se, portanto, o julgamento da causa pelo Juiz do Trabalho que presidiu a audiência de instrução e julgamento.

2.1.3 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Segundo o Princípio da Identidade Física do Juiz, cabe ao magistrado que instruiu o processo, tomando, portanto, contato direto com a produção probatória, proferir a decisão de mérito deste.

Assim, por muito tempo se discutiu pela aplicabilidade ou não do Princípio da Identidade Física do Juiz ao Processo do Trabalho. Nesse diapasão, o C.TST editou a súmula de nº 136, com o objetivo de aclarar o referido debate, estabelecendo expressamente a inaplicabilidade do mencionado princípio. cabe ressaltar que, com o cancelamento da Súmula 136 do C. TST, não mais se entende pela inaplicabilidade do princípio da identidade física do juiz às Varas do Trabalho.

Atualmente, o Súmula 136 do C. TST encontra-se cancelada, o que, contudo, não pode gerar a conclusão de que se passa a adotar o Princípio da Identidade física do Juiz no campo juslaboral, uma vez que existem decisões recentes do mesmo Tribunal Superior, por meio das quais se entende pela sua inaplicabilidade, pois, do contrário, se comprometeria a celeridade, a informalidade e a simplicidade inerentes ao Processo do Trabalho.

2.1.3 PRINCÍPIO INQUISITIVO

Com base nos artigos 765 e 852-D da CLT, depreende-se o princípio inquisitivo. Isto é, conforme os referidos dispositivos, o Juiz do Trabalho tem ampla liberdade na direção do processo, velando pelo andamento rápido da causa, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento dessa.

Assim, a direção do processo, pelo magistrado trabalhista, se dará de forma livre, o que, contudo, não pode ser confundido com arbitrariedade, devendo-se ter em mente as garantias processuais das partes, dentre estas o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ainda, destaca-se que, o C.TST, ao analisar a aplicabilidade de certos dispositivos do NCPC ao Processo do Trabalho, determinou que não se aplica o chamado sistema do cross-examination do Processo Civil, dada a inexistência de omissão juslaboral. Isto é, ao Juiz do Trabalho cabe a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

realização das perguntas às partes e testemunhas, não sendo dado à parte realizá-las diretamente (Instrução Normativa 39/2016, artigo 11).

2.1.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

O princípio da primazia da realidade está estampado nos arts. 2º e 3º da CLT, ao prever que, uma vez presentes os pressupostos fáticos-jurídicos caracterizadores do vínculo de emprego, configurar-se-á a relação empregatícia, independentemente do manto formal que a esta se tenha dado.

No tocante à audiência, e à condução do processo pelo magistrado, este princípio propugna que, as provas documentais nem sempre são suficientes para o esclarecimento dos fatos e a busca da verdade real, devendo, portanto, o Juiz, ouvir as partes e verificar a verdade fática.

2.1.5 PRINCÍPIO DA CONCILIAÇÃO

A conciliação é, conforme Mauro Schiavi (2016, p. 559), "um mandamento central de solução dos conflitos trabalhistas, tanto individuais como coletivos. Historicamente, os primeiros órgãos de solução de conflitos trabalhistas foram, eminentemente, de conciliação". Destaca-se, nesse ínterim, o artigo 764 da CLT.

Nesse diapasão, destaca-se o entendimento de Maurício Godinho Delgado (2016, p. 1593):

> A conciliação, por sua vez, é método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro, destituído do poder decisório final, que se mantém com os próprios sujeitos originais da relação jurídica contenciosa. (...) A conciliação judicial trabalhista é, portanto, ato judicial, mediante o qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto do processo judicial.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É, portanto, a conciliação judicial forma de solução de conflito por heterocomposição, pautada pelo ajuste de concessões recíprocas (transação, e não renúncia), por meio da qual as partes, de forma pacífica, põem fim à lide.

Por ser forma de solução consensual, não há, na conciliação, vencido e vencedor, gerando, de forma mais satisfatória, a pacificação do conflito. Nesse sentido, importante destacar a Súmula nº 403 do C. TST, ao prever, expressamente, a inexistência de parte vencedora ou vencida quando da celebração de acordo.

Assim, tomando como base os arts. 846 e 850 do Texto Consolidado, antes mesmo do recebimento da defesa, e após a apresentação das razões finais, deve ser feita, pelo magistrado, a proposta de conciliação. Contudo, importante observar que, a previsão expressa desses dois momentos para a proposta de conciliação, não exclui a possibilidade da formação de acordo pelas partes a qualquer momento, inclusive, após a sentença.

2.1.6 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Com base na Constituição Federal, os atos processuais são, em regra, públicos (art. 93, IX, da CF). Excepcionalmente, em caso de segredo de justiça ou para a preservação do direito à intimidade – que não prejudique o interesse público – poderá ser restringida a publicidade processual, às partes e aos advogados, ou somente a estes.

2.2 CARACTERÍSTICAS DA AUDIÊNCIA TRABALHISTA

Segundo o art. 841 da CLT, o Diretor de Secretaria é o encarregado pelo recebimento da petição inicial, o qual, portanto, deverá designar a data da audiência, e, notificar as partes da data por este designada, a qual, por sua vez, não poderá ser realizada em prazo inferior a 5 (cinco) dias, contados da notificação.

Assim, o contato do Juiz do Trabalho com a petição inicial apresentada pelo reclamante se dá, apenas, quando da realização da audiência, o que ocorre, também, com a defesa do reclamado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ademais, será a audiência realizada entre as 8 e as 18 horas, devendo-se respeitar, conforme o art. 813 da CLT, o prazo máximo de 5 (cinco) horas por sessão diária de audiências.

Em regra, as audiências serão realizadas na sede do Juízo ou Tribunal, salvo em casos especiais, quando poderão ser realizadas em outro local, desde que seja afixado edital na sede do Juízo ou Tribunal, com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas (§1º do art. 813 da CLT).

Nesse diapasão, é importante salientar, conforme o art. 816 da CLT c/c o art. 360 do NCPC (art. 769 da CLT), detém, o Juiz, poder de polícia, devendo manter a ordem das audiências, podendo, para tanto, ordenar a retirada do recinto dos assistentes que perturbem o bom andamento destas.

2.3 PECULIARIDADES

2.3.1 DO ATRASO DO JUIZ

O art. 815 da CLT, trata, expressamente, em seu parágrafo único, da possibilidade das partes e, seus respectivos advogados, se retirarem do recinto, caso, até 15 (quinze) minutos após a hora marcada, o juiz ou presidente não compareça.

Impende destacar que, conforme a leitura do supramencionado artigo, não há que se falar em tolerância para o atraso das partes, pois a CLT apenas se refere ao atraso injustificado do Juiz do Trabalho.

Nesse diapasão, alguns doutrinadores, conforme afirma Mauro Schiavi (2016, p. 576), questionam a constitucionalidade deste dispositivo, por entender que este viola o princípio da isonomia, estampado no art. 5º do Texto Maior.

Contudo, prevalece na jurisprudência do C. TST, jurisprudência esta estampada na OJ nº 245 da SDI-I, o entendimento de que inexiste previsão legal tolerando atraso no horário de comparecimento da parte à audiência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Ressalta-se, por oportuno, que a inexistência de norma legal nesse sentido não exclui a possibilidade de, diante do caso concreto, aguardar-se a chegada da parte à audiência, caso haja a parte contrária concordado, tomando-se como base os princípios da razoabilidade, da economia processual e da cooperação. Segundo Mauro Schiavi, "deve sempre o magistrado pautar-se pelo bom-senso e razoabilidade na hora de avaliar o atraso" (2016, p. 578).

Ademais, entende-se que se o motivo for justificável o atraso do Juiz poderá ultrapassar o limite de 15 (quinze) minutos (SCHIAVI, 2016, p. 576).

2.3.2 DO JUS POSTULANDI

O artigo 791 do Texto Consolidado, prevê, de forma explícita, o chamado jus postulandi da parte, na seara juslaboral. Assim, não há obrigatoriedade de assistência, pelas partes litigantes, por advogado. Contudo, salienta-se a Súmula nº 425 do C. TST, que limita o jus postulandi das partes, ao estabelecer que este apenas se aplica nos âmbitos das Varas do Trabalho, e dos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando as ações rescisórias, as ações cautelares, os mandados de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

2.3.3 DA AUSÊNCIA DAS PARTES

Com base no princípio da presença obrigatória das partes à audiência, os artigos 843 e 844 da CLT exigem que tanto o reclamante, como o reclamado, devem, em regra, comparecer pessoalmente em Juízo, independentemente da presença de seus representantes.

Contudo, como, em regra, o reclamado é o empregador, o qual, por sua vez, é, na maior parte dos casos, pessoa jurídica, faculta o texto legal, a este, a possibilidade de se fazer substituir por gerente ou qualquer preposto, que deverá ter conhecimento dos fatos, e, cujas declarações obrigarão o proponente (art. 843, §1º, CLT).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O não comparecimento do reclamado, gera, portanto, revelia, e confissão quanto à matéria de fato. Nesse diapasão, destaca-se a Súmula nº 122 do C. TST que prevê:

> REVELIA. ATESTADO MÉDICO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 74 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
>
> A reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração, podendo ser ilidida a revelia mediante a apresentação de atestado médico, que deverá declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção do empregador ou do seu preposto no dia da audiência. (primeira parte - ex-OJ nº 74 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996; segunda parte - ex-Súmula nº 122 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

É importante destacar que, com a edição da Lei 13.467/17, fora acrescido o §5º ao art. 844 da CLT, passando a possibilitar que, mesmo que ausente o reclamado, se estiver presente seu advogado com a defesa e documentos correspondentes, ambos (defesa e documentos) poderão ser aceitos pelo Juiz para análise em conjunto com os diversos elementos de prova. Contudo, não se afasta a revelia e a confissão ficta.

No tocante ao reclamante, o qual, também, deverá comparecer pessoalmente à audiência trabalhista, sob pena de arquivamento da sua reclamação. Ressalta-se, ademais, no caso de dar, a parte autora, causa ao arquivamento da ação, por não comparecimento à audiência, por 2 (duas) vezes seguidas, incorrerá na pena de perda, por 6 (seis) meses, do direito de propor reclamatória trabalhista perante a Justiça Juslaboral (art. 732 da CLT).

Entretanto, Mauro Schiavi (2016, p. 580) ressalta que a CLT, em seu artigo 843, §2º, prevê hipótese de possibilidade excepcional de prosseguimento da ação trabalhista sem a presença do reclamante: quando,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

por doença ou outro motivo ponderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer pessoalmente, podendo fazê-lo através de outro empregado da mesma profissão, ou por meio de seu sindicato.

3. Conclusão

Com base em tudo quanto exposto, compreende-se que, a audiência trabalhista é ato processual solene e público, o qual, por sua vez, possui peculiaridades próprias, distinta da audiência baseada nas normas processuais civis, tendo em vista a natureza peculiar do Direito Laboral, pautado, dentre outros, nos princípios da celeridade, da economia processual, da busca da verdade real e da oralidade.

Nesse diapasão, destaca-se o importante papel do Magistrado Trabalhista, que atua como condutor de toda a audiência, com o fito de obter a verdade real, para que se realize a justa composição da lide.

Ademais, com base no art. 15 do NCPC e no art. 769 da CLT, entende-se aplicável, ao âmbito juslaboral, o princípio da primazia da solução de mérito (art. 4º do NCPC), tendo as partes o direito de obter, em tempo razoável, a solução do mérito da lide levado ao Judiciário Trabalhista, com a consequente pacificação da controvérsia.

É, assim, a audiência trabalhista momento essencial do processo do trabalho, uma vez que nesta será desenvolvida a atividade probatória, realizado o contraditório, formando-se o devido convencimento do Juiz do Trabalho, com a prolação de decisões justas e efetivas, construídas em procedimento dialético garantido constitucionalmente.

4. Bibliografia:

DELGADO, Maurício Gofinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016.

JUNIOR, Fred Didier. Curso de Direito Processual Civil. 18. ed., vol. 1, Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 10. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016.

TST, http://www.tst.jus.br/sumulas. Data do acesso: 16 de outubro de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

ALIENAÇÃO PARENTAL

ISABELLA DARA LOPES: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

PEDRO MANOEL CALADO MORAES

(Orientador).

RESUMO: O presente estudo visa abordar de forma sistemática as nuances da Síndrome de Alienação Parental (SAP), e todas as suas derivações, bem como a diferença acerca da entre a Síndrome a Pratica da Alienação Parental. Visa também demonstrar o papel do judiciário na constatação da SAP. Se iniciando o estudo desde a evolução da família, e do poder familiar, com embasamento no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, findando em algumas considerações sobre os artigos da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 (lei de alienação parental).

Palavras chave: Poder familiar - Alienação Parental – Família – Síndrome.

ABSTRACT : The Parental Alienation Syndrome (SAP), and its derivations, as well as the Parental Alienation Syndrome. It also aims to demonstrate the role of the judiciary in SAP's findings. If the family course begins, family power, with article 226, § 7, of the Federal Constitution, is based on some considerations about the articles of Law 12.318, of August 26, 2010 (parental alienation law).

Key words: Telephone interception. Means of proof. Criminal investigation. Process.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 1.1 DO PORDER FAMILIAR. 2 PRESSUPOSTO QUE CULMINARAM NA CRIAÇÃO DA LEI N° 12.318. 2.1 ESPÉCIES DE PENALIDADES EMPREGADAS AO ALIENADOR. 3 PROCEDIMENTOS ESPECIAIS PARA A REALIZAÇÃO DA PERICIA PSICOSSOCIAL NOS CASOS DE OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 4 SINDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 5 ABUSO OU NEGLIGENCIA X SAP. CONSLUSÃO.14REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

Na atual contemporaneidade em que vivemos, percebemos as constantes mudanças que o Direito de Família se dispõe a passar, sempre buscando uma maior abrangência de todos os direitos que abarcam as famílias. Vinculado a essas mudanças, pode-se contemplar a Alienação Parental. A alienação Parental, representa toda intervenção no desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente causada ou influenciada por um de seus pais, ou pelos avós, se valendo ser também por qualquer adulto que tenha a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância.

Observando-se tal temática tão recorrente em nosso cotidiano, viu-se a necessidade de no âmbito jurídico de criar uma lei que defendesse as crianças de tais abusos, sendo a Lei nº 12.318, promulgada em 26 de agosto de 2010. Para discorrer sobre a alienação parental, é fundamental distinguir da síndrome da alienação parental, sendo feita tal diferenciação; abordar-se-á a diferença da SAP (Síndrome da Alienação Parental) e negligenciaagressão para com os filhos.

Levando em consideração também o papel do judiciário na apuração de ocorrência da SAP, os meios que se adotam para a perícia psicossocial, além dos motivos da criação da Lei nº 12.318 e uma breve analise.

1.1 DO PODER FAMILIAR

O poder familiar está associado ao dever dos pais de guarda, educação e sustento dos filhos menores. Isto é, um dos inúmeros direitos e deveres que são confiados aos pais em dependência à pessoa e aos bens dos filhos menores de 18 anos.

Em breve síntese, no vigor do código civil de 1916, o poder familiar era nominado de pátrio poder – em virtude da sociedade patriarcal da época, em que ao pai era fadada a compostura de um chefe, de um senhor absoluto, com plenos poderes em relação a seus filhos, que eram sujeitos as suas imposições e decisões. Podendo ser exercido pela esposa,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

na falta ou impedimento do pai, apesar disso se ela contraísse novo matrimônio, o poder lhe era destituído.

A substituição de nomenclatura seu deu em 2009 por conta de modificações no Código Civil e pela Lei n. 12.010. Por conseguinte, o poder familiar é de responsabilidade conjunta dos pais, sendo até prevista em nossa Constituição federal que contempla, em seu artigo 226, "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Outrossim, o ECA estabelece que o poder familiar será realizado, em paridade de condições, pela mãe e pelo pai.

No caso de separação ou divórcio, os pais continuam com o poder familiar sobre a prole, sendo imprescindível decidir, ainda assim, em relação de quem permanecera com a guarda, não afastando e nem impedindo que o outro cônjuge fazer parte em momentos que são importantes da vida dos filhos. Nesse passo, assim preleciona Giselle Groeninga:

> A difusão do conhecimento relativo as necessidades das crianças e a formação de sua personalidade, trazido pela Psicologia e pela Psicanálise, também levou a que foram incorporadas no diploma legal prescrições relativas a preservação da integridade não só indica como psíquica dos integrantes da família. O conhecimento da importância da influência da família e das experiências havidas na primeira infância na formação da personalidade das crianças - a despeito da ausência de memória consciente, o conhecimento de sua fragilidade física e psíquica e das consequências para a vida em sociedade das falhas havidas nos relacionamentos familiares – trouxe nova ótica, a da responsabilidade ao conceito de poder.

O poder família, é portando um direito-dever, segundo Maria Berenice Dias, é a ação de ser uma autoridade, decorrente da responsabilidade – de que os pais têm sobre os filhos, nunca sendo uma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

autoridade arbitraria, que se baseasse no interesse único e pessoal dos pais, mas sim na sensibilidade de fazer valer os interesses do menor, em todos os âmbitos.

2 PRESSUPOSTOS QUE CULMINARAM NA CRIAÇÃO DA LEI N° 12.318

A Lei 12.318/2010 visa inteirar uma lacuna concernente à segurança psicológica do menor, dessa maneira assegurando que esse tipo de comportamento tão lesivo à formação da criança e adolescente não ocorra mais.

Temos de levar em consideração o que a Constituição Federal estabelece no caput do artigo 227, "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Todavia, a Lei 12.318/2010 prediz sanções que diversificam de advertência, multa, acompanhamento psicológico, ampliação da convivência da criança com a mãe/pai afastado, até mesmo a perda da guarda da criança ou do adolescente.

2.1 ESPÉCIES DE PENALIDADES EMPREGADAS AO ALIENADOR

Nesse passo, em concordância com a proporção do caso o juiz será capaz de aplicar, conjuntamente ou não, as penalidades abaixo.

De acordo com disposição do artigo 6º da Lei 12.318/2010:

01. Advertência, como parâmetro para prevenir aumento dos atos de alienação, como por exemplo, nos casos mais amenos;

02. Substituir o regime de convivência em prol do genitor alienado, como por exemplo, ampliar os horários e dias de visita em favor do alienado;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

03. Multa, como condição de penalizar, por exemplo, que aproveita de seu poder econômico para motivar negativamente a criança ou adolescente;

04. Indicar assistência psicológica ou biopsicossocial do menor com a intenção de reparar os ataques à integridade psicológica sofrida;

05. Mudar o regime de guarda, por exemplo, de guarda unilateral para guarda compartilhada ou o contrário em favor do alienado;

06. Assegurar cautelarmente o domicílio do menor no qual o alienador tenta mudança de domicílio para distanciar a criança ou adolescente do genitor alienado;

07. Suspensão da autoridade parental. Medida extrema para retirar do genitor ou responsável alienador a competência de realizar influência sobre a criança ou adolescente.

3 PROCEDIMENTOS ESPECIAIS PARA A REALIZAÇÃO DA PERICIA PSICOSSOCIAL NOS CASOS DE OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Consoante o artigo 5° da lei 12.318/2010, transcorrendo qualquer indicativo da prática de ato de alienação parental, seja em ação incidental ou autônoma, o juiz, se indispensável, designara perícia biopsicossocial ou psicológica.

O exame pericial que for realizado terá fundamentação em uma extensa avaliação biopsicossocial ou psicológica e carecerá de conter:

1. Entrevista pessoal com as partes;

2. Exame de documentos dos autos;

3. Histórico do relacionamento do casal e da separação;

4. Cronologia de incidentes;

5. Avaliação da personalidade dos envolvidos;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

6. Exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

O laudo pericial será extenso e desempenhado por profissional ou equipe multidisciplinar qualificados, sendo apresentado no prazo de 90 (noventa) dias, juntado da indicação de eventuais medidas necessárias à preservação da integridade psicológica da criança ou adolescente podendo ser prorrogado por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Segundo os parágrafos do artigo 5º da lei em análise, o laudo pericial terá suporte em vasta avaliação psicológica ou biopsicossocial a necessitar do caso: Entrevista pessoal com as partes; Exame de documentos dos autos; Histórico do relacionamento do casal e da separação; cronologia de incidentes; Avaliação da personalidade dos envolvidos e Exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

Partindo dessa premissa, preleciona Maria Berenice Dias:

> (...)"é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor".

4. SINDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

O Psicanalista e Psiquiatria infantil Richard Gardner, em 1985, considerou a SAP como: um distúrbio que surge especialmente no contexto das disputas pela guarda e custodia das crianças, uma vez que os processos de separação em geral propendem a incitar sentimentos de traição, abandono, angustia e rejeição, a partir do momento em que surge o medo de não ter mais importância para o outro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

No art. 2º da Lei 12.318/10 refere o que representa a alienação parental:

> Art. 2° Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

O fenômeno é consequência da ligação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) de um dos genitores e da própria colaboração da criança levada a difamação do progenitor objetivo dessa campanha, assim transformando a consciência do menor por intermédio de diferentes estratégias, com o propósito de obstruir, impedir ou até mesmo destruir os vínculos entre o menos e o pai não guardião, ocasionando, assim, uma forte relação de sujeição e submissão do menor com o genitor alienante.

A despeito de que a denominação Síndrome de Alienação Parental seja recente, data de 1985, o fenômeno é costumeiro nas separações, no que concerne as visitas, guarda dos filhos e pensão alimentícia. É recorrente em ações judiciais em que um dos pais conta com o uso de argumentos em processos para suspender e até impedir as visitas, sendo assim visando destituir o poder familiar, relatando inadimplemento de pensão alimentícia, nem sendo os argumentos utilizados de cunho autêntico, mas sim como mero mecanismo para o aniquilamento do vínculo parental.

A SAP é uma patologia psíquica gravíssima que afeta a criança cujos os laços com o pai/mãe-alvo estão gravemente destruídos, por genitor ou terceiro interessado que a manipula afetivamente para atender tais motivos escusos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

As manobras da SAP derivam de um sentimento neurótico de dificuldade de individualização, de ver o filho como um indivíduo diferente de si, ocorrem mecanismos para manter uma simbiose sufocante entre pai/mãe e filho, como a superproteção, denominação, dependência e opressão sobre a criança.

Temos a inevitabilidade de elucidação acerca da nomenclatura, a Alienação Parental (AP) representa o ato de persuadir a criança a rejeitar o pai/mãe-alvo (com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusações de abuso sexual). A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é a reunião de sintomas que a criança pode vir ou não a expor, decorrente dos atos de Alienação Parental.

5. ABUSO OU NEGLIGÊNCIA X SAP

Nos divórcios e dissoluções afetivas litigiosas o grau de inimizade é grande e todo o rol de estratégias é utilizado para o reconhecimento verdadeiro da síndrome da alienação parental, por conseguinte se faz necessário observar a diferença entre estes casos, da mesma maneira que de outras doenças de cunho psicológico e de demais estratégias isoladas, em razão de que a SAP nada mais é o somatório de condutas, estratégicas e sintomas.

O comportamento do menor no Abuso ou Negligencia, é que a criança lembra com facilidade e clareza os acontecimentos, sem alguma ajuda externa; o relato possui credibilidade e é detalhado; Já na SAP por não ter vivido o que narra, o menor carece de ajuda para "recordar-se" dos fatos, quando o relato transcorre na presença de irmãos ou do genitor alienante, a troca de olhares é constante entre eles, como se requeresse de ajuda ou aprovação; tendo poucos detalhes e credibilidade.

Na SAP não existem indicadores sexuais ou são próprios da idade, já no abuso ou negligencia, possui entendimento sexuais inapropriados para a sua idade; confusão relacionado as relações sociais; pânico em relação a contatos com adultos etc.

A conduta do genitor que denuncia o abuso, também é analisada, levando em conta o quadro de abuso ou negligencia, este tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

conhecimento da dor e da extinção de vínculos que a denúncia traz para todos os envolvidos; pleiteia por celeridade para investigar os fatos e alguma vezes também sofreu abuso (físico ou emocional) do cônjuge acusado. Já no quadro da SAP o genitor que denuncia não se interessa, nem compreende o transtorno que a alegação causa a toda família e até chega a interferir diversas vezes no processo, para prejudicar.

O comportamento do cônjuge acusado no caso da SAP é à primeira vista saudável em todas as áreas de sua vida, já no caso de abuso ou negligencia, manifesta distúrbios em outras áreas da vida.

O momento do abuso também tem distinções significativas, quanto a SAP a campanha de desmoralização em combate com o genitor alienado se principia sempre posteriormente a problemas sofridos pelo casal, e nos casos de abuso ou negligencia, as queixas se dão a muito antes de problemas com o casal, como por exemplo a separação.

CONCLUSÃO

Dessa forma, depreende-se que o presente estudo teve por premissa analisar de forma sistemática toda a gama que compreende a alienação parental, desde o poder familiar que se converge na responsabilidade conjunta dos pais até as nuances da prática de alienação contra a prole.

Contudo, insta salientar, ainda, que com o advento da lei n. 12.318/2010, surgi no meio jurídico e na academia uma importante reflexão a respeito do comportamento dos pais no tocante aos deveres de guarda, educação, subsídios necessários para o bom desenvolvimento da criança e, principalmente, a incolumidade física e mental do menor alienado, visto ser dever do Estado velar pela preservação da vida, cujo preceito é amplamente constitucional.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

https://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

https://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.55708

http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2014/02/EDI%C3%87%C3%83O-ESPECIAL-FEVEREIRO.pdf

https://www.direitocom.com/lei-de-alienacao-parental-comentada

http://www.cnj.jus.br

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Orient.); BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coord.). Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: RT,2008. V. 7, p. 216.

DIAS, Maria Berenice. "Alienação Parental e a perda do poder familiar". Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_aliena%E7%E3o_parental_e_a_perda_do_poder_familiar.pdf.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2007. P. 377.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A DEFINIÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL EM FACE DO CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS E CULTURAIS: A VAQUEJADA

LAURA FERNANDA SOUSA:
Bacharelanda do do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

ANTONIO CESAR MELLO

(Orientador)[1]

Resumo: O presente artigo busca influenciar discussões no âmbito jurídico, filosófico e popular acerca da tutela do animal. Atualmente, o Estado se mostra omisso perante essa questão, e após ser levantado o assunto da prática da vaquejada ser ou não ato cruel, observa-se a despreparação legislativa acerca de quais princípios constitucionais devem prevalecer, a proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado, ou questões culturais.

Palavras-chave: Vaquejada. Maus-tratos. ADI 4983. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. EC 96/17.

Abstract: This article seeks to influence discussions in the juridical, philosophical and popular sphere regarding the guardianship of the animal. Nowadays, the State is silent on this question, and after raising the subject of the practice of the vaquejada whether or not it is a cruel act, one observes the legislative lack of preparation about which constitutional principles should prevail, the protection of the healthy and balanced environment, or cultural issues.

Keywords: Vaquejada. Mistreatment. Direct Action of Unconstitutionality 4983. Universal Declaration of Animal Rights. Constitutional Amendment 96/17.

Sumário: 1- Introdução 2- Breve história sobre a criação da vaquejada 3- Declaração universal dos direitos dos animais em consonância com a legislação brasileira 4- A importância dada aos animais não-humanos no

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

decorrer da história 5- Laudo técnico da veterinária da USP e outros questionamentos sobre os maus-tratos aos animais 6- O que diz a ação direta de inconstitucionalidade 4.983 e demais decisões que seguem a ADI 7- A emenda constitucional 96/17 8- Considerações finais 9- Referências

1 INTRODUÇÃO

A vaquejada é uma prática conhecida desde os meados do século XVII, não necessariamente da mesma forma que encontra-se hoje, porém algo similar, que pode ter dado sua origem. De início quem comandava este movimento eram os coroneis e grandes fazendeiros, que soltavam o gado no cerrado nordestino, e após alguns meses os peões saiam em sua busca para juntá-los no curral.

Com o passar dos anos, se tornou uma disputa para entretenimento da população nordestina, regulamentada por lei e que anima multidões, movimentando cerca de 600 milhões de reais anualmente no Brasil (número equivalente ao ano de 2014/2015).

Os estados nordestinos que mais organizam vaquejadas são: Bahia, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Paraíba, Alagoas e Ceará. Assim, os representantes das grandes vaquejadas alegam ser uma prática cultural, sendo direito fundamental garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Porém, ao abordar tal temática sob o prisma dos princípios que garantam direitos fundamentais, esta justificativa se torna contraditória por entrar em conflito com outro direito fundamental assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, que protege a fauna e a flora, discriminando práticas crueis contra a vida do animal, então questiona-se qual dos direitos devem prevalecer.

Como proposta de solução para o conflito principiológico, a situação, inicialmente, deverá ser contextualizada, para que seja possível a realização do juízo de ponderação.

2 BREVE HISTÓRIA SOBRE A CRIAÇÃO DA VAQUEJADA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Encontra-se relatos de práticas similares à vaquejada desde o século XVII. Entre 1760 e 1790, no sertão nordestino, as fazendas não possuíam cerca para demarcá-las, assim os gados eram criados soltos. Sendo assim, os fazendeiros marcavam seus bois para identificá-los, e após um tempo contatavam os peões no intuito de que estes buscassem o gado, encontrados em fazendas vizinhas ou mata a dentro.

Esses peões eram dados como símbolo de bravura pois o serviço de apartar os bois era extremamente complexo, exigia habilidade e força. Com isso, foi iniciado a chamada "festa de apartação", que reunia peões para encontrar e auxiliar o gado ao seu devido dono.

Logo mais a festa de apartação chamou atenção da comunidade local, assim os fazendeiros deram início às pecuárias, reunindo a população que assistiam os peões (ou vaqueiros) capturarem os bois, e como estes bois eram criados livres, alguns procriavam e cresciam na caatinga, se tornando selvagens, sendo uma tarefa mais árdua para os vaqueiros os capturarem. Então era oferecido ao peão uma recompensa pela captura do animal selvagem, momento este em que se origina a essência da vaquejada.

Então em 1960 iniciaram as disputas com um valor de recompensa aos vaqueiros ganhadores, as regras de pontuação foram estabelecidas, o pagamento para disputar na vaquejada e mais tarde, com o aumento do público, a cobrança para assistir ao espetáculo.

Com o passar dos anos a vaquejada cresceu e expandiu e atualmente gera empregos e lucro, movimenta a economia das regiões e atrai turistas. Os números de 2006, segundo a Confederação de Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), mostra que a movimentação econômica foi de R$ 164 milhões. Os cálculos de 2013 feitos pela Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ) apontaram para uma movimentação de R$ 50 milhões, e em 2014/2015 o giro econômico chegou a 600 milhões. Essas estatísticas anuais abrangem além dos espetáculos, as premiações e a publicidade, investimento dos vaqueiros para disputar, leilões, feira agropecuária e shows.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Outro ponto importante sobre o assunto é que a prática de vaqueiro é regulamentada pela Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001, colocando-o como esportista. Vejamos:

> "Art. 1º Considera-se atleta profissional o peão de rodeio cuja atividade consiste na participação, mediante remuneração pactuada em contrato próprio, em provas de destreza no dorso de animais eqüinos ou bovinos, em torneios patrocinados por entidades públicas ou privadas."

A questão da regulamentação do vaqueiro como atleta profissional reforça os argumentos dos apoiadores da vaquejada, que diz se tratar de um esporte como futebol, vôlei, etc., e que não há motivos para impedir tal evento.

A ABVAQ reforça também que a vaquejada possui uma história muito longa e duradoura no nordeste brasileiro, como uma herança repassada de pai para filhos, se tornando uma prática cultural da região, enraizada em suas histórias e influenciadora de grandes nomes da música nordestina brasileira. A livre manifestação cultural encontra-se elencada no artigo 215 da Carta Magna, que diz:

> "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.
>
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional."

A definição da palavra "cultura" se mostra extensa e complexa, podendo ser expressa de diversas maneiras como forma artística, musical, religiosa e ideal. E se tratando da competição da vaquejada, seus seguidores acreditam expressar esta cultura de forma costumeira, uma prática iniciada há muitos anos atrás, por motivos de necessidade da época, que fora repassada e reformulada, passando por mutação e adaptações até

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

se mostrar como é hoje, puro entretenimento às pessoas e geradora/movimentadora do capital.

3 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais foi proclamada pela UNESCO em Bruxelas-Bélgica, na data de 27 de Janeiro de 1978, este documento possui caráter normativo e sua finalidade é orientar as nações sobre a necessidade de leis protetivas à fauna, no intuito de resguardar a integridade da vida e morte dos animais, e tipificar crimes contra os mesmos.

Em seu preâmbulo deixa claro que todos os animais possuem direitos, e que esses direitos devem ser respeitados, porém compreendem também que estes direitos são desprezados pela raça humana por questão de ignorância e/ou maldade intrínseca, sendo assim, é traçado um paralelo de que a crueldade cometida contra os animais pode levar a pessoa a ser cruel com outro de sua espécie.

A DUDA se mostrou a frente de seu tempo, em um momento na qual a humanidade estava em fase de aceitação dos animais como algo além de "coisas", mero objeto, entretanto a declaração aceita a morte por abate para alimentação, e o uso para trabalho, como por exemplo o transporte. Assim vemos nos artigos:

> "Art. 7º. Todo o animal de trabalho tem direito a uma limitação razoável de duração e de intensidade de trabalho, a uma alimentação reparadora e ao repouso.
>
> [...]
>
> Art. 9º. Quando o animal é criado para alimentação, ele deve de ser alimentado, alojado, transportado e morto sem que disso resulte para ele nem ansiedade nem dor."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Destarte é demonstrada certa preocupação no momento da morte do bicho, porém somente aceita para a alimentação, outros modos de se matar que venham a acarretar sofrimento físico ou psicológico serão considerados biocídio, ou seja, crimes cometidos contra a vida dos animais, e se houver morte em grande número, será considerado genocídio, um crime contra a espécie, outrossim a poluição e a destruição do meio ambiente serão englobadas por este crime.

Por fim, a DUDA exprime em seu dispositivo legal o descontentamento trazido pela exploração de animais para diversão do ser humano, como espetáculos e exibições, descrevendo como atos que ferem a dignidade do bicho. Assim dispõe:

> "Art. 10º 1. Nenhum animal deve de ser explorado para divertimento do homem.
>
> 2. As exibições de animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal."

A UNESCO, agência das Nações Unidas que atua nas áreas da educação, ciências naturais, ciências humanas e sociais, cultura, comunicação e informação, tem o Brasil como Estado-Membro desde 1964, e possui a finalidade de desenvolver projetos de cooperação técnica em parceria com o governo, auxiliando na formulação de políticas públicas, através de convenções internacionais, programas intergovernamentais e acordos, nesse sentindo a legislação brasileira tem o dever de se adaptar a tal declaração e suas diretrizes devem ser respeitadas a nível normativo.

Apesar da criação da DUDA, o estado se mostra omisso perante o assunto de tutela dos direitos dos animais, a legislação atual separou alguns dispositivos, porém de forma vaga e indefinida. A CRFB possui em seu corpo o capítulo VI para tratar sobre assuntos do meio ambiente, no artigo 225 diz:

> 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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> [...]
>
> VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
>
> VII - 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.

A Carta Magna expõe de forma clara o dever do Estado e de seus cidadões em manter o equilíbrio ecológico do meio ambiente protegendo a fauna e a flora de tudo que possa a vir prejudicá-la, incluindo a crueldade aos animais como forma de afetar diretamente este equilíbrio.

Outra legislação que protege a fauna é a lei 9.605/98, Lei dos Crimes Ambientais, em seu capítulo V, porém mais voltado para animais silvestres e em extinção. O artigo que trata de forma geral dos animais é o art. 32, que diz:

> 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.
>
> [...]
>
> § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Nesse sentido, a legislação brasileira se pronuncia contra a crueldade aos animais, e penalizam aqueles que venham a praticá-la, todavia em nenhuma dessas leis definem quais práticas podem ser dadas como crueis, e quais práticas não são.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em 10 de Julho de 1934 fora criado o Decreto nº 24.645 que estabelecia medidas de proteção aos animais, definindo em seus artigos o que viria a ser considerado maus-tratos, dizia que praticar ato de abuso, manter animais em locais anti-higiênicos, obrigá-los a trabalhar excessivamente, açoitar, golpear ferir ou mutilar voluntariamente o animal, bem como abandoná-los seria alguns exemplos de atos crueis, porém esse Decreto hoje se encontra REVOGADO, demonstrando a necessidade de medidas urgentes para haver certa definição legislativa e acabar com as dúvidas no âmbito jurídico quando o assunto se tratar de crueldade com os animais.

4 A IMPORTÂNCIA DADA AOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS NO DECORRER DA HISTÓRIA

Os questionamentos relacionados à proteção que o homem deve exercer perante o animal é um assunto outrora comentado por grandes pensadores antigos, de forma favorável ou não.

Alguns, como Descartes, abominou o pensamento de que os animais poderiam ser sencientes, ou seja, possuir a capacidade de ter sentimentos de forma consciente. Descartes nega que os animais viriam a ter consciência, juízo e até alma, com isto afirma a falta de sofrimento destes, assim restando-lhes apenas estímulos e movimentos corpóreos puramente mecânicos. Em sua concepção, a falta de capacidade de se comunicar, usando sua voz para juntar palavras e demonstrar seu pensamento é o que torna os bichos máquinas conduzidas por instintos naturais.

Em contrapartida Voltaire defende a importância dos animais, mostrando incômodo sobre a banalização da crueldade, principalmente em abates. O filósofo rebateu as ideias de Descartes, dizendo:

> "Animais têm suas faculdades organizadas como nós, recebem a vida como nós e a geram da mesma maneira. Eles iniciam o movimento da mesma forma e comunicam-no. Eles têm sentidos, sensações, ideias e memórias. Animais não são totalmente sem razão. Eles possuem uma proporcional acuidade de sentidos". *Lettres de*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Memmius à Cicéron (Cartas de Gaius Memmius a Cícero) em 1772.

Para ele, era importante mostrar ao ser humano que o antropocentrismo não passava de mera arrogância, e que não há privilegiado na natureza, e sim um convívio equilibrado. Não há confirmação de que esse filósofo tenha sido vegetariano, outrossim seguia ideais do filósofo grego Porfírio que pregava os benefícios da abstinência do consumo da carne do animal.

Porfírio acreditava que os homens pensavam mais com o estômago do que com a cabeça, o que explicaria, segundo ele, esse gosto mórbido por comer "cadáveres". Este filósofo explicou que a questão do consumo de alimentos de origem animal viria a ser nocivo para o corpo humano, deixando-o pesado e atrapalhando seus pensamentos, além de atitude apática e cruel.

Charles Darwin escreveu o livro *Expressão das emoções no homem e nos animais* (1872) no qual além de analisar formas humanas de expressar seus sentimentos, as comparavam com a forma de expressão dos bichos. Seu estudo consistia primeiramente em observar expressões faciais de uma pessoa quando sentia algo, como dor, alegria, medo, indecisão, etc., principalmente em crianças, loucos, pessoas cultas, de diversas faixas etárias, e em animais mais conhecidos que demonstrariam seus sentimentos arduamente.

Darwin ao analisar feições faciais humanas ao expressar emoções percebeu similaridade com as feições de macacos antropoides em relação à movimentação dos músculos e pele da face, bem como alguns sentimentos de amor dos cães para com os seus donos, afeição materna em fêmeas de todas as espécies, a dor de uma macaca ao perder seus filhotes, a vingança arquitetada por diversos animais, a demonstração de dor e medo em um animal ameaçado ou ferido.

Diante disso Darwin buscou entender as variadas formas que humanos usam para demonstrar o que está sentindo, e ao descrever também sobre as expressões dos animais, fez surgir uma nova linha de pensamento que é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

a semelhança existente entre o ser humano e o animal não-humano, assim pode-se dizer que o animal sofre como o homem, sente dor como o homem, bem como se alegra ao vivenciar bons momentos como o homem.

Com uma linha de pensamento similar, Immanuel Kant aceitou os animais como sencientes mas isentou a raça humana de obrigações morais para com os mesmos, reconhecendo o sofrimento e dor dos bichos, concluiu que humanos que demonstram ser violentos com animais, poderiam ser potencialmente violentos com outras pessoas. E de forma mais evoluída, o filósofo e advogado Jeremy Bentham além de compreender a dor e sofrimento, buscou ensinar um tratamento mais humanitário para com os bichos. Bentham dizia que "a questão não era saber se são capazes de raciocinar, ou se conseguem falar, mas, sim, se são passíveis de sofrimento."

Como Bentham, o filósofo australiano Peter Singer desenvolveu seus ideais com base no respeito aos animais. Singer entendia que o homem e o animal são iguais, de maneira que devem viver em harmonia. Ele faz comparações que provoca inquietude, principalmente quando diz haver semelhança entre aqueles que cometeram abusos escravagistas antigamente, e os que exploram animais hoje. Para o filósofo, existe uma ditadura humana sobre os demais animais, e não há motivos para a raça humana se considerar superior.

> Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para desprezar esse sofrimento ou para recusar considerá-lo de forma igual ao sofrimento de qualquer outro ser. Mas o inverso é também verdadeiro. Se um ser não for capaz de sofrer, ou sentir prazer, não há nada a ter em conta. (SINGER, 1990, p.134)

Singer ainda, de forma polêmica, compara animais não-humanos com crianças recém-nascidas e deficientes mentais, pois os mesmos não possuem capacidade para se comunicar ou colocar os pensamentos em ordem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

5 LAUDO TÉCNICO DA VETERINÁRIA DA USP E OUTROS QUESTIONAMENTOS SOBRE OS MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS

Professora aposentada da faculdade de medicina veterinária da Universidade de São Paulo (USP), Irvênia Prado deu uma entrevista ao jornal Folha de S. Paulo contando sobre seu parecer técnico usado na ADI 4983 sobre as consequências da vaquejada para os animais.

Na entrevista a Dr. Irvênia explica que elaborou o parecer técnico em conjunto com a médica veterinária Dr. Vania Plaza Nunes, e que este parecer não foi diretamente solicitado pela Procuradoria Geral da República (PGR), e sim pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal. Segundo a veterinária, o Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV) e a Associação Brasileira de Medicina Veterinária Legal (ABMVL) são entidades que se manifestaram contrárias às práticas da vaquejada e que inclusive emitiram nota pública informando estar de acordo com a inconstitucionalidade.

O parecer técnico elaborado pela médica veterinária conclui a existência de maus-tratos aos animais participantes das competições, demonstrando lesões físicas e mentais, como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o total arrancamento deste, comprometimento da medula espinhas e dos nervos espinhais. Nos cavalos foram identificados problemas como tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

A Dr. Irvânia comenta que é contra a prática da vaquejada, sendo ela ativista defensora dos direitos animais, e afirma não ser possível continuar as competições de uma forma que não machuque os bichos. Conta que ao ver a Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ) argumentar a possibilidade de minimizar os riscos aos animais estão confirmando a existência dos maus-tratos, e tomaram essas medidas apenas para "venderem" a imagem de que são cuidadosos, ao invés de suprimir o sofrimento dos animais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Outro ativista das causas animais e escritor Tom Regan tratou do assunto em variados livros, dentre esses o chamado *"Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais"* merece destaque. Regan é ativista e professor de Filosofia pela *North Carolina State University,* e possui trabalhos em conjunto com Peter Singer e Carl Cohen. Esse autor comenta sobre muitos assuntos importantes voltadas para a defesa dos animais, como: a personificação dos ativistas, a indústria frigorífica, a indústria de roupas que usam peles, e a questão do uso dos animais em espetáculos, dentre outros levantamentos. A partir de observações em campo, como visitas às granjas e abatedouros, Regan analisou como as normas de bem-estar do animal eram infringidas a todo momento sem nenhuma preocupação, pois, segundo o mesmo, não havia fiscalização correta nos locais, o Governo era omisso, e em suas palavras, quem dita as regras são os que tem mais dinheiro. Sabendo que o que realmente importa para as grandes indústrias é o lucro, pouco interessa a estes de qual forma os animais estão sendo tratados.

Regan também escreveu sobre competições envolvendo os bichos, a caça esportiva, rodeio e corrida de galgos, como os usados para entretenimento do público, em circos e exibições de mamíferos marinhos. No que tange ao rodeio e competições de laços, Regan comenta sobre os métodos utilizados para açoitar os cavalos e bois participantes, pois é facilmente perceptível que o animal não aceita de bom grado o seu "dever" na arena, assim o uso de esporas, choques elétricos, correias que apertam áreas sensíveis e incômodas no animal, são algumas das formas utilizadas para que o bicho se torne hostil.

Com toda a repercussão que os maus-tratos aos animais tomou, as organizações de rodeios e vaquejadas indagaram que seria providenciado métodos menos agressivos para o bem-estar dos cavalos e bois, como uma forma de tratamento mais "humanitário". Entretanto, ao analisar esse denominado "esporte" pode-se perceber que não há como existir métodos humanitários sem que acabe de vez com as competições, já que os animais precisam ainda serem açoitados para concluir sua participação, e o boi sujeito a laçamento pelo pescoço enquanto atinge certa velocidade, ou ser perseguido, derrubado, amarrado. Regan citou ainda a carta que o médico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

veterinário E. J. Finocchio enviou para os legisladores estaduais de Rhode Island, que dizia:

> "Como veterinário de animais de grande porte durante 20 anos ... testemunhei, em primeira mão, a morte instantânea de bezerros, depois que sua medula espinhal foi rompida por causa de uma parada brusca, pela ponta de uma corda, quando eles corriam a 48 quilômetros por hora. Também testemunhei e cuidei de bezerros que ficaram paralisados ... e cujas traquéias foram total ou parcialmente rompidas ... A pancada contra o chão causou a ruptura de alguns órgãos internos, levando alguns deles a uma morte lenta e agonizante". (Livro Jaulas Vazias: encarando os desafios dos direitos dos animais, Cap. 9, Pág. 189)

Com isso, o autor mostrou que essas competições consideradas um esporte é inerentemente desumano, uma vez que é impossível continuar os espetáculos sem causar danos físicos e psicológicos aos bichos.

6 O QUE DIZ A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 E DEMAIS DECISÕES QUE SEGUEM A ADI

Em uma publicação no Jornal Estadão, o ex presidente do STF, Carlos Ayres Britto explica que há uma grande diferença da palavra "cultural" vista em dicionários de português, e o significado expresso pela Constituição da República. O ponto é que no passar das décadas muitos atos foram considerados culturais por sua simples definição de transmitir costumes dentro de uma sociedade, e pode-se citar a escravidão e a submissão da mulher perante o gênero masculino. Atualmente sabe-se que esses costumes não são mais aceitos, muitos protestos foram travados até serem implementados na Carta Magna em seu artigo 3º, I, que dá o direito de liberdade a todos, e o artigo 5º caput e inciso I, que iguala a mulher ao homem.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No exemplo citado trata-se de seres humanos sendo injustos com outros de sua própria espécie. Porém ao analisar algumas jurisprudências pode-se observar casos similares ao do espetáculo da vaquejada julgados inconstitucionais. Como exemplo temos a "Briga de Galo", sua inconstitucionalidade foi proposta pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1856, e em decisão unânime, os relatores alegaram a total descaracterização cultural e a terrível crueldade que as aves eram submetidas, afrontando diretamente a Constituição da República, bem como a chamada "Farra do Boi" discutida pelo STF pelo R. Extraordinário n º 153.531, ambas descumprindo o artigo 225 da CRFB, que diz:

> 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.
>
> [...]
>
> VII - 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.

Sendo assim, é de notória compreensão que mesmo por se tratar de uma manifestação cultural, ou hábito da coletividade, não necessariamente será protegida pela Constituição da República por afrontar diretamente um direito fundamental inerente ao ecossistema saudável, que pode causar grande impacto à natureza, e consequentemente a vida dos seres humanos.

E ao analisar cada uma das práticas citadas dadas como culturais, os laudos técnicos demonstram o sofrimento desnecessário do animal, e até a sua morte durante os espetáculos, tanto na Farra do Boi, que o gado era solto pelas ruas e açoitado por diversos participantes munidos de instrumentos perfuradores para continuar a correr até sua exaustão total, e após morrer sua carne era servida como churrasco, como na Briga de Galo,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que as aves eram criadas para se tornarem hostis, assim só se encerrava o confronto com a morte de um dos galos. E na vaquejada, por ser o boi açoitado, perseguido e derrubado, causando-lhe lesões na cauda e coluna vertebral, além de outras escoriações e ossos quebrados, segundo o laudo da ADI 4983. Seguem as ementas que entenderam pela inconstitucionalidade/ilegalidade das práticas de "briga de galo" e "farra do boi":

> E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da "farra do boi" (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga ("gallus-gallus"). Magistério da doutrina. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220- PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413)
>
> COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi". (RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388)

Logo conclui-se que não existe realmente um conflito de normas sob o aspecto cultural e a crueldade intrínseca, mas uma omissão legislativa, ou seja, a falta de esclarecimento do que realmente viria a ser a expressão cultural, por mais que tenha sido criada a Emenda Constitucional autorizando a vaquejada, detalhadamente mostrando quais pontos passam da fronteira da cultura e quais a integram, assim como o que a Carta Magna quis passar quando comentou em sua letra do artigo sobre a "crueldade",

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

até que ponto poderia ser denominado cruel, e qual a importância dos animais para o sistema legislativo.

Houveram várias decisões pelo país contrárias à vaquejada, uma em particular no estado do Distrito Federal do Juiz Jansen Fialho de Almeida no processo nº 2015.01.1.017379-7. Na decisão o Juiz explica que o Poder Público está incumbido de proteger a fauna e a flora, e que a derrubada do boi se dar por meio de força bruta via tração em um pequeno espaço, não havendo como considerar lícita tal prática. Diz ainda que nenhum animal fora concebido fisiologicamente para sofrer derrubada desta maneira, principalmente os bovinos, então mesmo que as lesões e mutilações dos bovinos não ocorram em todos os casos de participação dos animais, o alto risco a que são submetidos já é suficiente para a proibição do esporte, segundo o Juiz.

Ele prossegue afirmando que a pecuária possui o escopo de beneficiar a humanidade com bens imprescindíveis para seu desenvolvimento, como alimentação, matéria-prima industrial etc. Com isso a vaquejada se encontra em atividade secundária e prescindível, da mera exploração dos animais pelo ser humano.

Nesse sentido, pode-se preponderar a real finalidade da prática da vaquejada, pois a pecuária é formada não só pela disputa dos vaqueiros, mas também por shows, leilões, culinária e artesanatos, dando às pessoas variadas formas de entretenimento que não cause dano a fauna brasileira, logo a questão de gerar empregos e movimentar a economia do local poderia continuar, porém com um espetáculo a menos.

7 A EMENDA CONSTITUCIONAL 96/17

Popularmente conhecida como "PEC da vaquejada", trata-se de proposta de emenda à Constituição apresentada pelo Senador Federal Otto Alencar (PSD/BA) no dia 15 de Fevereiro de 2017.

Esta iniciou-se como PEC 270/16, e depois foi modificada para PEC 304/17. Assim acrescentada ao parágrafo 7º do art. 225 da CRFB determina que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas crueis. A PEC foi votada e transformada na Emenda Constitucional 96/17, que diz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:
>
> "Art. 225.
>
> § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos."

Nesse sentido, a PEC 304/17 após ser votada e promulgada em rápidos quatro meses, torna a vaquejada legal derrubando a decisão do STF que a dava como inconstitucional, também abrangendo demais práticas desportivas, como os rodeios.

A PGR ainda este ano se manifestou de forma contrária à EC 96/17. Uma petição foi criada pela ONG VEDDAS informando a PGR que seu dever é pedir o controle de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) quando houver aprovação de leis e emendas constitucionais que afrontem as normas da CRFB. A ONG apresentou seus argumentos na petição, sendo um destes pontuando que as determinações feitas pelo Poder Legislativo ao reconhecer a prática da vaquejada e rodeios como patrimônio imaterial são exclusivas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), órgão este inserido no Poder Executivo, sem a prévia consulta e em falta com qualquer parecer favorável ou apresentação de estudos científicos . Com todo o exposto é fato que a vaquejada como desportiva e cultural será questionada e atacada por certo tempo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo o exposto, destaca-se a importância de discutir tal tema, após lançada a ADI 4983 que proibiu a prática da vaquejada no estado do Ceará, o principal estado que possui essa tradição enraizada em seus

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

costumes há muitos anos, e que gera números altíssimos de lucro, ou seja, a população se mostrou insatisfeita com essa prática, e o Supremo Tribunal Federal também se posicionou contra entendendo que a crueldade aos animais usados, como bois e cavalos, é intrínseco, assim discutindo ser impossível eliminar o sofrimento dos bichos, ou mesmo amenizar enquanto ainda forem usados na arena.

O tema gerou grande discussão, acarretando de forma extraordinariamente rápida, uma votação e promulgação da Emenda Constitucional 96/17 pela mesa da Câmara dos Deputados e Senado Federal, que autorizou o prosseguimento da vaquejada pois, segundo a EC, não deve ser considerado ato de crueldade aos animais. Demonstrando com isso a preocupação dos Deputados e Senadores pelo lucro acima do bem-estar dos animais, já provado em laudo da ADI 4983 que existe maus-tratos, sem possibilidade de amenizá-los enquanto houver a derrubada e perseguição.

As pessoas se mostram insatisfeitas com a crueldade aos animais desde muitos séculos atrás, preocupados com o abate, com o uso para testes científicos, e principalmente o uso para entretenimento. No Brasil, circos não são mais permitidos a usar animais para espetáculos, decisões do STF impediram as práticas da briga de galo e da farra do boi, com isso se torna claro que a luta em defesa do direito dos animais irá continuar, o número de ONG'S protetoras crescem a cada dia, e tomam voz no âmbito político, como exemplo temos o Instituto Luisa Mell que teve seu trabalho reconhecido pela Assembleia Legislativa, no qual receberam homenagens por Honra ao Mérito Legislativo do Estado de São Paulo.

Assim, a preocupação com o meio ambiente saudável e em equilíbrio está tomando grandes proporções, o Estado cada vez mais cobrado para cumprir com o seu papel de tutela à fauna e a flora, e para definir o conflito existente entre questões ambientais e questões culturais.

9 REFERÊNCIAS

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

CASTILHO, Fernando Moreno; MARTINS, Lilian Al-Chueyr. **As concepções evolutivas de Darwin sobre a expressão das emoções no homem e nos animais**. Disponível em: <www.ib.usp.br/revista/system/files/Castilho-10.7594-revbio.09.02.03.pdf> Acesso em: 15 de Maio de 2018.

TRINDADE, Gabriel Garmendia da; NUNES, Lauren de Lacerda. **Jaulas Vazias: Encarando o desafio dos direitos dos animais**. Disponível em: http://www.revistafundamento.ufop.br/Volume1/n3/vol1n3-10.pdf> Acesso em: 15 de Maio de 2018.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias: Encarando o desafio dos direitos animais**. Tradução: Regina Rheda. Editora Lugano. 2006.

DARWIN, Charles. **A Expressão das Emoções nos Homens e nos Animais**. Tradução: Leon de Souza Lobo Garcia. Companhia das Letras. 2000.

SINGER, Peter. **Libertação Animal: O clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais**. 1ª Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2010**.**

COETZEE, John Maxwell. **A Vida dos Animais**. São Paulo. Companhia das Letras. 2003.

BEZERRA, Felipe Adriano Saraiva Lustosa. **Igualdade para os animais: Especismo e sofrimento animal sob a perspectiva utilitarista singeriana.**Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21412/igualdade-para-os-animais-especismo-e-sofrimento-animal-sob-a-perspectiva-utilitarista-singeriana> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

ARIOCH, David. **Voltaire: "Os sofrimentos de um animal nos parecem males, porque, sendo animais nós mesmos, sentimentos que deveríamos incentivar a compaixão"**. Disponível em: < https://davidarioch.com/2017/02/08/voltaire-os-sofrimentos-de-um-animal-nos-parecem-males-porque-sendo-animais-nos-mesmos-sentimos-que-deveriamos-incentivar-a-compaixao/> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ROCHA, Ethel Menezes. **Animais, homens e sensações segundo Descartes.**Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2004000200008> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

SCHÖPKE, Regina. **Os filósofos e os animais**. Disponível em: < https://www.anda.jor.br/2012/02/os-filosofos-e-os-animais/> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

PINHEIRO, Gilberto. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais - UNESCO - ONU**. Disponível em: <http://direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=1FC3FC14-EEA6-E69D-8D9A-3EDC218E687A> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

Procuradoria-Geral da República. **PGR defende Inconstitucionalidade de norma que permite a prática da vaquejada**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-inconstitucionalidade-de-norma-que-permite-a-pratica-de-vaquejada> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

GHILARDI, Carolina Machado. **Animais Não-humanos como Sujeitos de direito: Fundamentos e perspectivas no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112044/000951106.pdf;sequence=1> Acesso em 17 de Maio de 2018.

COMPARINI, Artur. **Direito dos animais sob a ótica moral, filosófica e legal**. Disponível em: <https://ariva.jusbrasil.com.br/artigos/250865829/direito-dos-animais-sob-a-otica-moral-filosofica-e-legal> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

CANÔNICO, Marco Aurélio. Folha de S. Paulo. **Vaquejada tem de ser proibida imediatamente, diz veterinária da USP**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1832115-vaquejada-tem-de-ser-proibida-imediatamente-diz-veterinaria-da-usp.shtml> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

NOTA:

[1] Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutorando pela PUC Minas. Professor da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas. Email: antoniocesarmello@hotmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A REVELIA NO PROCESSO DO TRABALHO E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS EM FACE DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E DA 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 hipóteses de caracterização da revelia no âmbito do processo judicial eletrônico trabalhista, em razão da evolução trazida pela digitalização do processo judicial e pelas alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista. Através do método de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, o presente estudo percorrerá o conceito da revelia nas normas processuais trabalhistas e cíveis, os princípios adotados e suas consequências, sugerindo uma nova abordagem frente à nova realidade processualística juslaboral.

PALAVRAS-CHAVE: Revelia. Processo Judicial Eletrônico. Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O processo judicial e o advento do processo judicial eletrônico; 3. A revelia e a nova sistemática processual; 4. Conclusão. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar a nova visão a ser adotada frente ao instituto da revelia, a partir da implementação do processo eletrônico na Justiça do Trabalho, bem assim diante das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017, em vigor desde 11.11.2017.

Com o advento do Processo Judicial Eletrônico, instituído pela Resolução nº 94/2012, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, foi alterado o momento em que a parte ré pode apresentar defesa no processo judicial trabalhista. Daquele momento em diante, a apresentação de defesa poderá ocorrer não apenas quando da realização da audiência, mas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

também durante todo o lapso temporal desde a citação até a ocorrência da assentada.

Diante dessa nova possibilidade, os princípios norteadores do processo trabalhista, sobretudo os atinentes à sessão de audiência, devem receber interpretação diferenciada frente à nova sistemática de apresentação de defesa.

Cediço é que a não apresentação de defesa no prazo legal, regra geral, acarreta a aplicação do principal efeito material da revelia: a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pela parte autora na petição inicial. Contudo, na seara processual trabalhista, para se elidir tais efeitos, não basta apenas a apresentação da defesa, pois se exige um segundo requisito: a presença física da reclamada à audiência. Assim, na Justiça Especializada do Trabalho, a parte ré, a fim de afastar as alegações formuladas pela parte autora na peça exordial, deverá apresentar sua defesa e provas documentais desde a citação até a ocorrência da audiência, e ainda assim, deverá comparecer fisicamente no dia da audiência.

Tem-se entendido e praticado largamente na Justiça do Trabalho que o não comparecimento injustificado da parte ré acarretará a revelia, mesmo que esta já tenha juntado aos autos sua defesa e documentação pertinentes. O mais grave é que essa presunção relativa tem prevalecido, mesmo diante de farta prova documental porventura acostada aos autos. Muitas vezes, a fim de manter a presunção relativa, inúmeros julgadores determinam inclusive a exclusão da defesa e documentos, em total descompasso com o princípio da verdade real, norteador do processo juslaboral.

Assim, o instituto da revelia, aliado à função social do processo, deverá ser analisado sob a nova vertente de apresentação da defesa no processo eletrônico trabalhista e seus efeitos.

Perfilhando a diretriz da possibilidade de juntada de defesa e documentos antes da audiência, a Lei n. 13.467/2017 – denominada Reforma Trabalhista, introduziu o § 5, no art. 844, da CLT, determinando que a defesa e documentos sejam aceitos pelo juízo do trabalho, mesmo na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

hipótese de comparecimento apenas do patrono da parte ré, desacompanhado de preposto.

De par com isso, o presente estudo possui a finalidade de analisar os efeitos que o advento do processo judicial eletrônico acarretou no âmbito laboral, bem assim as repercussões promovidas pela Reforma trabalhista quanto ao momento e efeitos da apresentação de defesa.

Para tanto, perpassará pela conceituação de revelia e seus efeitos, as peculiaridades do sistema processual eletrônico e da Lei n. 13.467/2017, bem assim suas repercussões na processualística do trabalho, sugerindo uma nova postura do magistrado trabalhista em razão dessas recentes alterações.

2.O PROCESSO JUDICIAL E O ADVENTO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Consultando o dicionário Michaellis encontra-se a definição gramatical de processo: palavra com origem no latim *processu*, que significa ato de proceder, sequência contínua de fatos ou fenômenos, conjunto de peças que servem à instrução do juízo, entre outros[1].

O processo é fundamental à jurisdição que tem por finalidade precípua eliminar conflitos de interesses e fazer justiça no caso concreto. Desse modo, ele é o instrumento por meio do qual a jurisdição atua.

No âmbito do Direito, uma ação judicial é materializada por meio do processo, que contempla a sequência de atos predefinidos de acordo com a lei, objetivando alcançar um resultado juridicamente relevante. Além disso, um processo pode ser o conjunto de todos os documentos apresentados no decorrer de um litígio.

Assim, para que o Estado apresente a solução – tutela jurisdicional – no seu exercício de poder/dever de dizer o direito – jurisdição – para cada parte, é necessário, em regra, que haja uma provocação pelo interessado. A partir desta provocação, com o exercício do direito de ação, nasce o processo judicial, que é formado por uma série de atos pré-ordenados, praticados pelas partes, pelo juiz, pelos auxiliares da justiça, servidores,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Ministério Público, Defensoria Pública, advogados e terceiros, com o objetivo de fazer valer as regras do Direito material e, consequentemente, solucionar o conflito, trazendo de volta a pacificação social que ocorrerá com uma tutela jurisdicional justa e equânime.

Como dito, caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão não reconhecida voluntariamente, ou não satisfeita nos moldes vindicados, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional. E o fará em cooperação com as partes envolvidas no conflito, segundo um método de trabalho pré-estabelecido.

A lide – largamente entendida como pretensão resistida – será regulada pelo Direito Processual, o qual é o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.

No campo do Direito do Trabalho, as regras materiais e processuais que regulamentam a jurisdição estão descritos, numa base maior, na Consolidação das Leis do Trabalho, e noutras normas pertinentes não menos importantes no ordenamento jurídico, a partir da cláusula de abertura subsidiária permitida por aquela norma (Art. 769, da CLT).

Diante da revolução tecnológica vivida nas últimas décadas, impossível o Direito permanecer inerte. O advento da Lei n. 11.419/2006 foi o grande passo para a informatização do processo judicial. A partir dela, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com os tribunais e a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) desenvolveu um sistema para a automação do Poder Judiciário, chamado de Processo Judicial Eletrônico (PJe).

O objetivo principal buscado pelo CNJ foi elaborar e manter um sistema de processo judicial eletrônico capaz de permitir a prática de atos processuais pelos magistrados, servidores e demais participantes da relação processual diretamente via sistema informatizado, assim como o acompanhamento do processo judicial, independentemente de tramitação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

em quaisquer dos ramos do Poder Judiciário (Justiça Federal, Justiça Estadual, Justiça Militar, Eleitoral e do Trabalho).

Além desse grande objetivo, o CNJ pretendeu convergir os esforços dos tribunais brasileiros para a adoção de uma solução única e atenta para requisitos importantes de segurança e de interoperabilidade, racionalizando gastos com elaboração e aquisição de *softwares* e permitindo o emprego desses valores financeiros e de pessoal em atividades mais dirigidas à finalidade do Judiciário, qual seja, a resolução dos conflitos.

No âmbito da Justiça do Trabalho, a Resolução nº 94/2012, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), instituiu o sistema processual eletrônico da Justiça Especializada Trabalhista, com base na Lei n. 11.419/2006, que deu o pontapé inicial para informatização do processo judicial. Posteriormente, a Resolução nº 185/2017 do CSJT, ratificando a instituição do Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe) instalado na Justiça do Trabalho como sistema informatizado único para a tramitação de processos judiciais, mostra-se como a mais recente no trato da matéria.

Da mesma forma que o processo físico, o processo eletrônico é regido pelas mesmas normas, todavia, acrescidas por outras pertinentes ao novo modo de tramitação e utilização da ferramenta eletrônica.

Nos termos da citada Lei, inicialmente foi estabelecida a forma de acesso ao processo (art. 9º, § 1º), comunicação dos atos (art. 9º), prazo para cumprimento do ato (art. 3º, parágrafo único, e art. 10, § 1º), validade dos documentos e incidentes processuais (art. 11) e, sobretudo, o que mais interessa ao presente estudo, a forma de apresentação da contestação (art. 10, *caput*).

Vale salientar que estas alterações foram realizadas para adequar os atos judiciais ao novo modelo de processo, ou seja, um processo que está disponível 100% do tempo às partes, salvo no lapso temporal de manutenção e indisponibilidade do sistema, e para a contemplação de uma comunicação mais eficiente, eficaz e dinâmica.

Nessa linha, podem-se levantar outras mudanças comportamentais decorrentes da nova roupagem do processo, inclusive no que já se aventou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

acima, acerca dos benefícios aos órgãos, servidores, jurisdicionados e ao meio ambiente.

Os benefícios são inúmeros, iniciando-se pela parte institucional. Com a implementação do processo eletrônico, a redução de custos dos órgãos ocorre de forma gradativa e crescente, em razão da redução de uso de materiais de escritório relacionados ao processo físico, bem assim com a diminuição de despesas com o translado de processos entre unidades jurisdicionais, gerando otimização de espaços e ganho de produtividade, dentre outras melhorias.

Tal economia já adentra na área da sustentabilidade, a exemplo da quantidade de papel economizado pelos órgãos e sujeitos processuais, contribuindo para a redução do consumo. Somado a isto, tem-se a redução maciça de deslocamento de advogados, partes e estagiários aos Fóruns, com o simples objetivo de consulta aos autos, o que contribui mais uma vez para a eficiência e dinamicidade, já que o tempo antes desperdiçado pode ser empregado em atividades mais produtivas. Vê-se também a homenagem à celeridade processual, pois com um simples comando, o processo transita entre as instâncias com rapidez e segurança, prestigiando, assim, o princípio da razoável duração do processo.

3.A REVELIA E A NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL

Na esteira da evolução, chega-se à problemática em questão: a nova visão da revelia diante do processo eletrônico.

Como dito acima, o processo é o instrumento de pacificação social por meio do qual será proferida uma decisão justa e equânime. Hodiernamente, devem-se fixar os olhos na resolução justa e efetiva da demanda, e não apenas na atribuição de uma solução terminativa à lide. Devem-se buscar, sobretudo, os fins sociais do processo, num matiz socializante e em compasso com a garantia dos direitos fundamentais das partes. Dentre estes, e com maior primazia no processo do trabalho, o princípio da verdade real. Além deste princípio, outros estão diretamente ligados ao instituto da revelia: conciliação, concentração dos atos processuais, oralidade, celeridade, igualdade, contraditório e ampla defesa.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Cediço é que toda mudança gera reflexões e ver-se-á que a revelia não pode simplesmente ser vislumbrada, no processo eletrônico, na forma do art. 844, *caput*, da CLT, mas nos termos do art. 344, do CPC, em interpretação mais consentânea com o momento atual.

Dispõe a legislação trabalhista sobre a revelia no art. 844, da CLT: "O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato."

Dessa forma, se a parte não comparecer à audiência na qual deveria apresentar defesa, será considerada revel, com a aplicação da pena de confissão quanto à matéria fática, nos exatos termos do art. 844 consolidado.

A diferença básica constante entre o art. 844, da CLT e art. 344, do CPC é o fato gerador da revelia: para a CLT, o não comparecimento da parte gerará a revelia, enquanto que para o CPC é a não apresentação de defesa que a deflagrará[2].

Assim, percebe-se que, na Justiça do Trabalho, não basta a apresentação da defesa, pois é necessário também o comparecimento da parte. O processo, no modo físico, encaixava-se perfeitamente a este regramento, pois a reclamada era obrigada a comparecer à audiência inaugural munida da defesa e documentos para se considerar a tempestividade da apresentação da peça de bloqueio. E, caso fosse protocolada antes, utilizando da regra do Código de Processo Civil, a peça não teria validade, pois fora apresentada em momento não oportuno, ou seja, em descompasso com o regramento legal trabalhista, já que, para a Justiça Especializada, o momento correto para a apresentação da defesa é após a realização da primeira proposta de conciliação em audiência.

Vale lembrar que, na Justiça do Trabalho, via de regra o julgador apenas toma conhecimento da lide na audiência, pois não realiza juízo de admissibilidade da petição inicial. A citação para comparecimento à audiência e apresentação da defesa – denominada pela CLT de notificação – é providência automática a ser adotada pelo serventuário tão logo seja distribuída a petição inicial, em ato contínuo, sem necessidade de ordem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

judicial expressa para tanto. É o que se depreende da redação do art. 841 da CLT[3].

Com o advento do Processo Judicial Eletrônico, a petição inicial é minuciosamente analisada para se constatar a correta distribuição, sobretudo, a inclusão de todas as partes no sistema, a existência de pedido de tutela provisória, se a parte está devidamente representada por advogado habilitado, a liquidação dos pedidos, se o valor da causa se coaduna com o rito processual escolhido, entre outras constatações.

Preenchidas as exigências legais quanto à elaboração da peça de ingresso, a notificação inicial será expedida. Caso contrário, a parte autora será intimada para emendá-la/aditá-la, sob pena de indeferimento (art. 321, do CPC). Vê-se, portanto, que o processo trabalhista está cada dia mais alicerçado nos procedimentos cíveis para uma célere prestação jurisdicional e, agora, também no momento de apresentação de defesa.

Com a implementação do processo eletrônico, foi conferida à parte ré a faculdade de anexar sua defesa aos autos do processo a qualquer momento, desde que antes da realização da proposta conciliatória em assentada, nos termos do art. 22, da Resolução nº 185/2017, do CSJT. Manteve-se, contudo, a mesma possibilidade de utilização do regramento do processo físico – apresentação da defesa oral. Em suma, hoje a parte reclamada dispõe de duas possibilidades de apresentação de defesa: oralmente em audiência ou anexando-a ao processo até o momento da proposta de conciliação infrutífera.

Nesse sentido, a partir da aproximação com as regras processuais civilistas, o presente estudo sugere que a revelia deve ser considerada com base no que preceitua o Código de Processo Civil, e não a partir do comando inserido na Consolidação das Leis Trabalhistas. Nos termos do CPC, a revelia decorre da não apresentação de defesa, enquanto que para a CLT a revelia decorre do não comparecimento da parte.

Ora, se a reclamada optar por utilizar a faculdade de apresentação da defesa antes da audiência, mesmo que ela não compareça, não restou caracterizada a não apresentação da defesa. A peça e documentos que a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

acompanham constam dos autos e podem ser aferidos pelo juízo e pela parte autora, apenas restará inviabilizada a proposta de conciliação e a colheita do depoimento pessoal da parte, que nada tem a ver com a revelia. O efeito prático de se impossibilitar a colheita do depoimento pessoal é a aplicação da pena de confissão quanto à matéria de fato, nem sempre incidente. Senão, vejamos.

A necessidade de prova oral não é absoluta. Há matérias no âmbito juslaboral que não dependem de prova oral, e nem por ela poderiam ser provadas. A CLT elencou algumas matérias como sendo passíveis de comprovação apenas por prova documental, como é o caso de pagamento de salários, nos termos do artigo 464, da CLT[4].

Dessa forma, se a demanda tiver por objeto o pagamento de salários, a prova documental é inadmissível, motivo pelo qual não há qualquer necessidade de comparecimento da parte reclamada à audiência. Tal desnecessidade de comparecimento se faz mais visível quando, por exemplo, a reclamada exercer atividades fora do lugar da contratação, a nível nacional, e a ação fora ajuizada em região distante do país, que demanda elevados custos de deslocamento para comparecimento a audiências. À guisa de exemplo: uma empresa sediada no Rio Grande do Sul, caso fosse acionada no Estado do Amapá apenas para o pagamento de salários, não precisaria arcar com os custos de comparecimento de advogados e prepostos do extremo sul ao extremo norte do país tão somente para comparecer a uma audiência se sua presença é dispensável, já que nada poderá provar oralmente. Assim, a presença dos representantes da reclamada, nesses casos, seria apenas uma denotação de ausência de ânimo em conciliar.

No caso narrado, o juízo não deveria aplicar a revelia caso a defesa e os documentos sejam anexados aos autos no momento processual adequado, legal e tempestivo, consoante o Código de Processo Civil e a faculdade trazida pelo novo regramento do processo judicial eletrônico. Todavia, poderá ser aplicada a confissão (ficta) quanto à matéria de fato. Dessa forma, afere-se em separado a caracterização das penalidades: Revelia, pela não apresentação de defesa e confissão, pela impossibilidade de colheita de prova oral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nessa linha, este estudo defende a aplicabilidade do art. 344, do CPC ao novo processo trabalhista, ao invés da aplicação pura do art. 844, da CLT.

O art. 344 do CPC traz a definição de revelia: "Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor." Essa definição é exaustiva, não cabendo interpretação extensiva. Portanto, deverá ser decretada a revelia apenas quando não for apresentada defesa no prazo legal. Nesse sentido, a revelia está relacionada à falta de defesa, e não à ausência à audiência: Revelia é o estado imposto ao réu que, habilmente citado, deixa de apresentar defesa. Desta feita, a revelia não está obrigatoriamente ligada ao não-comparecimento do réu à audiência. Poderá comparecer e negar-se a formular defesa, inclusive. A revelia se concretiza pelo ato objetivo de ausência de defesa.

Contudo, o entendimento disposto no art. 844, da CLT é diverso, pois, para a regra celetista "O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato." Vê-se que, para o texto celetista, a revelia decorre do não comparecimento da reclamada à audiência. Ora, como aplicar o art. 844, da CLT ao caso narrado acima, em que houve a apresentação de defesa e a prova oral é inadmitida? Para quê se exigir o comparecimento da reclamada, se sua presença é totalmente dispensável para o escorreito tramitar processual e aferição da verdade dos fatos?

Tal constatação se torna mais grave porque, na prática, alguns magistrados trabalhistas simplesmente determinam o desentranhamento da peça de defesa e documentos apresentados pela reclamada que não compareceu à audiência, a fim de impor-lhe a confissão ficta quanto à matéria de fato, em total descompasso com o entendimento geral das presunções processuais. Ocorre que a presunção de veracidade das afirmações do autor decorrente da revelia é meramente relativa, e não pode prevalecer sobre uma prova legítima do fato ventilado.

Nesse mote, assim foi construída a Súmula n. 74, do C. TST, acerca do não comparecimento da parte em audiência:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> SUM-74. CONFISSÃO (atualizada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016
>
> I - Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. (ex-Súmula nº 74 - RA 69/1978, DJ 26.09.1978)
>
> **II - A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 - art. 400, I, do CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores. (ex-OJ nº 184 da SBDI-I - inserida em 08.11.2000)**
>
> III- A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo. (original sem grifos).

Portanto, verifica-se que a defesa e especialmente os documentos acostados pela parte aos autos antes da audiência não só podem como devem ser apreciados pelo magistrado do trabalho, em razão de serem considerados prova pré-constituída pela parte ré.

Esse é o entendimento firmado pelo C. TST no recente aresto colacionado abaixo:

> (...) RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. REVELIA. EFEITOS. EXCLUSÃO DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA PELA PARTE REVEL. RESOLUÇÃO N.º 136/2014 DO CSJT. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ARTIGO 5.º, INCISO LV, DA CF/1988. VIOLAÇÃO. Trata-se o presente feito de procedimento encartado sob a égide da Resolução n.º 136/2014, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(CSJT), que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabeleceu os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Pois bem. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de a aplicação da pena de revelia fulminar a validade da prova pré-constituída apresentada na forma da referida Resolução n.º 136 pela parte confessa. O Juízo de primeiro grau, ao aplicar a pena de confissão, estabeleceu como alcance da revelia a **exclusão** dos documentos trazidos pela Reclamada. O Regional manteve a sentença, mesmo consignando a existência de juntada eletrônica da contestação, com os respectivos documentos, em momento anterior à realização da audiência. **Ficou ainda consignado no acórdão que referido ato processual produziria efeitos tão somente se a Reclamada tivesse comparecido à assentada, o que não ocorreu**. No entanto, na diretriz do art. 29 da precitada Resolução n.º 136 "Os advogados credenciados deverão encaminhar eletronicamente contestação, reconvenção ou exceção, e respectivos documentos, antes da realização da audiência designada para recebimento da defesa" (Grifou-se). Vale ressaltar que a lei não tem palavras inúteis; a interpretação de texto legal dá-se, sempre, em harmonia com a sua estrutura total. **Assim, se a norma preconiza o dever (e não opção) de a parte encaminhar eletronicamente a contestação, com os respectivos documentos, antes da realização da audiência designada para recebimento da defesa, constata-se que referidos atos processuais, praticados na forma do indigitado dispositivo legal, ganham outros contornos, além daqueles estabelecidos pelos arts. 844, 845 e 847 da CLT, passando, assim, a ter o status de prova pré-**

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

constituída, devendo o Julgador aplicar o contexto jurídico pertinente a este instituto jurídico. Nessa conjuntura, sendo a hipótese sub examine a de que a peça defensória e a documentação que a acompanha já constavam dos autos no momento da assentada, mostrando-se, por conseguinte, como prova pré-constituída, a pena de revelia aplicada não tem o alcance decretado pelas Instâncias ordinárias. Isso porque, na diretriz do item II da Súmula n.º 74 desta Corte, "a prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 - art. 400, do CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores" (Grifou-se). Note-se que a parte final da indigitada súmula não considera cerceamento do direito de defesa o indeferimento de provas posteriores, ficando, assim, inteligível, que o indeferimento e/ou decretação de invalidade da prova pré-constituída que poderia ser apresentada para confronto com a confissão ficta, implica cerceamento do direito de defesa. Desse modo, a documentação trazida pela defesa, por se tratar de prova pré-constituída, mostrava-se válida como meio de formação do convencimento do Julgador, ainda que na forma de presunção apenas relativa, acerca da jornada de trabalho do Reclamante e das horas extras postuladas; afinal, não se está aqui invalidando a revelia decretada, mas, tão somente, estabelecendo o alcance dos seus efeitos em relação à prova produzida à luz da nova ordem legal inserta pela Resolução n.º 136/2014. Portanto, a decisão proferida pelo Regional, ao não considerar as provas apresentadas eletronicamente com a defesa, na forma do art. 29 da Resolução n.º 136/2014, estendeu efeitos à revelia que extrapolam os termos do item II da Súmula n.º 74 desta Corte,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> evidenciando, por conseguinte, afronta o disposto no art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 10474-44.2014.5.01.0080 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 04/04/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/04/2018).

Esclareça-se que a não apresentação de defesa e a ausência da parte são fatos diversos e que, por isso, não podem gerar os mesmos efeitos, mormente nos casos em que a presença da parte é totalmente dispensável. Portanto, como visto, a ausência de defesa é que deverá gerar a revelia e a aplicação de suas consequências. A ausência da parte, por seu turno, vai impossibilitar apenas o depoimento, não podendo, consequentemente, a outra parte obter uma confissão expressa. Sendo assim, para não haver prejuízo de quem não concorreu para esse fato, aplica-se a confissão ficta, nos moldes da Súmula 74, I, do C. TST, mas tão somente sobre a matéria fática, pois a de direito pode passar pelo crivo do contraditório quando da apresentação da defesa. Por esse só motivo, reforça-se o recente entendimento do C. TST esposado no aresto colacionado acima, acerca da impossibilidade da exclusão da defesa e documentos colacionados pela ré.

Tenha-se presente que não se está sugerindo que a reclamada deixe de ser penalizada com a confissão ficta se seu depoimento restar inviabilizado, mas sim que a presunção relativa de veracidade não se sobreponha a provas reais, como no caso acima exemplificado. No momento em que o juízo trabalhista exclui a defesa e documentos, não há ponderação se a matéria dos autos se prova por testemunhos ou documentalmente, privilegiando uma presunção relativa de veracidade em detrimento da verdade real e da melhor técnica processual.

Posta assim a questão, defende-se que a revelia seja aplicada nos moldes do CPC: quando a parte não apresentar defesa. Adicionalmente, sugere-se que: a) a matéria de direito, assim entendida como a que se prova através de documentos, seja apreciada mesmo que a parte não compareça, já que sua presença nestes casos é irrelevante; b) que o não comparecimento da parte não dê ensejo à exclusão de defesa e documentos pré-constituídos; c) que a presunção ficta não se sobreponha à

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

prova cabal do fato produzida nos autos, ao arrepio do sentimento geral de justiça.

Nessa esteira de raciocínio, Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, em vigor a partir de 11.11.2017, inseriu o § 5º, no art. 844, da CLT, estabelecendo que segue:

> § 5o Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Em virtude dessa alteração, denota-se que a Reforma Trabalhista caminhou no sentido de aproximar a caracterização da revelia aos moldes do CPC, não obstante haja mantido intacto o *caput* do art. 844, da CLT.

Pela nova regra processual, mesmo que esteja ausente o réu, o Juízo não poderá mais deixar de aceitar a contestação e os documentos apresentados pelo advogado da parte ré. Privilegia-se, portanto, o prestígio ao contraditório e à ampla defesa, caracterizadores do devido processo legal (art. 5º, LV, da CRFB).

Interpretando-se logicamente a nova regra trabalhista acima, pode-se extrair a conclusão de que não poderá haver a exclusão de documentos já acostados previamente, em obediência à regra do art. 22, da Resolução n. 185/2017, do CSJT. Se há a obrigação de aceitar os documentos da reclamada ausente, com mais razão há o dever de manutenção dos documentos pré-constituídos.

Assim, apresentada a defesa no prazo legal, não há espaço para que o magistrado trabalhista desentranhe a peça de defesa e documentos, ou simplesmente os ignore, sob pena de pôr termo ao litígio de forma não justa e não equânime, desatendendo aos fins sociais da lei e, sobretudo, aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da verdade real e do devido processo legal.

4.CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com o presente estudo, pretendeu-se exemplificar o cenário atual brasileiro no que concerne ao reconhecimento da revelia, bem assim a noção de que esta não pode mais ser analisada pelos operadores do direito unicamente à luz do art. 844, da CLT, visto que sua aplicação exclusiva anda em descompasso com a nova forma de acesso à justiça – Processo Judicial Eletrônico – e com as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2017.

Permitida a apresentação de defesa trabalhista em dois momentos processuais – antes ou na própria audiência –, não se pode mais aplicar o instituto da revelia pelo mero não comparecimento da parte, sugerindo-se a nova interpretação do instituto a partir dos moldes do art. 344, do CPC.

Ademais, proferindo decisão em desacordo com o exposto, o julgador estará pondo fim ao litígio de forma não justa e não equânime, desatendendo especificamente aos princípios do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao devido processo legal e informadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. ***Teoria dos Princípios***. 10° ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. ***Curso de Direito do Trabalho***. 10ª edição. São Paulo: Editora Ltr. 2016.

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.

_____. ***Código de Processo Civil***, Lei Federal nº 13.105, de 16 de mar. de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 28.05.2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

_____. ***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 28.05.2018.

_____. ***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 28.05.2018.

_____. ***Jurisprudência.*** Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em http://www.tst.jus.br/. Acesso em 28.05.2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF. Disponível em http://www.cnj.jus.br/. Acesso em 29.05.2018.

DELGADO, Maurício Godinho. ***Curso de Direito do Trabalho***. 16ª Edição. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. ***Curso de Direito do trabalho***. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. ***Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional***. 9ª. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013.

PROCESSO. In: ***Dicionário Michaelis***. Disponível em: www.uol.com.br/michaelis. Acesso em: 29.05.2018.

SCHIAVI, Mauro. ***Manual de Direito Processual do Trabalho***. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

NOTAS:

[1] PROCESSO. In: ***Dicionário Michaelis***. Disponível em: www.uol.com.br/michaelis. Acesso em: 29.05.2018.

[2] CPC. CAPÍTULO VIII – DA REVELIA – Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[3] CLT. Art. 841 - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.

[4] CLT. Art. 464 - O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A MAJORAÇÃO DOS PODERES DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE SINDICAL

MARCELA CAVALCANTI RIBEIRO: Mestre em Direito pela UFPE, Professora de Direito Individual e Coletivo do Trabalho e Assessora Jurídica no 18º Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região.

Resumo: O estudo desenvolvido neste artigo volta-se à analisar o importante papel desempenhado pelo sindicato e pela negociação coletiva no cenário de construção da democracia e dos direitos sociais dos trabalhadores. De outro lado, procura destacar a crise de legitimidade por que passa o sistema sindical brasileiro e as consequências nefastas decorrentes da majoração dos poderes da autonomia privada coletiva neste cenário.

Palavras-chave: Sindicato. Negociação Coletiva. Representatividade sindical.

Sumário: 1. Introdução; 2. O papel dos sindicatos e sua centralidade na promoção da melhoria das condições de trabalho; 3. A (crise de) legitimidade sindical; 4. Conclusão; Referências.

1. Introdução

O objetivo deste ensaio é questionar a coerência sistêmica da elevação dos padrões de negociação coletiva em um contexto de crise de representatividade dos sindicatos.

Se, por um lado, a capacidade negocial das entidades representativas de categorias profissionais e econômicas se traduz na mais elementar expressão da liberdade no território de atuação do direito do trabalho, é certo também que seu reconhecimento pela ordem jurídica não se encerra em tal constatação. A negociação coletiva é instrumento, caminho para a pacificação e acertamento de interesses intrinsecamente colidentes e potencialmente criadores de instabilidade social. E ainda vai além. Constitui o principal mecanismo de progressividade dos direitos trabalhistas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Como a Constituição Federal condiciona a realização de negociação coletiva à participação do sindicato obreiro, considera-se imprescindível o conhecimento das funções para as quais concebido tal entidade, a fim de demonstrar a harmonia teórica entre elas.

Mais adiante, o presente estudo procura evidenciar a insuficiência de todos os instrumentos criados para garantir a concretização das missões institucionais do sindicato. Insuficiência que se justifica diante da dualidade ideológica que procurou abraçar o texto constitucional de 1988, ao consagrar a liberdade e autonomia sindical e manter a unicidade, a representação legal-compulsória, a estruturação com base no conceito de categoria e o financiamento obrigatório – somente superado com a Lei n. 13.467/17.

2. O Papel dos sindicatos e sua centralidade na promoção da melhoria das condições de trabalho

O Direito do Trabalho assenta suas raízes na Revolução Industrial. Também comparece dentre as fontes materiais que lhe proporcionaram o surgimento o modo de organização produtivo então empreendido para alcançar o principal escopo da classe detentora do domínio econômico: a acumulação de capital. Desse modo, a exploração desmesurada e inconsequente da força de trabalho levou à classe operária a buscar alternativas à superação das condições indignas de trabalho que vigiam e estruturavam o sistema.

As revoluções sociais que tiveram lugar em meados do Séc. XIX evidenciaram a esta classe que somente através da organização coletiva de trabalhadores a mão-de-obra encontraria a força necessária para exercer pressão sobre o capital. A importância de tais movimentos é tamanha que parte da doutrina critica a proeminência de que goza atualmente o direito individual do trabalho em face do direito coletivo, na medida em que neste residiria a fonte material de todo o Direito do Trabalho[1].

Em que pese tal constatação, as organizações sindicais ocupam posição de especial destaque tanto na ordem jurídica nacional quanto internacional. E, atualmente, há clara tendência de concretizar os princípios

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

da liberdade e autonomias sindicais e romper as obsoletas amarras estatais que tentaram outrora controlar as atividades dos sindicatos.

Nesse sentido, destacam-se, por exemplo, as Convenções Internacionais 87 e 98 da OIT; a primeira consagra a liberdade de criação e organização sindical, a fim de deixar claro que os Estados devem se abster de estabelecer limites à criação de entidades sindicais, bem como à sua filiação – com exceção do dever de observância aos respectivos estatutos; e a segunda, que regula o direito de sindicalização e de negociação coletiva, impondo o dever aos Estados de criar mecanismos que impeçam a prática de atos atentatórios à liberdade de associação dos trabalhadores.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, enumera a liberdade e autonomia sindical como direitos fundamentais sociais, no art. 8º, *caput*, I e V. Ainda no mesmo art. 8º, o constituinte destacou o princípio da interveniência sindical na normatização coletiva, o qual impõe como condição de validade ao regular exercício da autonomia coletiva a participação obrigatória do sindicato obreiro, o que evidencia a essencialidade dos entes sindicais para garantir a prevalência dos interesses dos trabalhadores nas relações travadas com as respectivas categorias econômicas.

Indispensável aqui registrar os resquícios do autoritarismo que marcou as primeiras décadas da legislação laboral no Brasil, mantidos pela CF/88 e que impedem, até hoje, a ratificação da já mencionada Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho e a concretização da liberdade sindical plena. Isso porque permaneceram no texto constitucional o princípio da unicidade sindical (art. 8º, II), o enquadramento sindical com fundamento no conceito de categoria e, como consequência, a representação compulsória. Não se pode deixar de mencionar a manutenção, ainda, da contribuição sindical, que, até a reforma promovida pela Lei n. 13.467/17, possuía natureza tributária e, portanto, compulsória para filiados e não filiados.

A proteção de tais liberdades não é mera formalidade, uma vez que somente através delas é possível garantir com efetividade a consecução dos fins institucionais para os quais foram concebidas as organizações sindicais:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

proteção e promoção dos interesses dos representados, sejam eles integrantes de uma categoria profissional ou econômica. Mas não é "só".

Oscar Ermida Uriarte explica que a liberdade sindical não é "apenas" um direito humano fundamental, conforme hoje pacificamente leciona a doutrina, mas, na realidade, um "supradireito" por meio do qual aos cidadãos é assegurada a conquista e o exercício de outros direitos fundamentais. O autor, em seguida, arremata: "la libertad sindical es un instrumento de desigualdade compensatoria o igualación en tanto constituye o permite constituir un contrapoder que limita, acota o compensa el poder económico del empleador."[2]

A função representativa dos sindicatos tem fundamento no art. 8º, III, da CF/88 e abrange as esferas privada, pública, judicial e administrativa. A abertura do texto normativo, inclusive, conduziu à atual interpretação jurisprudencial, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Tribunal Superior do Trabalho, de que o preceito constitucional confere aos entes sindicais legitimidade ampla e irrestrita para a defesa dos interesses da categoria representada, abrangendo direitos coletivos *latu sensu* e, ainda, individuais heterogêneos.

Além da função representativa, os sindicatos desempenham outros papéis relevantes, como a produção de conteúdo normativo apto a regular as relações individuais de trabalho. Nesse caso, embora as empresas possam atuar diretamente sem a presença da respectiva entidade sindical, firmando acordos coletivos de trabalho, nos termos do art. 611, §1º, da CLT, a interveniência do sindicato obreiro faz-se obrigatória por força do disposto no art. 8º, VI, da CRFB.

Cabe, outrossim, aos sindicatos exercer importante função social, através da promoção de serviços assistenciais aos integrantes da categoria representada, conforme estabelece os arts. 513, parágrafo único, e 514, *a*, *b*, p. único, *a* e *b*, da CLT. Destaca-se aqui a obrigatoriedade prevista no art. 14 da Lei n. 5.584/70 de ofertar assistência judiciária aos trabalhadores que percebam salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou que comprovem não poder demandar sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família. Para tanto, os sindicatos podem instituir contribuições

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

assistenciais para subsidiar a prestação de tais serviços (art. 548, *b*), desde que aprovadas por assembleia e cobradas exclusivamente dos filiados, conforme entendimento sedimentado no PN 119 e OJ-17 da SDC, ambos do TST.

Por fim, é preciso repetir que o exercício pleno e desimpedido das atribuições dos sindicatos depende da criação de instrumentos aptos a assegurar a liberdade de sua atuação, isto é, inexistência de qualquer subordinação a interesses estatais ou privados, que divirjam daqueles próprios da categoria representada ou simplesmente os prejudique.

Assim, imprescindível a criação de aparato legal para prevenir e reprimir condutas antissindicais (citem-se como exemplos recorrentes na doutrina os *yellow dog contracts*, as *company unions* e a prática de *mise à l'Index*). Nesse sentido, cabível destacar a normatividade deficitária no âmbito nacional, se comparada a outros países, como a França, que dispõe de aparato penal contra tais condutas. Ressalve-se, ainda, a ratificação pelo Brasil da Convenção 98 da OIT que possui disposições contra atos de ingerência externa nas entidades sindicais, como prevê o art. 2, itens 1 e 2.

Outro importante mecanismo para garantir a liberdade sindical, também previsto na Convenção acima mencionada (art. 1, 2, *b*) e, especialmente, a na Convenção 135, é a proteção contra a demissão arbitrária ou atos que importem prejuízo ao trabalhador em razão de sua atividade sindical. A garantia de emprego ofertada aos dirigentes sindicais está assegurada na ordem jurídica pátria nos arts. 8º, VIII, da CF, e 543, §3º, da CLT e se estende do registro da candidatura até um ano após o fim do mandato. Ainda sobre a matéria, destacam-se as Súmulas 369 e 379 do C. TST.

A proteção dos dirigentes sindicais abrange, ainda, a vedação à transferência para localidade ou função que dificulte ou impeça o exercício de suas atribuições, nos termos do art. 543, caput, da CLT. O dispositivo impede manobras empresariais que poderiam tornar infrutífera a própria garantia de emprego. A mesma norma, no §1º, impede, inclusive, que o próprio trabalhador aceite transferência naquelas condições, sem que isso importe a perda do mandato, considerando que a garantia ofertada não

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

visa a atender interesses meramente particulares, mas de toda a categoria representada.

A despeito da existência dos referidos enunciados normativos e jurisprudenciais a regular a proteção dos dirigentes sindicais, parte da doutrina entende ser ela ainda insuficiente e inadequada ao paradigma constitucional inaugurado a partir de 1988. Critica-se, por exemplo, a limitação prevista no art. 522 da CLT e a orientação jurisprudencial que a entendeu constitucional (Sum. 369, II, TST), bem como a restrição da proteção apenas aos dirigentes sindicais, deixando de lado outros trabalhadores que ocupam cargos de representação de trabalhadores.

A experiência prática demonstra que a mera consagração textual dos princípios da liberdade sindical e da autonomia sindical, embora necessária, não é suficiente a assegurar a livre criação, desenvolvimento e gestão dos sindicatos. É preciso, ainda, materializar estes princípios em mecanismos de proteção à livre atuação sindical, ampliando as garantias de emprego dos representantes sindicais, fortalecendo a legislação voltada ao combate de condutas antissindicais e assegurando a legitimidade dos sindicatos.

Estes são pressupostos inexoráveis à consecução das finalidades institucionais dos entes sindicais, e que, em última instância, destinam-se à harmonizar os interesses ontologiamente contrapostos entre o capital e a força de trabalho, promovendo a melhoria da condição social do trabalhador, em obediência ao preceito constitucional insculpido no art. 7º, caput da CRFB.

3. A (crise de) legitimidade sindical

O Direito do Trabalho possui como característica marcante, que o distingue de qualquer outro ramo do conhecimento jurídico, a possibilidade de os sujeitos envolvidos na relação jurídica que lhe é peculiar, a relação de emprego, produzirem normas de caráter geral, com aptidão para regular os contratos individuais de trabalho. Trata-se da autonomia privada coletiva, cuja importância é atualmente reconhecida na Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXVI), já que se revela importante instrumento de democratização do poder e de exercício consciente da cidadania, além de ter a aptidão para solucionar importantes conflitos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sociais. Materializa-se por meio de um dos pilares do direito coletivo do trabalho: a negociação coletiva, instância que consagra o princípio democrático, pluraliza o debate político e permite o diálogo social, promovendo, sem dúvidas, a pacificação social.

Para cumprir o desiderato constitucional, entretanto, é preciso haver perfeita sintonia entre a atuação das entidades sindicais e os interesses da base representada. Trata-se estes de um interesse verdadeiramente autônomo, que deve ser apurado a partir da percepção de que a legitimidade constitucionalmente reconhecida aos sindicatos tem o propósito de expressar um espectro da democracia. Por isso, nas palavras do mestre Arion Sayão Romita, a "autonomia coletiva tem por finalidade a proteção ou defesa do interesse da categoria, distinto quer dos interesses individuais de cada trabalhador quer dos interesses gerais da coletividade"[3]. Atua – ou deveria atuar –, portanto, associada à representação que lhe dá legitimidade e vida política.

A harmonia de que se trata acima não é um pressuposto meramente formal para o exercício das prerrogativas sindicais. Como visto acima, é condição de validade de própria atuação dos sindicatos no contexto plural de debate democrático. É elemento integrante de uma avaliação de desenvolvimento político de uma dada sociedade. É, ainda, um estágio de evolução do movimento sindical desejável pelos trabalhadores, em busca do êxito de uma luta que se germinou o direito do trabalho no século XIX: dar voz e força aos interesses de uma classe.

No Brasil, a negociação capaz de produzir normas abstratas é necessariamente feita pelos sujeitos coletivos da relação empregatícia. Por isso, a interveniência do sindicato profissional é imprescindível para a regularidade do processo de produção normativa, assim como diz expressamente o art. 8º, VI, da CRFB. Isso porque, como visto, os trabalhadores apenas assumem a condição de sujeito coletivo, com força suficiente a contrapor seus interesses em face do capital, caso organizados coletivamente, plano no qual desaparece – ou deveria desaparecer – a disparidade social e econômica que justifica a incidência do princípio protetor no âmbito do direito individual do trabalho. Na condição, pois, de legítimo representante da vontade da categoria de trabalhadores

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

representada, o sindicato obreiro assume a importante tarefa de buscar a afirmação dos direitos sociais que lhes são constitucional e internacionalmente garantidos. Esta missão deve ser associada, ainda, à necessidade adaptação razoável em face das peculiares circunstâncias em que a atividade é desenvolvida, bem como do contexto econômico e político vivido.

O reconhecimento constitucional da capacidade de produzir normas é, assim, a chancela do Estado ao poder normativo dos sujeitos coletivos da relação empregatícia. Note-se, entretanto, que qualquer poder somente é legítimo em uma sociedade democrática se associado à noção moderna de responsabilidade. O binômio é verdadeiro para não só para relações públicas, mas também para outras desenvolvidas sob a égide do direito privado. Tem ainda mais razão de ser quanto ao poder que tem raízes fincadas em relações desiguais de cunho privado – assimétrico em sua origem – e que redunda efeitos próprios de relações firmadas sobre o solo do direito público, como é o caso das relações coletivas laborais.

Assim, em que pese ser legítima e dever ser prestigiada a tendência de valorização do exercício desse poder negocial e normativo assegurado aos trabalhadores e empregadores – aqueles, porém, sempre por intermédio de suas representações sindicais –, "não deixa de chamar a atenção para que a proposta de substituir a tutela legal por um garantismo coletivo se dê precisamente num momento de enfraquecimento sindical"[4].

Dentre as inúmeras mazelas do sistema sindical brasileiro, ao menos duas são unanimidade quando o tema é a crise de representatividade por que passa: a manutenção pelo texto constitucional da unicidade sindical e da compulsoriedade de representação.

É preciso lembrar: a representação sindical no ordenamento jurídico brasileiro é cunho legal, decorre do enquadramento do trabalhador ou empregador no conceito de categoria instituído no art. 511, e seus parágrafos, da CLT. Significa dizer que o trabalhador não pode optar pela categoria que integra ou pelo sindicato que o representa. Representação sindical, assim, não é sinônimo de representatividade. A representatividade,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

diversamente, "traduz a legitimidade do sindicato, relacionada a sua atuação madura e fortalecida na real e efetiva defesa dos interesses da categoria"[5].

Ainda no que toca a debilidade dos sindicatos, Oscar Ermida Uriarte[6] explica que ao menos na América Latina, suas causas estão relacionadas a inúmeros fatores, os quais divide entre fatores externos e internos à sua estrutura. Dentre as causas exógenas, menciona a regulamentação limitativa e o controle político emanados do Estado, a política econômica neoliberal generalizada na maior parte dos países latino-americanos, a estrutura sindical inconveniente imposta legalmente e o processo de descentralização organizacional das empresas – com a consequente fragmentação da classe trabalhadora. Por outro lado, entre as causas endógenas, Uriarte menciona a atomização e paralelismo sindical – resultando em sindicatos de baixa representatividade –, a dependência política e partidária.

O enfraquecimento dos sindicatos está relacionado, também, aos elevados níveis de desocupação. Isso porque, em face do desemprego estrutural, a preocupação central dos trabalhadores deixa de ser a reivindicação por melhores condições de trabalho e passa a ser a própria manutenção do emprego[7]. Américo Plá Rodriguez, inclusive, faz esta observação para refutar as alegações de inadequação do princípio da proteção aos tempos atuais – propugnada pelo autor argentino Héctor Ruiz Moreno[8] –, defendendo a necessária aplicação e permanência do princípio da proteção como pressuposto inspirador do Direito do Trabalho, ainda no âmbito da sociedade laboral delineada pela pós-modernidade. Segundo o referido autor, a debilidade das entidades sindicais deteriora o poder de reivindicar, de lutar contra as desigualdades sociais e as injustiças praticadas contra os trabalhadores, demonstrando a necessidade de revigorar o princípio da proteção, sob um novo prisma.

Em razão desta crise, a capacidade de negociação coletiva já não se vinha mostrando apta a estatuir condições dignas ou melhores de trabalho, menos ainda de lutar pelo reconhecimento das novas categorias de trabalhadores – proposta de expansão do princípio tutela. Pelo contrário, o que se tem visto é a adoção negociada de medidas flexibilizatórias, com

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

disposições *in pejus* para os trabalhadores em troca do bem maior hodierno: a manutenção no emprego. No atual cenário nacional, a tendência que se verifica é a mais antagônica possível, ao atribuir aos sindicatos, anteriormente responsáveis pela defesa dos interesses profissionais, a pactuação de normas flexíveis ou o extremo da redução salarial como condição de garantia de postos de trabalho.

A propósito do movimento de valorização do negociado, é lugar comum no atual momento político, econômico e histórico vivenciado no país o discurso de que sua necessária prevalência sobre o legislado corresponde a medida de modernização. É nesse fluxo de ideias que foi consagrado no texto da Consolidação das Leis do Trabalho o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, mais exatamente no §3º do art. 8º, e inseridos dispositivos como, dentre outros, os artigos 611-A e 611-B.

Embora o texto constitucional de 1988 forneça inúmeros subsídios para a transição efetiva de um modelo de disciplina legal das relações de trabalho autoritário e corporativista, marcado pela exaustiva regulamentação heterônoma, para um outro modelo mais democrático, sensível à autonomia privada coletiva, não é dado ao intérprete deixar de lado uma realidade impassível de produzir os efeitos desejados. Sindicatos pouco ou nada representativos não exercem autonomia coletiva privada, porque não traduzem o exercício de efetiva liberdade sindical. É nesse sentido que mais uma vez Uriarte esclarece:

> Por isso mesmo e tendo em vista não ser igual o enfraquecimento sindical, tem-se verificado que a flexibilidade coletiva encerra o risco de acentuar a segmentação da mão-de-obra, já que setores agrupados em sindicatos fortes estariam em condições de preservar benefícios ou de negociar boas condições, enquanto setores com sindicalização menor ou mais fraca poderiam cair numa flexibilização incondicional. Esse risco de segmentação é maior quanto mais descentralizad é o nível de negociação.[9]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Para além do risco de fragmentação da classe trabalhadora acima relatado, há um grande perigo de agravamento da crise de representação sindical, quando se proliferarem, de fato, negociações em muito distanciadas dos interesses efetivamente cultivados por uma categoria ou grupo de trabalhadores. Nem se fale das negociações que redundarão em efetivo prejuízo e perdas à categoria profissional enfraquecida...

É preciso, portanto, ir mais a fundo, promover não apenas uma reforma no sistema sindical, mas efetivas mudanças políticas, sociais e culturais. Abrir um caminho para atravessar a tormentosa crise de representatividade sindical – que vai de sindicatos pelegos, partidarizados, inativos ou pouco combativos – e alcançar uma realidade hoje ainda quimérica de, na terminologia utilizada por Carlos Alberto Barata da Silva, convivência harmônica entre sindicatos ditos autênticos[10].

Em momentos de crise, quando a atuação estatal não mais corresponde aos anseios sociais, seja através do Poder Executivo, seja através do Legislativo, o Poder Judiciário pode desempenhar a importante tarefa de equilibrar o pêndulo ideológico, aparando os excessos cometidos pelos demais poderes. É essencial, claro, que a atuação do magistrado perante o caso concreto esteja sempre pautada no texto da Constituição da República e seja legitimada pela fundamentação analítica, condição de validade da decisão judicial, nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil. Os órgãos judiciais têm o dever de atuar de modo a implementar as propostas políticas concebidas pelo constituinte, harmonizando a valorização da negociação coletiva com os direitos mínimos assegurados aos trabalhadores. É assim que a

> autonomia sindical, no entanto, não pode ser invocada para acobertar ou o mau uso da liberdade. Incumbe ao Estado – que tutela os interesses gerais de toda a sociedade, que coordena e harmoniza estes mesmos interesses – o dever de controlar a atividade sindical. O Estado democrático não pode deixar de proteger-se e de proteger a sociedade: se admitisse a violação da lei (inclusive a penal) em nome do respeito à liberdade, negaria a verdadeira liberdade dos cidadãos.[11]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O juiz do trabalho é, essencialmente, um concretizador de direitos sociais e, por isso, deve assumir uma postura mais intervencionista, viabilizando o influxo dos valores sociais insculpidos na Carta Constitucional pelas janelas criadas no ordenamento jurídico pós-positivista. É preciso ressaltar, exatamente em razão do objeto com o qual lida diuturnamente, sua potencialidade de interferir na dinâmica econômica e social, amenizando, por exemplo, os efeitos nocivos que uma crise na economia acaba por produzir sobre os dois principais atores da relação em emprego.

4. Conclusão

Conforme costuma mencionar a doutrina especializada, o direito coletivo do trabalho está assentado em três pilares fundamentais: liberdade sindical, negociação coletiva e greve. Estes direitos, de alçada constitucional, inter-relacionam-se entre si por vínculos de natureza teleológica e instrumental, voltados sempre à consecução do escopo estrutural do direito do trabalho, que é a melhoria da condição social do trabalhador.

A liberdade e a autonomia sindical são eixos axiológicos que orientam a dinâmica da organização sindical brasileira, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988. Paradoxalmente, o texto constitucional optou por manter elementos limitativos da mencionada liberdade, dando apenas meio passo rumo à modernização das relações coletivas de trabalho.

O resultado prático da simbiose ideológica ensaiada pela Constituição Federal de 1988 foi a proliferação desmensurada de sindicatos sem efetiva legitimidade para execução de suas importantes atribuições institucionais relatadas no presente trabalho.

Este cenário de desestruturação da representação coletiva dos trabalhadores conduz ao questionamento quanto à conveniência efetiva de majoração dos poderes dos sindicatos, sobretudo quando se trata de criação de normas jurídicas voltadas à regulamentar genericamente as relações laborais. Não se pretende questionar a importância de tal poder. A capacidade de criação de normas é expressão elementar da democracia e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

seu exercício promove o fortalecimento da cidadania e diversificação das fontes de poder na sociedade.

Entretanto, um poder, na democracia, só é legitimo se associado à ideia de responsabilidade, sob pena de confundir-se com autoritarismo. As diversas mazelas de que padece o sindicalismo brasileiro não lhe permitem desenvolver qualquer espécie de responsabilidade, já que, com frequência, seus dirigentes não têm qualquer compromisso com a efetiva representação da base. Por isso, procurou-se colocar em questão as prescrições normativas que exacerbam os poderes normativos dos sindicatos, sem que tais entidades se mostrem capazes de atuar eficazmente na proteção e promoção dos direitos dos trabalhadores.

Apenas a reforma sindical propugnada quase que unanimemente pelos interlocutores sociais é insuficiente; um outro cenário depende de mudanças mais profundas, que perpassam questões políticas, sociais e culturais. Para esta transição, buscou-se destacar o papel do magistrado trabalhista, na qualidade de concretizador de direitos sociais. Nos limites das aberturas normativas permitidas pelo ordenamento jurídico pós-positivista, sempre sob as margens autorizadas pelo texto constitucional, deve ter um olhar atento à realidade social e as potencialidades externadas pelas instâncias de representação sindical. Instâncias que demonstrem possuir não apenas legitimidade, mas representatividade na tomada de decisões.

Referências

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho**. Revista LTr, vol. 72, nº 08, ago, 913-920, 2008.

_____, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade**: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005.

PEREIRA NETO, João Batista. **O Sistema Brasileiro de Unicidade Sindical e Compulsoriedade de Representação**. São Paulo: LTr, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 2012.

_____, Arion Sayão. **Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva segundo a Jurisprudência**. Revista LTr, São Paulo, vol. 80, nº 09, Set, 1031-1047, 2016.

URIARTE, Oscar Ermida. **Crítica de la liberdad sindical**. Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, n.º 68, 33-61, 2012.

_____. A Flexibilidade. Editora LTr: São Paulo, 2002.

NOTAS:

[1] ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho**. São Paulo, Revista LTr, vol. 72, nº 08, ago, 913-920 2008, p. 917.

[2] URIARTE, Oscar Ermida. **Crítica de la liberdad sindical**. Revista de la Facultad de Derecho PUCP, n.º 68, 33-61, 2012, p. 36.

[3] ROMITA, Aron Sayão. **Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva segundo a Jurisprudência.** São Paulo, Revista LTr, vol. 80, nº 09, set., 1031–047, 2016, p. 1035.

[4] URIARTE, Oscar Ermida. **A Flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002, p. 13.

[5] PEREIRA NETO, João Batista. **O Sistema Brasileiro de Unicidade Sindical e Compulsoriedade de Representação**. São Paulo: LTr, 2017, p. 49.

[6] URIARTE, Oscar Ermida. **Crítica de la liberdad sindical**. Revista de la Facultad de Derecho PUCP, n.º 68, 33-61, 2012, p. 52.

[7] ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade**: fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005, p. 118.

[8] PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 94.

[9] URIARTE, Oscar Ermida**. A Flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002, p. 13.

[10] *Apud* PEREIRA NETO, João Batista. **O Sistema Brasileiro de Unicidade Sindical e Compulsoriedade de Representação**. São Paulo: LTr, 2017, p. 49.

[11] ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 2012, p. 352.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA EM CONDENAÇÕES JUDICIAIS CÍVEIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

FELIPE WILLIAM SILVA GONÇALVES: Graduado em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (Sobral/CE). Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

RESUMO: As empresas em crise econômico-financeira, à luz da Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, recebem tratamento diferenciado e especial pelo ordenamento pátrio. A justificativa desse tratamento especial, em grande parte, está atrelada ao princípio da preservação da empresa. No tocante à incidência de juros e correção monetária em créditos oriundos de condenações judiciais, há de ser observada a limitação da referida lei quanto ao período de incidência, restrito até a data do pedido de recuperação (art. 9, II, da Lei nº 11.101/2005). Tal restrição, longe de ofender a coisa julgada do comando da sentença, atende ao princípio da preservação da empresa, sendo esse aparente conflito o tema do presente artigo.

Palavras-chave: Princípio da preservação da empresa. Juros e correção monetária. Sentença cível condenatória. Coisa julgada.

ABSTRACT: The companies in economic and financial crisis, under Law 11.101/2005, which regulates the judicial, extrajudicial recovery and bankruptcy of the entrepreneur and the business society, receive differential and special treatment under the country code. The justification for this special treatment is, in large part, tied to the principle of company preservation. Regarding the incidence of interest and monetary restatement on claims arising from judicial convictions, the limitation of said law regarding the period of incidence, restricted to the date of the request for recovery (article 9, II, of Law 11.101/2005). Such a restriction, far from offending the res judicata, meets the principle of preservation of the company, this apparent conflict being the theme of this article.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Keywords: Principle of company preservation. Interest and inflation. Related searches Thing judged.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 3. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS CÍVEIS. 4. COISA JULGADA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O Direito deve ser visto, no âmbito das relações econômicas, como uma área do conhecimento voltada à garantia dos interesses da sociedade como um todo. Mesmo quando dirigido diretamente à tutela de determinados interesses privados, o ordenamento jurídico não pode se descuidar dos aspectos social e coletivo a quem cumpre tutelar. Nesse contexto, deve ser tratado o princípio da preservação da empresa.

A empresa não deve ser vista, hoje, como uma atividade econômica e juridicamente organizada tão somente voltada à obtenção de lucros. Não estão envolvidos, nessa estrutura, apenas os interesses dos empresários, sócios ou credores, mas sim os de toda a coletividade. A empresa, acima de tudo, tem sua função social.

Volvendo ao direito processual, feitos que envolvam cumprimento de sentença em face de empresas em recuperação judicial devem inevitavelmente passar pelo crivo do princípio em tablado. Exemplo disso é a aplicação dos efeitos da recuperação a créditos formados em juízo cujos fatos geradores sejam anteriores a data do pedido de recuperação, nos quais deve haver limitação no tempo quanto à incidência de juros e correção monetária.

Entra em cenário, nesse ponto, o cotejo entre as restrições expressamente previstas em prol das empresas em crise e a segurança jurídica, advinda da coisa julgada, a ser observada no capítulo da sentença que trata dos acréscimos de capital.

2. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A falência e recuperação de empresas no Brasil é fruto de longo processo evolutivo. Desde as Ordenações do Reino até os dias atuais, o legislador vem, periodicamente, aperfeiçoando a dinâmica e esparsa legislação comercial, na busca de acompanhar as mudanças que surgem com o passar dos anos.

A vigente Lei nº 11.101/2005, que substituiu o antigo Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, foi promulgada, exatamente, para sanar os vazios do ordenamento anterior, que não mais conseguia acompanhar, de forma global, o fenômeno das empresas em crise. Percebe a doutrina que o Decreto-Lei que tratava da falência era lento, ineficaz e não resguardava os interesses coletivos da sociedade, haja vista que o seu objetivo primeiro seria a extinção da unidade econômica sem qualquer preocupação com os respectivos efeitos colaterais.

Há muito os operadores do direito aguardavam uma nova lei de falências e recuperação de empresas (antiga concordata), sobretudo porque o Decreto-Lei, mesmo sendo recepcionado pela Constituição de 1988 e estando em vigor, amoldava-se aos antiquados e conservadores parâmetros da realidade jurídico-social da época em que foi instituído.

A atual Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei 11.101 de 2005) veio com o escopo de disciplinar o processo de quebra ou soerguimento de empresas financeiramente em crise, mas sem descuidar de uma interpretação sistemática da disciplina. Sua finalidade não se esgota na ruína das empresas em queda, pelo contrário. Percebe-se, da análise de seus artigos, um relevante interesse pelo princípio da função social e preservação das sociedades empresárias.

A nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas não deixa dúvidas quanto a sua preocupação em dar continuidade à atividade empresarial, quando viável, para também preservar interesses maiores, como a proteção aos níveis de emprego, à livre iniciativa e ao desenvolvimento nacional com a utilização produtiva de bens e serviços.

Merece transcrição o art. 47 dessa nova lei, que denota expressamente a intenção elogiável do legislador:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

É um desafio que se traduz na corrida pela construção de um país mais desenvolvido e produtivo, mas sem se esquivar do resguardo dos interesses de todos os setores da sociedade. Interessante, nesse contexto, a passagem de Carlos Alberto Farracha de Castro (CASTRO, 2010, pg. 197):

> "A busca da concretização de uma sociedade mais justa e solidária, com a efetiva participação da sociedade, exige a preservação das empresas que adotarem uma postura ativa no tocante à concretização dos direitos sociais, muito embora a responsabilidade e função social das empresas não afastem os deveres inerentes ao Estado nesse desafio, uma vez que se cuida de obrigações paralelas e coexistentes."

O papel das empresas, na sociedade, não mais se restringe ao lado econômico e empresarial, mas também, principalmente, à construção de uma sociedade desenvolvida e ao mesmo tempo justa e solidária.

O legislador, a título de exemplo, adotou postura elogiável no que se refere à venda da empresa em bloco, abrangendo todas as suas unidades. Isso porque almeja conferir maiores possibilidades para que se possa continuar com a atividade empresarial. Nessa esteira, cumpre transcrever a doutrina de Luiz Fernando Valente de Paiva (PAIVA, 2005, pg. 42):

> "Nesse contexto, se percebe que a nova lei procurou criar condições para a preservação de ativos, já que almeja, num primeiro momento, a reabilitação da empresa e, diante da impossibilidade, a sua venda para permitir a continuação de suas atividades sob uma nova administração. E, somente diante da falha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> dessas possibilidades, permite-se a liquidação eficiente da sociedade, com a maximização de seus ativos."

O princípio da preservação da empresa, relevante considerar, não está cingido unicamente à sociedade empresária em si considerada. Ele adquire um caráter eminentemente social e coletivo, à medida que implicará no processo produtivo, na política econômico-financeira e mesmo no aumento da massa desempregada no país.

Na doutrina de Carlos Eduardo Quadros Domingos (DOMINGOS, 2009, pg. 83):

> "[...] a função social da empresa contém um significado umbilicalmente ligado ao próprio desenvolvimento sócio-econômico da nação, face a circulação de riquezas que o empresário ou a sociedade empresária promove, bem como pela influência mediata que gera no desenvolvimento social da coletividade em que vivemos."

Nessa ótica, deve-se enaltecer a Lei de Recuperação e Falências como ferramenta legal que buscará a regularização da situação das empresas em crise financeira e econômica ou em estado de insolvência. A "quebra" da atividade empresarial é um fenômeno que deve ser visto não só do ponto de vista dos credores que anseiam a satisfação dos seus créditos, mas também, sob o ponto de vista da fonte produtiva que deverá ser preservada, quando possível.

Digna de nota, por fim, a expressão utilizada por Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 2010, pg. 42):

> "Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A tendência da atual Lei de Falências e Recuperação, como se vê, muito mais do que decretar a falência, é preservar a atividade empresarial e todos os atores sociais interessados em sua continuidade.

3. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS CÍVEIS

A sentença que condena a empresa em recuperação judicial à obrigação de pagar quantia certa, como sabido, dispõe sobre a incidência de juros de mora e correção monetária sobre o valor da condenação.

No caso de reconhecimento de responsabilidade por danos morais, de cunho extracontratual, por exemplo, os juros de mora fluem desde o evento danoso, nos termos do art. 398 do Código Civil de 2002 e Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça, e a correção monetária a partir do efetivo prejuízo, segundo o teor do enunciado de súmula nº 43 do STJ.

Se é certo que, ordinariamente, os acréscimos devem incidir até o efetivo pagamento da quantia, assim não ocorre nos créditos cujos fatos geradores tenham ocorrido anteriormente ao pedido de recuperação judicial do devedor, pois submetidos aos efeitos do plano de recuperação aprovado, nos termos do art. 49 e 59 da Lei nº 11.101/2005.

Um desses efeitos é a limitação da incidência dos juros e atualização do capital somente até a data do pedido de recuperação judicial feito pela empresa em crise, nos termos do art. 9, II, do citado diploma legal. Isso se deve, sobretudo, ànovação das dívidas, principal efeito extraído da lei, incidente somente com relação aos créditos anteriores ao pedido formulado pelo devedor.

Uma rápida análise dos arts. 49 e 59 da Lei nº 11.101/2005 dá conta de que estão sujeitos às implicações decorrentes da aprovação do plano de recuperação judicial somente aqueles créditos existentes à data do pedido de recuperação.

O que fazer, todavia, na situação de o crédito ser formalizado após o pedido de recuperação, mas tendo por fato gerador situação anterior? Por exemplo, supondo que no ano de 2012 tenha ocorrido o pedido de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

soerguimento do devedor; em 2010 tenha havido ocorrência de lesão ao credor; tal credor tenha seu crédito constituído somente em 2013 com a sentença judicial.

A solução perpassa também sobre o princípio da preservação da empresa.

Embora o crédito tenha data posterior ao pedido de recuperação, considera-se que sofrerá as implicações decorrentes do juízo universal. Isso porque a obrigação constituída pela sentença se refere a fatos ocorridos em momento pretérito ao requerimento de soerguimento.

Nesse contexto, o art. 49 da LRF, supracitado, deve ser interpretado à luz do art. 47 da mesma lei e do princípio da preservação da empresa.

Quando os arts. 49, 59 e 61, todos da LRF, preveem a exclusão dos efeitos da recuperação aos créditos posteriores ao pedido feito pelo devedor, o fazem com o intuito de preservar, sobretudo, o acesso da empresa debilitada aos créditos no mercado e demais meios para superação da crise econômico-financeira. O julgado do STJ, adiante citado, deixa clara tal intenção da lei:

> DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POSTERIOR AO PEDIDO. NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A SEUS EFEITOS. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO NO JUÍZO COMUM. RESSALVA QUANTO A ATOS DE ALIENAÇÃO OU CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. **Os créditos constituídos depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial estão excluídos do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005). Isso porque, "se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação" (COELHO, Fábio Ulhoa.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> **Comentários à lei de falencias e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191). 2. Nesse diapasão, devem-se privilegiar os trabalhadores e os investidores que, durante a crise econômico-financeira, assumiram os riscos e proveram a recuperanda, viabilizando a continuidade de sua atividade empresarial, sempre tendo em mente que a notícia da crise acarreta inadvertidamente a retração do mercado para a sociedade em declínio.** (...) (REsp 1298670/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 26/06/2015) (grifei)

A referida exclusão dos créditos posteriores opera, assim, em favor da empresa em crise, sendo desarrazoado o tratamento diferenciado quanto aos créditos de obrigações anteriores, mas apenas constituídos por sentença posteriormente ao pedido recuperacional.

A limitação de juros e correção monetária prevista no art. 9, II, da LRF deve ser interpretada em consonância com o espírito da lei, no sentido de beneficiar o devedor em crise. Já que o crédito decorrente de condenação judicial é fruto de relação anterior ao pedido de recuperação, é perfeita a incidência da limitação em tablado.

Há, nesse sentido, entendimento proferido pela Corte de Cidadania:

> RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEVEDOR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO VERIFICADA. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. **EVENTO DANOSO OCORRIDO EM MOMENTO ANTERIOR AO PEDIDO RECUPERACIONAL. SUBMISSÃO AOS SEUS EFEITOS**. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POSTERIORMENTE. IRRELEVÂNCIA. 1. Ação ajuizada em 20/5/2013. Recurso especial interposto em 27/9/2017 e concluso ao Gabinete em 8/3/2018. 2. O propósito recursal é definir se o crédito de titularidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> das recorridas, decorrente de sentença condenatória transitada em julgado após o pedido de recuperação judicial do devedor, deve sujeitar-se ao plano de soerguimento. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões controvertidas, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, não há como reconhecer a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional. 4. **Para os fins do art. 49, caput, da Lei 11.101/05, a constituição do crédito discutido em ação de responsabilidade civil não se condiciona ao provimento judicial que declare sua existência e determine sua quantificação. Precedente.** 5. **Na hipótese, tratando-se de crédito derivado de fato ocorrido em momento anterior àquele em que requerida a recuperação judicial, deve ser reconhecida sua sujeição ao plano de soerguimento da sociedade devedora.** 6. Recurso especial provido. (REsp 1727771/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 18/05/2018) (grifei)

Estabelecida a premissa de que a execução de créditos constituídos por sentença condenatória cível deve ser lida à luz do princípio da preservação da empresa, cumpre destacar, doravante, o aparente conflito dessa conclusão com a segurança jurídica decorrente da coisa julgada.

4. COISA JULGADA

Em prol da segurança jurídica, estabilidade das relações constituídas e do tratamento igualitário entre os jurisdicionados, a Constituição Federal de 1988 dispõe, como direito fundamental, que *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"* (art. 5º, XXXVI).

No âmbito infraconstitucional, o Novo Código de Processo tratou de conceituar a coisa julgada material no art. 502: *"Denomina-se coisa julgada*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso."

Salvo situações especiais previstas em lei de relativização da coisa julgada, não se pode olvidá-la nas situações jurídicas consolidadas, sob pena de grave instabilidade no meio social. Os efeitos da autoridade da decisão judicial, longe de se limitar aos efeitos passados do julgado, é necessário para moldar as condutas presentes e futuras das partes, notadamente pela importância da formação dos precedentes judiciais.

Quanto ao ponto, é notável a lição de Fredie Didier Júnior (DIDIER, JR., 2015, pgs. 469/470):

> *"Sucede que não é apenas em relação ao passado que se mostra necessário* garantir estabilidade. O indivíduo, muita vez, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder judiciário às situações que lhe são postas para análise sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente. Isso se vivifica ainda mais quando se observa a importância que os pre*cedentes judiciais vêm ganhando em nosso ordenamento. Ao conferir-lhes os mais* diversos efeitos jurídicos, o legislador brasileiro visa a garantir certa previsibilidade quanto à atuação do Estado-juiz."

Dito isso, percebe-se, quando da limitação de juros e correção na execução de sentença de empresa em recuperação, um aparente conflito com a coisa julgada formada na sentença do juízo. Como limitar no tempo (até a data do pedido de recuperação) os acréscimos de capital que já foram estabilizados em sentença judicial transitada em julgado?

Entram em colisão, no caso, o direito fundamental à coisa julgada e o importante princípio da preservação da empresa, o que deve ser solucionado pela técnica da ponderação.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Sem descartar completamente a incidência de um ou de outro, deve o julgador dar solução criativa, proporcional e consonante com o espírito das leis. A verificação do contexto social, político e econômico é fundamental para a correta ponderação dos princípios, que, antes de se excluírem, acabam por se completar.

A ponderação de interesses consiste, assim, no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei maior, onde se busca alcançar um ponto ótimo, em que a restrição a cada um dos bens jurídicos de estatura constitucional envolvidos seja a menor possível, na medida exata necessária à salvaguarda do bem jurídico contraposto (SARMENTO, 2003).

Por tudo o que foi dito, limitar, mas não desconsiderar, ocasionalmente, a estabilidade da coisa julgada, em prol do princípio da preservação da empresa, é medida em prol da razoabilidade. E isso, notadamente, quando há previsão legal expressa autorizativa. No caso, a outorga legal é extraída da Lei nº 11.101/2005, art. 9º, inciso II.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, manifestou-se sobre o tema:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. ATUALIZAÇÃO. TRATAMENTO IGUALITÁRIO. NOVAÇÃO. JUROS E CORREÇÃO. DATA DO PEDIDO DA RECUPERAÇÃO. 1. Ação de recuperação judicial da qual foi extraído o recurso especial, interposto em 21/08/2014 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73 2. O propósito recursal é decidir se há violação da coisa julgada na decisão de habilitação de crédito que limita a incidência de juros de mora e correção monetária, delineados em sentença condenatória por reparação civil, até a data do pedido de recuperação judicial. 3. **Em habilitação de créditos, aceitar a incidência de juros de mora e correção monetária em data posterior ao pedido da recuperação judicial implica negativa de**

> **vigência ao art. 9º, II, da LRF.** 4. **O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos. Assim, todos os créditos devem ser atualizados até a data do pedido de recuperação judicial, sem que isso represente violação da coisa julgada, pois a execução seguirá as condições pactuadas na novação e não na obrigação extinta, sempre respeitando-se o tratamento igualitário entre os credores.** 5. Recurso especial não provido. (REsp 1662793/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 14/08/2017) (grifei)

Invocar a coisa julgada para afastar a limitação dos juros e atualização monetária nas execuções judiciais de empresa em recuperação pode não ser a medida mais razoável para a estabilidade do meio social.

Aumentar os encargos da empresa, de modo a facilitar a sua ruína, vai na contramão da estabilidade social, econômica, produtiva e tecnológica do país, que perde atores no mercado.

A instabilidade gerada com a falência de uma empresa pode ir muito além da flexibilização gerada com a relativização da coisa julgada. O princípio da preservação da empresa deve, portanto, ser posto em novas pautas.

5. CONCLUSÃO

A nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas trouxe novidades de considerável impacto positivo para o meio empresarial e, concomitantemente, para a coletividade. Entre essas melhorias está a consagração da Preservação da Empresa, princípio intimamente relacionado à função social da propriedade e à estabilidade da ordem econômica, expressos na Constituição Federal de 1988 (art. 170).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No âmbito dos processos judiciais, o princípio em tela ganha nítida posição na ponderação de princípios, pois igualmente relevante no Estado Democrático de Direito.

É nessa ótica que os créditos de fatos geradores anteriores ao pedido de recuperação judicial devem ser analisados, sujeitando-se aos efeitos dela decorrentes. Importante efeito, como demonstrado, reside na limitação temporal de incidência de juros e correção monetária.

Tal limitação temporal, embora aparentemente conflitante com a coisa julgada formada na sentença constitutiva do crédito, não cede em face da autoridade da decisão judicial, isso porque protegida por outro princípio igualmente importante, que na ponderação é plenamente viável que prevaleça: o princípio da preservação da empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Código Civil (2002)**. Código Civil Brasileiro. Decreto-lei nº 10.516, de 3 de março de 2002, Brasília, DF, Senado, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Brasília, DF, Senado, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de Junho de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 43**. Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%2743%27).sub.#TIT1TEMA0> Acesso em: 29 de maio de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 54**. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade

extracontratual. . Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp> Acesso em: 29 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1298670/MS, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 26/06/2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1298670&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1727771/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 18/05/2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=recupera%E7%E3o+judicial+evento+danos+momento+anterior&processo=1727771&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1662793/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 14/08/2017. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1662793&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no código civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros Domingos. **As Fases da Recuperação Judicial**: De acordo com a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, São Paulo: QuartierLatin, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

ULHOA COELHO, Fábio. **Comentários à Lei de Falências de Recuperação de Empresas**. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A IGUALDADE COMO RECONHECIMENTO: A NOVA DIMENSÃO DO PRINCÍPIO ISONÔMICO SEGUNDO O STF NA ADC 41/DF

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 3° Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o acórdão do STF no julgamento da ADC nº. 41/DF, em que ficou confirmada a compatibilidade da Lei nº. 12.990/2014 com a CF/88. Um dos fundamentos utilizados pela corte foi a adequação da norma a uma nova concepção do princípio da isonomia: o reconhecimento, aspecto que teria o condão de fundamentar a implantação de ações afirmativas, sobretudo no caso da população negra brasileira. As cotas para acesso aos cargos e empregos públicos federais atenderiam a imperativos de correção da exclusão historicamente verificada, sobretudo analisada sob o viés do reconhecimento.

Palavras-chave: Isonomia, Reconhecimento, Ações Afirmativas

Abstract: This paper aims to analyze the Supreme Court position in the judgment of ADC nº. 41 / DF, in which was confirmed the compatibility of Law 12.990/2014 with the CF/88. One of the reasons used by the court was the adequacy of the norm to a new conception of the principle of isonomy: the recognition, aspect that is able to justify affirmative actions, especially in the case of the Brazilian black people. The affirmative actions to promote the access to public jobs would meet historically exclusion.

Key-words: Isonomy, Recognition, Affirmative Actions

Sumário: Introdução; 1. A ADC 41/DF: a confirmação da constitucionalidade do sistema de cotas para pessoas negras em concursos públicos; 2. As dimensões tradicionais da igualdade: isonomia formal e material; 2.1 Isonomia formal; 2.2 Isonomia material; 3. A igualdade como reconhecimento; considerações finais; referências.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

O **objeto** da presente pesquisa centra-se no estudo da nova concepção do princípio da isonomia, compreendida, agora, como direito ao reconhecimento. Seria essa a solução para demandas de injustiça social e exclusão histórica de determinados segmentos sociais, objetivando introjetar nas pessoas que dele fazem parte a crença de que é possível alçar posições socialmente destacas.

Partimos do estudo do acórdão exarado pelo STF na ADC 41/DF, que confirmou a constitucionalidade da Lei nº. 12.990/2014, responsável pela implantação do sistema de cotas para acesso a cargos e empregos públicos federais. Segundo o ministro relator, Luís Roberto Barroso, o direito ao reconhecimento consubstanciaria um terceiro viés do princípio isonômico, ao lado das suas versões formais e materiais, conferindo legitimidade a mencionada ação afirmativa.

O **objetivo** desta produção científica orbita, por sua vez, na análise do impacto desse importante reconhecimento jurisprudencial face às denominadas ações afirmativas; mecanismos destinados à reparação de situações discriminatórias, sobretudo calcada em preconceitos, estigmas e estereótipos.

1 A ADC 41/DF: A CONFIRMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS PARA PESSOAS NEGRAS EM CONCURSOS PÚBLICOS

A Lei nº. 12.990 de 09 de junho de 2014 conta com apenas seis artigos, mas sua edição trouxe consigo uma série de discussões naquilo que concerne à dinâmica das ações afirmativas no Brasil.

Conforme estabelecido em seu art. 1º, a referida lei 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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Ademais, de acordo com o seu art. 2º, prevalece o critério da autodeclaração como mecanismo de admissão do candidato às vagas reservadas.

Observa-se, assim, que a norma adiciona uma nova política afirmativa aos certames promovidos no âmbito federal, além da já conhecida cota para pessoas com deficiência constante do art. 5º, §2º, Lei 8.112/90 c/c art. 37, §1º, Dec. 3.298/99 (mínimo de 5% e máximo de 20%).

Em 2016, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando afastar controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da mencionada norma, ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41/DF), especialmente diante de várias decisões judiciais que, à época, afastaram a sua aplicação em controle difuso de constitucionalidade. Ademais, a ação tinha como objetivo prevenir qualquer insegurança jurídica no que tange às formas de autodeclaração quanto ao enquadramento do candidato como pessoa negra, procedimento que não gozava de uniformidade.

Tendo como relator o ministro Luís Roberto Barroso, a suprema corte brasileira, por unanimidade, declarou a constitucionalidade da lei, fixando a seguinte tese de julgamento:

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.[1]

Em sua fundamentação, o ministro relator afirma existir, na atualidade, uma nova dimensão do princípio isonômico, ao lado das já tradicionais dimensões formal e material: a igualdade como reconhecimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Nos tópicos a seguir buscaremos desvendar essa nova forma de compreensão do princípio da igualdade, posicionando-o ao lado das faces da isonomia há muito absorvidas pela doutrina e jurisprudência pátrias.

2 AS DIMENSÕES TRADICIONAIS DA IGUALDADE: ISONOMIA FORMAL E MATERIAL

Antes de elucidarmos o conteúdo da nova dimensão do princípio da isonomia, mister que façamos, ainda que resumidamente, um esboço acerca das formas já consagradas do postulado em referência.

Positivado na Constituição Federal em seu art. 5º, *caput* e I, entre outros, o princípio da isonomia consubstancia verdadeiro "princípio estruturante do sistema constitucional global"[2], presente nas primeiras declarações de direitos de matriz liberal. A norma identifica-se, inicialmente, como uma das reações às vicissitudes do denominado "antigo regime", atendendo à pauta revolucionária burguesa.

Contudo, a sua significação acompanhou a evolução das concepções de Estado, culminando em uma verdadeira agregação das novas concepções às já consagradas, conforme veremos a seguir.

2.1 ISONOMIA FORMAL

Em um primeiro momento o princípio da isonomia identifica-se com os postulados do liberalismo que fundamentaram as Revoluções Burguesas e, portanto, com o surgimento do conhecido Estado Liberal de Direito.

A referida concepção de Estado está sumamente calcada nos princípios da legalidade, divisão de poderes, garantia dos direitos individuais e na presença mínima da máquina estatal, esta marcada por uma "limitação jurídico-legal negativa"[3].

Seu conteúdo, destarte, relaciona-se com aquilo que o jurista tcheco Karel Vasak[4] concebeu como direitos fundamentais de primeira geração, em suma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[...] direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.[5]

Em síntese, o princípio isonômico, formalmente concebido, "exige que todos que se encontram numa mesma situação recebam idêntico tratamento (portanto, compreendida como igualdade na aplicação da lei)[...]"[6].

Nessa primeira fase do princípio da isonomia, desta forma, não há a busca pela reparação das situações específicas que colocam determinados grupos de pessoas em situação de desvantagem inicial, marcada, muitas vezes, pela existência de preconceitos, estigmas e estereótipos[7].

Há, na verdade, a imposição de que todos estejam subordinados ao império da lei, já que a intenção se centra na eliminação dos privilégios do estado absolutista e a ascensão da burguesia ao poder.

2.2 ISONOMIA MATERIAL

Conforme articulado acima, o princípio da isonomia, quando encarado no seio do Estado Liberal de Direito, traduz a subordinação dos indivíduos ao império da lei, tudo com o objetivo de anular os privilégios do antigo regime.

Contudo, a passagem do modelo liberal de Estado para o chamado "Estado Social de Direito" impôs uma agregação de uma concepção prestacionista ao sentido classicamente sedimentado de isonomia, tornando-o mais sensível às diferenças entre os cidadãos.

Essa nova modalidade de Estado preserva as conquistas do Estado Liberal (legalidade, limitação do poder estatal), mas vai além. Busca-se a superação de um individualismo que é característico dos sistemas liberais, assumindo o Estado um papel concretizador do bem-estar social (welfare state).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A lei que, no liberalismo, assume um altíssimo grau de abstração; no Estado Social de Direito é cada vez mais específica e concreta, dada à ampliação do papel do Estado na vida social. O momento histórico em que se dá essa transição é, justamente, o pós-segunda guerra mundial, período de profícua afirmação e positivação dos direitos humanos como reação aos horrores há pouco assistidos.

Nesse cenário, o princípio da isonomia toma novo corpo e passa a abarcar uma concepção dita material. Muitos sintetizam o significado desse novo enfoque na construção de Aristóteles em sua obra "Ética a Nicômaco": "tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais na medida de sua desigualdade".

Essa nova forma de compreender a isonomia promove aquilo que se denomina de "igualdade na lei", ou seja, a própria norma deve trazer em seu conteúdo um mandamento de desconstrução de elementos de desequiparação, por assim dizer. Referido conceito contrapõe-se ao de "igualdade perante a lei", este afeto à concepção formal acima delineada, ou seja, indicando que a mera subordinação uniforme dos indivíduos aos mandamentos legais seria suficiente.

Resultados dessa nova dimensão do princípio isonômico podem ser observados em várias normas no nosso sistema jurídico, sobretudo em nossa Constituição Federal, a saber: art. 7º, XX[8]; art. 37, VIII[9], entre outros.

No tópico seguinte trataremos dessa novíssima face do princípio isonômico reconhecida no julgamento da ADC 41/DF, fundamentando a compatibilidade material da norma que introduziu o sistema de cotas raciais em nosso ordenamento jurídico com o plexo principiológico da CRFB/88.

3. A IGUALDADE COMO RECONHECIMENTO

No decorrer de todo o trabalho, realizamos um cotejo entre a evolução das modalidades de Estado e as concepções sobre o princípio da isonomia; deixando certo que, ao passo em que se compreende a modificação no

papel estatal na dinâmica da sociedade, agregam-se à concepção de igualdade outras importantes concepções.

Nesse contexto, observamos que o entendimento da igualdade como reconhecimento aproxima-se daquilo que nós compreendemos como Estado Democrático de Direito.

Fruto das garantias democráticas, a modalidade atual de compreensão da estrutura estatal está relacionada, sobretudo, à contínua "transformação do *status quo*"[10]. Trata-se de uma revolução mais profunda nas estruturas sociais existentes, sobretudo guiada pela prevalência dos direitos fundamentais, em especial pelo princípio da isonomia dita "procedimental"[11], voltada à garantia de participação dos cidadãos na tomada de decisões estatais.

O reconhecimento dessa modalidade de Estado não representa, portanto, uma agregação entre os modelos Estatais acima expostos (Liberal e Social), mas uma nova forma de enxergar a legitimação do poder político, fundamentada na construção de procedimentos que possibilitem a participação plena dos cidadãos na dinâmica política.

Nesse espaço, adquirem relevância os chamados procedimentos de diferenciação, ou de discriminações positivas que, ao reconhecerem a necessidade de inserção das minorias no espaço de tomada de decisões socialmente relevantes, objetivam corrigir esse déficit de representatividade.

Exemplo dessa conduta reside nas chamadas "ações afirmativas", medidas compensatórias cuja origem deriva de um processo histórico de exclusão de determinados segmentos.

As ações afirmativas foram originalmente pensadas nos EUA como forma de superação da doutrina do "separate but equal", consagrada no caso Plessy vs Fergusson[12], que validava o sistema segregacionista presente à época, após a abolição da escravidão negra com a 13ª emenda.

Com o julgamento do caso Brown vs Board of Education há o reconhecimento da invalidade dessa conduta racista, momento em que a Suprema Corte autoriza que alunos negros fossem matriculados e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

frequentassem a Universidade do Alabama. Em seguida, a Executive Order nº 109252 e o Civil Rights Act (em 1961 e 1964, respectivamente) invalidam essa conduta, fazendo referência ao termo "ação afirmativa"[13].

Em suma, ação afirmativa consubstancia procedimentos discriminatórios lícitos que objetivam a concretização de uma justiça social e, sobretudo, a materialização do princípio da isonomia.

Podemos ainda asseverar que as ações afirmativas estariam calcadas naquilo que se convencionou chamar de "direito à diferença", resultado da evolução da proteção dos direitos humanos em âmbito internacional:

A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio) com base na igualdade formal. A título de exemplo, basta avaliar quem é o destinatário da Declaração de 1948, bem como basta atentar para a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, também de 1948, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do "outro" em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.[14]

Ademais, fundam-se nos mandamentos da chamada "justiça distributiva", em especial na concepção de John Rawls. Baseado na compreensão do conceito de justiça como equidade, o autor apresenta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

uma alternativa ao neoliberalismo, marcadamente utilitarista, fazendo clara alusão ao imperativo categórico kantiano[15]. Nesse sentido, a equidade compreende a existência de diferenças (situações de desvantagens) como condicionantes para que se atinja um estado final de igualdade. Não seria suficiente, assim, o mero oferecimento de oportunidades, já que a distribuição inicial dos bens primários não é equânime[16].

Não obstante a importância do fundamento distributivo como justificador da validade das ações afirmativas, a doutrina especializada o considera insuficiente, isoladamente considerado. Nesse momento é que toma corpo a questão da igualdade como reconhecimento.

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, assim define a nova compreensão do princípio isonômico:

Por fim, na questão da igualdade como reconhecimento, ela identifica a igualdade no que se refere ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de uma maneira geral. Assim, igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades.

A política afirmativa instituída pela Lei nº 12.990, de 2014, tem esse papel da igualdade como reconhecimento. [...].

Além desse papel simbólico, há um efeito importante sobre a autoestima das pessoas. Eu insisto nessa questão da autoestima, porque, quando ela existe, ela cria uma resistência ao preconceito dos outros.

Passa a ser uma realidade que vem de dentro, e as coisas verdadeiras na vida são as que vêm de dentro. Se você não introjeta o preconceito dos outros, você não o absorve também. Portanto, a ideia de ter símbolos de sucesso, ascensão e acesso a cargos importantes para as pessoas pretas e pardas tem esse papel de influenciar a autoestima das comunidades negras. Por fim, evidentemente, há o papel de que o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico.

Portanto, penso que a Lei supera com facilidade o teste da igualdade, quer na sua dimensão de igualdade formal, quer na sua dimensão de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

igualdade material, quer na sua dimensão de igualdade como reconhecimento.[17]

A dimensão da igualdade como reconhecimento assume, assim, um papel verdadeiramente psicológico: autoriza os diversos segmentos sociais a acreditarem que é possível alçar posições socialmente destacadas.

Segundo Nancy Fraser, o reconhecimento seria a solução para situações de injustiça cultural. De acordo com a autora, o conjunto de medidas que promovem esse reconhecimento:

[...] Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas.[18]

Observa-se, assim, a importância do sentido da igualdade como reconhecimento para a recomposição da relevância social de determinados grupos historicamente excluídos.

No caso da Lei nº. 12.990/2014, a utilização do sistema de cotas para pessoas negras em concursos públicos assume um papel nevrálgico no combate ao denominado "racismo estrutural"[19] que existe na sociedade brasileira. Igualmente, funciona como mecanismo de justiça e reparação às violações históricas aos direitos da população negra diante de anos de exploração via institucionalização de um sistema escravagista de produção, o que impõe, até a atualidade, uma estigmatização do negro no Brasil.

Contudo, a implantação do sistema de cotas raciais em concursos públicos atende não apenas a demandas de reconhecimento. Na esteira do pensamento de Nancy Fraser[20] e Boaventura de Sousa Santos[21], ao reconhecimento devem estar aliados os imperativos da justiça distributiva, nos moldes do quanto exposto acima.

Assim sendo, muito embora esse terceiro viés do princípio isonômico adquira relevância, o reconhecimento isoladamente considerado não tem o condão de recompor as disparidades de caráter meramente econômico, de repartição dos bens sociais. Na grande maioria dos casos, a materialização do princípio isonômico deve conjugar aspectos de reconhecimento e justiça distributiva, sob pena de não se justificar, eficazmente, medidas de ação afirmativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa centra sua análise na análise da constitucionalidade realizada pelo STF na ADC nº. 41/DF, da Lei nº. 12.990/2014, que instituiu o sistema de cotas raciais 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.

Entre os argumentos utilizados pelo ministro relator para a confirmação da compatibilidade material da norma com a Lei Fundamental, está a elucidação de um terceiro viés de compreensão do princípio da isonomia.

Segundo o STF, além das faces formal e material, a isonomia poderia ser enxergada como direito ao reconhecimento. Essa concepção tem o condão de fundamentar com profundidade as denominadas "ações afirmativas", sobretudo em casos de injustiça cultural, como é, em parte, a questão da exclusão da população negra dos postos de relevância social.

O reconhecimento assumiria um verdadeiro papel psicológico em relação aos segmentos excluídos, apontando para a real possibilidade de inserção desses indivíduos na dinâmica decisória estatal.

Alguns autores, ademais, entendem ser inafastável a questão da justiça distributiva quando da instituição de ações afirmativas. Isso, porque o reconhecimento seria o remédio adequado para situações de injustiça cultural, enquanto que a redistribuição, a solução para questões afetas ao acesso aos bens primários.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 de março de 2018.

_____. Lei nº 12.990/2014, de 09 de junho de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em 10 de março de 2018.

_____. STF. ADC nº. 41/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho.** São Paulo: Ltr, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital**. Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença:** As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, Homossexuais e Pessoas Portadoras de Deficiência. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CABRAL, Maria Walkíria de Faro Coelho G.. AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: O TRABALHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA TORNÁ-LAS POSSÍVEIS. **Mpmg Jurídico**, Belo Horizonte, v. 11, p.41-45, 2014.

DUARTE, A. C. **A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. p.09)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". **Cadernos de Campo (São Paulo, 1991)**, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.**Cad. Pesqui. [online]**. 2005, vol.35, n.124, pp.43-55.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RISCAL, Sandra Aparecida. Política educacional, justiça distributiva e equidade: considerações sobre as políticas compensatórias para a educação. **Revista HISTEDBR On-Line**, v. 11, n. 44, p. 248-261, 2011.

SANTOS, B. de S. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VASAK, Karel. **Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos.** Barcelona: Serbal/unesco, 1984.

---

[1] BRASIL. STF. ADC nº. 41/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, p. 185

[2] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital**. Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 336-337

[3] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 96

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[4] VASAK, Karel. **Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos.** Barcelona: Serbal/unesco, 1984.

[5] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993

[6] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 596

[7] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho.** São Paulo: Ltr, 2002, p. 37 e ss

[8] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

[9] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

[10] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97

[11] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença:** As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, Homossexuais e Pessoas Portadoras de Deficiência. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, p. 15

[12] "Em 1892, um afro-americano chamado Homer Plessy rejeitou oferecer seu assento em um trem para um homem branco, em New Orleans, sendo preso como consequência. Plessy alegou judicialmente que sua prisão infringia a décima quarta emenda. Ainda assim, a Suprema Corte decidiu contra o réu, por 8 votos a 1, alegando: The object of the [Fourteenth] amendment was undoubtedly to enforce the equality of the two races before the law, but in the nature of things it could not have been intended to abolish distinctions based upon color... If one race be inferior to the other socially, the Constitution of the United States cannot put them upon the same plane. (DUARTE, A. C. **A Constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. p.09)

[13] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CABRAL, Maria Walkíria de Faro Coelho G.. AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: O TRABALHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA TORNÁ-LAS POSSÍVEIS. **Mpmg Jurídico**, Belo Horizonte, v. 11, p.41-45, 2014.

[14] PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.**Cad. Pesqui. [online]**. 2005, vol.35, n.124, pp.43-55., p. 46

[15] Rawls chega a se utilizar da estrutura do imperativo categórico kantiano para afirmar seus princípios de justiça: "a) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras. b) as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (b1)consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b2) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos." RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 64

[16] RISCAL, Sandra Aparecida. Política educacional, justiça distributiva e equidade: considerações sobre as políticas compensatórias para a educação. **Revista HISTEDBR On-Line**, v. 11, n. 44, p. 248-261, 2011.

[17] BRASIL. STF. ADC nº. 41/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, p. 09 e 10.

[18] FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". **Cadernos de Campo (São Paulo, 1991)**, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

[19] BRASIL. STF. ADC nº. 41/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, p. 07

[20] "Insistirei em distinguir analiticamente injustiça econômica e injustiça cultural, em que pese seu mútuo entrelaçamento. O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas. O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas. Embora esses remédios divirjam significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico "reconhecimento"". FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". **Cadernos de Campo (São Paulo, 1991)**, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

[21] SANTOS, B. de S. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, p.56.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

REFUTANDO OS TRÊS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA TESE DA LEGALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

FLAVIO MEIRELLES MEDEIROS:
Procurador do Banco Central do Brasil.

Os três argumentos utilizados em favor da execução provisória

Dentre os argumentos que há em favor da execução provisória, três merecem destaque. São eles: 1 – a presunção de inocência se esgota no 2º grau; 2 - a constitucionalidade das prisões cautelares confirma que a presunção de inocência é uma garantia relativa; 3 - o texto constitucional não assegura prisão só após o trânsito em julgado.

Argumento primeiro. Tribunais Superiores e a prova

Afirma-se que não há exame de prova nos Tribunais Superiores (o que é discutível) e, por consequência, a presunção de inocência se esgota no julgamento do 2º grau. Logo, o artigo 5º, inciso LVII, da CF, do qual decorre o princípio da presunção de inocência - "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*"-, só se aplica até o julgamento dos tribunais de 2ª instância.

O argumento é inteligente, criativo, mas incompleto, pois revela apenas metade do contido no artigo 5º, inciso LVII, da CF. Esta regra constitucional teve dois filhos. Um falante, extrovertido, e que por isso mesmo ficou famoso. Ele regulamenta a avaliação de provas, é o princípio "*in dubio pro reo*". Outro, discreto, pouco conhecido, muito mal interpretado (confundido com seu irmão), mas de uma importância vital, e que atua sobre a interpretação de normas, o princípio do "*favor rei*". Segundo o tratadista italiano Giovanni Leone, "é princípio em virtude do qual todos os instrumentos processuais devem tender para a declaração de certeza da não responsabilidade do acusado" (LEONE, Giovanni. Tratado de *derecho procesal penal*. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1963, v. I, p. 188). Diz respeito a uma posição de mérito em relação à notícia do crime. É que o sistema processual penal, a ordem processual, o processo penal, todo ele, é uma ordem de garantia da liberdade e, por lógica consequência, e também por derivação do comando constitucional (artigo 5º, inciso LVII, da CF), havendo duas, três, ou mais interpretações possíveis, o juiz deve optar pela norma que for mais favorável ao acusado. "*Se por*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral" (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4. Ed. Coimbra, Arménio Amado, 1976, p. 467). Os Tribunais Superiores não precisam avaliar provas para absolver com base no artigo 5º, inciso LVII. Tendo em consideração o fato narrado no acórdão tido como verdadeiro e que resultou na condenação, o STF, examinando esse fato a luz do direito objetivo, e com fundamento no princípio do *favor rei*, pode considerá-lo, ou atípico, ou não antijurídico, ou não culpável, e absolver o acusado. Para isso basta que interprete de forma mais benéfica que o Tribunal recorrido as normas incidentes ao caso concreto. Tudo sem virar uma página sequer do processo. Só com a leitura do acórdão. Vale dizer, sem qualquer exame de prova. Do que resulta que, indiscutivelmente, a aplicação do princípio da presunção de inocência não se esgota na 2ª instância, dado que as leis são interpretadas favoravelmente ao acusado em todas instâncias.

Argumento segundo. Prisões cautelares e constitucionalidade

Outro argumento utilizado para justificar a execução provisória é a constitucionalidade das prisões cautelares (flagrante, temporária e preventiva), ou seja, é o argumento alhos com bugalhos, pois mistura institutos, quando um não tem nada a ver com o outro, embora possam ser semelhantes. A presunção de inocência não desampara o preso cautelarmente, seja em flagrante, seja temporária, seja preventivamente. Preso sob qualquer uma dessas cautelares, seu processo, e especialmente a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

avaliação das provas, perseguirá integralmente informada pela presunção da inocência, inclusive nas etapas eminentemente decisórias. Imagine-se um processo, dois acusados, um preso preventivamente, outro respondendo solto. A prisão preventiva se deu ou para garantia da ordem pública, ou por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, pouco importa qual desses motivos. Ao avaliar a prova para fins de sentenciar, haverá alguma razão para aplicar a regra da presunção de inocência somente em favor daquele que não esteve preso preventivamente? Evidentemente, não. Ser culpado não é pressuposto do decreto da preventiva. As prisões provisórias não excepcionam o artigo 5º, inciso LVII da CF. Referido dispositivo constitucional diz que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Ora, para impor prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva, qualquer uma delas, não é necessário considerar o indiciado/acusado culpado. Para o flagrante é preciso que esteja em estado de flagrância delitual, o que não significa que seja culpado, pois que flagrância delitual não passa de uma fotografia da tipicidade, apenas um dos elementos do delito. Para a prisão preventiva é necessário prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o que, técnica, e logicamente, representa uma longa distância até considerar-se culpado o acusado. A temporária exige *qualquer prova admitida na legislação penal de autoria ou participação em determinados delitos*, ou seja, culpado, longe ainda, também. Execução de pena, alhos. Prisão cautelar, bugalhos.

Execução de pena pressupõe que aquele que a cumpre seja culpado. Prisão cautelar, não. Não há este pressuposto na prisão cautelar. O antigo paradoxo doutrinário presunção de inocência/prisão cautelar é um falso paradoxo. Se colocarmos a transitar em uma via, o acusado, a segurança jurídica, a prisão cautelar e a presunção de inocência, concluiremos que vão todos na mesma direção. Ninguém está no contrafluxo. O acusado preso preventivamente está sendo transportado pela preventiva, que é empurrada pela segurança jurídica, e ao lado, é acompanhado pela presunção de inocência. Por razões de estrita necessidade, a segurança jurídica e a preventiva limitam sua liberdade, sem jamais considerá-lo culpado. Nessa via, nesse procedimento, sempre que se faz necessário avaliar provas, a presunção de inocência, acompanhando de perto ao lado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

intransigente, se apresenta e exerce sua função. E assim vão. Os quatro. Todos no mesmo sentido. Até o final da via. Até o final do processo.

Argumento terceiro. O trânsito em julgado no texto constitucional

Afirma-se que o texto constitucional não assegura que a prisão só pode ter início após o trânsito em julgado. O artigo 283 do CPP o faz de maneira clara: "*Ninguém poderá ser preso senão (...) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado (...).*" É verdade que a CF não seja expressa para vedar a prisão antes do trânsito em julgado. Veja-se: "*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Todavia, inequivocamente, é o seu significado. Há a proibição constitucional de que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação. Somente o culpado pode ser executado, pois que repugna à ordem jurídica a ideia de que o inocente possa cumprir pena. A submissão daquele que não foi considerado culpado por decisão transitada em julgado à execução provisória é a aplicação do dispositivo constitucional lido pelo lado avesso: "*Ninguém será considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*", e, nesse caso sim, ficaria autorizada execução da pena sem condenação definitiva. O sistema vigente poderia ser diferente, como o foi no passado, se não houvesse a garantia constitucional, e o CPP autorizasse o início de cumprimento de pena diante do esgotamento dos recursos em 2ª instância. Entretanto, não foi essa a opção constitucional. Há cláusula constitucional, e reforçada por lei federal expressa. Fraudar isso é se disfarçar de legislador. Pior, de constituinte. Muito pior, burlando cláusula pétrea. Alguns dispositivos da Constituição Federal são cláusulas de pedra, são duras, impermeáveis, consistentes, não se amoldam, inflexíveis, imutáveis, inalteráveis, não podem ser abolidas. Pétreas, são chamadas. Só podem ser interpretadas de maneira estrita. Não podem ser objeto de Proposta de Emenda (PEC). Não podem ser violadas por iniciativa de qualquer um dos Poderes, pois que objetivam dar estabilidade à nação. A proibição do reconhecimento de culpa antes da prisão (estatuída no artigo 5º da CF entre os direitos e garantias fundamentais) é uma cláusula pétrea, posto que o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, vedou que seja objeto de deliberação a emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Sendo cláusula pétrea, não há como relativizar seu valor. Introduzir segurança jurídica na cláusula para colocar aquele que não foi reconhecido culpado a cumprir pena antes do trânsito em julgado, só se for a mão armada, já que caracterizaria uma intervenção arbitrária.

Teremos também liberdade provisória condicional?

Por derradeiro, ficam registradas duas curiosidades. Iniciada a execução provisória da pena na segunda instância, e cumprida toda a pena antes que o recurso da defesa seja julgado pelos Tribunais Superiores, qual o nome se dará à liberdade? Liberdade "provisória"? Certo. Sabemos. Definitiva. Mas dúvida não há que o inocente/culpado possui o direito a que seu recurso seja julgado, pois que não lhe pode ser retirado o direito a uma justa indenização no caso de erro judiciário. E erro grave, já que se trata de cumprimento de pena integral por inocente, algo bem distinto de dar liberdade a quem estava preso preventivamente e foi absolvido. A segunda curiosidade diz respeito a quando, no mesmo caso anterior, sendo da acusação o recurso para aumentar a pena, qual o nome se dará a liberdade? Liberdade provisória condicional? Passaremos, então, a ter duas figuras de execução penal com nomes semelhantes, o livramento condicional, uma *interrupção da execução*, e a "liberdade condicional", que poderá se transformar naquilo que poderá ser chamado de uma *interrupção da liberdade*, a qual se verificará quando o acusado já estiver solto por ter cumprido a pena, e o recurso da acusação para aumentar a pena for provido, havendo novo saldo de pena a ser cumprido. Melhor refletindo, já se pode cogitar de criar um novo capítulo no direito processual, e para tratar especificamente da fase seguinte à execução, a qual fica condicionada a resultados recursais. Criando direito, vamos concebendo novos institutos. São os riscos de legislar com a jurisdição.

Fica extinta a preventiva a partir da 2ª instância?

Diante de tantas idas e vindas em torno da execução provisória, a impressão que dá é que todos esqueceram que existe a prisão preventiva, a qual possui larga vantagem em relação a execução provisória, podendo ser aplicada desde a fase do inquérito policial. Presentes seus requisitos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria), o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

indiciado/acusado pode responder todo o processo, de seu início a seu final, preso. Obviamente, estando preso o acusado, há prazos a serem obedecidos.

Riscos de retrocesso institucional:

A interpretação conservadora do direito penal e processual penal tem avançado de maneira impressionante nos últimos anos. Nem as nulidades absolutas escaparam. Até elas, as absolutas, já podem ser sanadas mediante a comprovação de inexistência de prejuízo, segundo uma corrente jurisprudencial em formação. Sabe-se lá de que maneira é obtida essa prova! É o mesmo que dizer *"não fez falta para a realização da justiça a ausência daquele Desembargador no Plenário Tribunal naquela sessão. Ao menos, examinando as decisões, 'não há prova prejuízo, ou seja, não há prova de que as decisões seriam melhores'*. Quanta perspicácia! Comparar o existido com o não existido, o ocorrido com o não ocorrido, e ter a pretensão de querer prova?! Impossível provar. Só se comparássemos a sessão que ele não compareceu com a que ele compareceu. O que é impossível. Não estamos dizendo que a falta de um Desembargador no Plenário implique nulidade. Não é isso. Estamos apenas dando um exemplo das razões porque é impossível provar o prejuízo nas nulidades. É verdadeiramente admirável que tenham criado essa tese, a da possibilidade de prova prejuízo na nulidades absolutas! Bem... examinaremos essa questões no artigo 563. Retornando a presunção de inocência. Sobre ela, o Ministro Lewandowski faz uma oportuna advertência: "*Esse preceito foi redigido pelos membros da Assembleia Nacional Constituinte - exatamente para resguardar a nação contra a repetição dos desmandos cometidos ao longo do regime de exceção que acabara de ser superado -, a toda a evidência, não permite qualquer exegese no sentido de mitigar, seja a que pretexto for, essa relevantíssima garantia instituída em favor de todas as pessoas indistintamente, sob pena de irreparável retrocesso institucional*" (Ministro Ricardo Lewandowski – STF – HC 152.752).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

A EUTANÁSIA NO BRASIL

ANE CAROLINE RODRIGUES GARCIA: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

Dr. RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar o instituto da eutanásia, abordando toda polêmica que se envolve e também as principais posições doutrinarias e jurisprudênciais sobre o tema. O comportamento e a evolução da sociedade em relação ao tema, terá uma relevância no nosso estudo, pois o direito deve acompanhar a sociedade. A igreja católica posiciona-se contra a eutanásia por convicções e dogmas religiosos, acreditando que o comportamento de acelerar a morte é contra a lei de Deus. A ética médica, o direito a informação pelo vício de concentimento e dor do alienante, são circunstâncias importantes, que ganham peso pelas peculiares características em que se baseia o assunto em tese.

Palavras-chave: Eutanásia, Ética, Igreja Católica, Direito.

ABSTRACT: The present article aims to demonstrate the euthanasia institute, addressing all controversy that is involved and also the main doctrinal and jurisprudential positions on the subject. The behavior and evolution of society in relation to the theme will have a relevance in our study, since the law must accompany society. The Catholic Church positions itself against euthanasia by religious convictions and dogmas, believing that the behavior of accelerating death is against the law of God. Medical ethics, the right to information through the addiction of consent and pain of the alienator, are important circumstances, which gain weight because of the peculiar characteristics on which the subject is based.

Keywords: Euthanasia, Ethics, Catholic Church, Law.

SUMÁRIO: : INTRODUÇÃO 5 1. CONCEITO6 2. PRINCÍPIOS6 3. TIPO DE EUTANÁSIA7 3.1. QUANTO A REALIZAÇÃO DA AÇÃO8 3.2. QUANTO AO CONSENTIMENTO DO DOENTE8 4. EUGENIA NO BRASIL9 5. BIODIREITO E

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BIOÉTICA10 6. IGREJA EM RELAÇÃO A EUTANÁSIA10 7. ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIAIS11 8. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS11 CONSIDERAÇÕES FINAIS13 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A eutanásia vem sendo tratada no Brasil como um crime, segundo o artigo 121° do Código Penal, na modalidade privilegiada, respeita a ideia de uma postura altruísta, caridosa e piedosa em que a pessoa adoentada ou em um estado sem melhoras, teria portanto uma boa morte.

A conduta da prática delituosa pode ser realizada da seguinte maneira: O terceiro que pode ser o médico ou um familiar do doente em estado terminal, causa-lhe a morte diante de um relevante valor moral que motivou o agente, cabendo assim ao juiz uma redução de um sexto ao um terço da pena, ou terceiro auxilia o doente em estado terminal, realize a prática do suicídio, fornecendo meios para a concretização de tal ato, caracterizando portanto a eutanásia.

Posições doutrinárias de embasamento relevantes e importante para que se tenha uma amplitude de ideias e opiniões ao tema, além de jurisprudência que expressão um comportamento contributivo dos tribunais superiores a respeito da eutanásia, julgados afirmam que e necessário que se predomine não somente a lei, mas também as razões do caso concreto.

O papel da Igreja Católica acaba que influenciando muito nos preceitos e razões da eutanásia, sendo importante que se leve em consideração fundamentos religiosos para se tratar do tema abordado, além da lei e dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal de 1988 trouxe para a sociedade como base e princípios para se discutir o tema.

A ética médica deixa bem clara que este profissional deve ter o direito de informar ao paciente e aos seus familiares a situação em que encontra seu tratamento, não cabendo ao médico desligar ou interromper o tratamento sem o consentimento do adoentado, ou se este não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

responder em sã consciência aos seus familiares, respeitando o direito de informação e a dor do alienante.

Então deve-se portanto levar em consideração que a Eutanásia é uma medida extrema que só pode ser tomada quando esgotados todos os meios possíveis para que isto não aconteça, sendo uma situação de convalescência ao paciente.

CONCEITO

A disciplina tratada neste artigo é a Eutanásia, significa boa morte. A eutanásia é o ato de pôr fim a vida do paciente, que está diagnosticado com uma doença incurável, em uma situação de constante sofrimento, escolhe interromper sua vida, obtendo uma morte rápida e sem dor.

O ato de promover está morte piedosa, é despertada por valores morais, sociais, que incluem os sentimentos dos familiares, dos amigos, até mesmo dos médicos. O sentimento de amor, de afeto, indignação de todo o sofrimento, das dores que aquele ente querido está sentindo, se sentir incapaz por não conseguir tirar dor do próximo. Muitos familiares promovem a morte do enfermo, para que seus direitos sejam garantidos, como direito de herança, por exemplo.

No Brasil a Eutanásia é considerado crime, pelo motivo de que nenhum ser humano tem o direito de tirar a vida do próximo, mesmo que este esteja em estado terminal.

Segundo o doutrinador Francisco Campos a eutanásia significa:

> "Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado *"por motivo de relevante valor social, ou moral"*, ou *"sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Por motivo de relevante valor social ou moral"*, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico).”

1. PRINCÍPIOS

Os princípios representam a base do direito e soluciona várias polemicas e situações conflitantes, norteando e acreditando que existe um amparo legal para tal problema no ordenamento jurídico.

Os princípios que se destacam são: Princípio da dignidade da pessoa humana, representa uma complexa estrutura e amparo geral que todo ser humano deve possuir vida digna, baseada nas condições primordiais no preceito fundamental, que norteiam qualquer situação e não seria diferente no problema relatado.

A questão a ser discutida e que segundo os princípios e as garantias fundamentais o Estado tem o poder de proteger e valorizar a vida humana, o que e a ideia principal da dignidade da pessoa humana, a valorização da vida e cima de tudo, não tem o Estado portanto a capacidade de punir o morto que desejou o fim da sua existência.

Este princípio considera-se a vida um direito indisponível, não cabendo a ninguém passar por cima dela, a Eutanásia conflita com este princípio, pois contraria que a vida deve-se levada em consideração em primeiro lugar sempre, sendo inconstitucional que se antecipe.

Outro princípio que se destaca e o princípio da Autonomia que explica que a vontade e um direito fundamental expressamente previsto na CF que assegura que cada indivíduo, tem que ter vontade de querer que aconteça algo em sua vida, assim como também tem a Altônia de não querer que não aconteça o que não lhe proporcione felicidade.

A autonomia representa na questão em tese a vontade de se viver ou não, tendo a capacidade de escolher pelo o que melhor será para você, desde que exista um parâmetro legal de contenção.

Esclarece Hegel que deu a seguinte afirmação sobre o direito à eutanásia e o poder que o indivíduo tem sobre seu corpo:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "Tenho a vida e o corpo por que são meus, tudo depende da minha vontade. Assim, o homem pode matar-se e mutilar-se a seu entendimento".

2. TIPO DE EUTANÁSIA

Os tipos conhecidos e existentes de eutanasia são classificados quanto ao tipo de ação e tambem pelo consentimento do enfermo em estado terminavel.

2.1. QUANTO A REALIZAÇÃO DA AÇÃO

Passiva ou indireta: Quando o médico não ceda ou medica o paciente para que este deixe de viver, ele simplesmente se omite ou seja não faz nada para que a morte seja evitada ou contida, em uma linguagem simplista cruza-se os braços para que se possa morrer.

Ativa: Quando e planejada entre o médico e o doente que está em estado terminável, um auxílio para que não haja sofrimento para este, o médico injeta substancia no paciente, existindo um auxilio direto e voluntario junto a ele.

Duplo efeito: Acontece por ações medicas que de forma indireta acelera a morte e evita o sofrimento do paciente.

2.2. QUANTO AO CONSENTIMENTO DO DOENTE

- Voluntaria: Existe o consentimento do doente.
- Involuntária: E aquela contra a vontade do paciente, a pessoa quer continuar viva mesmo sofrendo em estado terminável, mas terceiro acelera sua morte para não presenciar tamanho sofrimento, não fazendo que este se torne um fardo para quem esteja em seu redor.
- Voluntaria: O agente está de acordo que exista a aceleração de sua morte há um consentimento entre ambos os envolvidos, para que o ato aconteça.

Grande parte da doutrina acredita que além da denominação passiva, pode ser nomeada de ortotanasia, que difere pelo fato de se levar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

em consideração o tipo de tratamento artificial que mantem as funções vitais.

A ortotanasia no Brasil e considera como ato licito, pois o que se leva em consideração não há nenhum fato típico, simplesmente o fato de existir um esgotamento dos recursos existentes para que o paciente continue vivo, exemplo dessa atitude e um médico se recusar a fazer uma cirurgia em seu paciente por já ter feito outras e nada de frutífero aconteceu, para a melhora do necessitado.

Esta e muito aplicada em casos de pacientes com câncer que não ficam internados na U.T.I para que eles possam ter um conforto medico ao lado de sua família.

Além de todos estes conceitos abordado existe a distanasia, que é o prolongamento da vida, se valoriza a vida em primeiro lugar mesmo que por recursos tecnológicos e artificias que prolongue nem que seja por alguns dias ou até mesmo horas.

3. EUGENIA NO BRASIL

A eugenia é um movimento que ganhou destaque na Segunda Guerra Mundial, sua ideologia é a pureza racial. A sociedade é dívida por espécies de raças, como por exemplo: raças inferiores e raças superiores.

Darwin declarava:

> "Entre os selvagens, os corpos ou as mentes doentes são rapidamente eliminados, os homens civilizados, entretanto, constroem asilos para os imbecis, os incapacitados e os doentes e nossos médicos põem o melhor de seu talento em conservar a vida de todos e cada um até o último momento, permitindo assim que se propaguem os membros fracos das nossas sociedades civilizadas. Ninguém que tenha trabalhado na reprodução de animais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> domésticos, terá dúvidas de que isto é extremamente prejudicial para a raça humana".

Existem relatos que na época, criou-se o programa Aktion T4, onde os médicos assassinavam os pacientes que se encontravam com uma doença incurável.

Em meados de 1939 Hitler assinou um decreto da eutanásia, autorizando e induzindo os médicos a prática da eutanásia, para que assim possa conceder a morte por misericórdia. Na Alemanha esse movimento foi utilizado para conter as pessoas mal desejadas e aquelas que não faziam parte da raça pura.

No Brasil houve esse movimento eugênico. O Brasil foi o primeiro país da América do Sul a ter a eugenia de forma organizada. Em 1918 foi criada em São Paulo a Sociedade Eugênica, esse movimento trabalha com a saúde pública e saúde psiquiátrica.

4. BIODIREITO E BIOÉTICA

A finalidade do Biodireito é regular a conduta do ser humano, com relação a inovações que é apresentada pela medicina, cabe controlar sobre limitações médicas.

O biodireito abrange todo o conjunto de regras jurídicas, que tem como principal função punir a conduta do médico. Desta forma, biodireito é um conjunto de leis positivadas que visa um comportamento sério médico, mais que no descumprimento irá causar uma punição.

Já a Bioética visa discutir parâmetros ético e morais, de forma mais simples, como sendo a ética da vida -Bio + Ética.

A bioética se divide em dois ramos:

- Macro-bioética: tem um código de condutas adequadas para todo tipo de ação do ser humano.
- Micro-bioética: ética na vida humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Portanto Bioética é um tipo de modelo de conduta que procura trazer o bem à Humanidade como um todo, e, ao mesmo tempo, a cada um dos indivíduos componentes da Humanidade.

5. IGREJA EM RELAÇÃO A EUTANÁSIA

Na visão da Igreja Católica praticar a eutanásia é inadmissível perante a lei de Deus, pois ninguém tem o direito de tirar a vida de um ser humano, mesmo que este se encontre com uma doença incurável.

A eutanásia é visto como um pecado e quem o fizer deve ser punido, pois viola o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que seja para evitar um sofrimento maior ao enfermo.

A bíblia diz que somente Deus tem o direito de tirar a vida de alguém. Presenciar o sofrimento de alguém é muito difícil, mais tirar a vida de um ser humano não é ser humano. Se a pessoa não é salva, então tirar sua vida será enviá-la para sofrimento eterno! Para muitos a eutanásia não é um ato de misericórdia.

6. ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIAIS

A jurisprudência em geral traz sempre um entendimento de que a vida deve ser respeitada em primeiro lugar, não sendo cabível ou aceita qualquer situação que interrompa ou acelere a morte como será demonstrado no julgado abaixo.

O Supremo Tribunal Federal julgou um Habeas Corpus que deixou claro o entendimento em relação a eutanásia ,trata-se de um medico que praticou o delito motivado em ajudar a interrupção do sofrimento da vida de seu paciente que estava a muito tempo internado em serviços hospitalares ,não tendo mais recursos para se utilizar para o tratamento de seu paciente ,resolveu portanto não fazer mais nada e deixar que seu paciente deixe de viver.

Na situação narrada o medico praticou homicídio privilegiado na modalidade omissiva ,quando este tinha o dever de agir e prefere cruzar os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

braços e nada realizar em relação ao seu paciente. O julgado do STF e HC574012658,julgado improcedente o pedido proposto.

7. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS

Nelson Hungria talvez o mais fervoroso dentre os adversários da eutanásia no Brasil, prefaciando o livro "Direito de Matar" de Evandro Correa de Menezes, manifesta-se, de maneira brilhante, radicalmente contra a prática eutanásia. Afirma ele que o problema não suscita discussões jurídicas, devendo ser tratado, exclusivamente, como tema próprio dos estudos relativos à morbidez ou inferiorizarão do psiquismo, ou seja, na órbita da psicologia anormal. Refere-se o penalista à monografia "El Respeito A La Vida", publicada por Garcia Pintos, no qual repudiava a permissão da eutanásia, consagrada no Código Penal Uruguaio. Segundo Garcia Pintos, cuja opinião é ratificada por Nelson Hungria, o homicida eutanásico não tem por móvel, conforme se proclama a piedade ou compaixão, mas o propósito, mórbida ou anormalmente egoístico, de poupar-se ao pungente drama da dor alheia. Afirma Hungria:

> "a verdadeira, autêntica piedade, sentimento de equilibrado altruísmo, não mata jamais. O que arma o braço do executor da morte boa é o seu psiquismo anômalo". Seria o que Hungria chama de angústia paroxística, segundo o qual somente as pessoas sujeitas a estados superagudos de angústia são capazes do gesto eutanásico, que os alivia do próprio sofrimento diante do sofrimento de outrem. Hungria diz ainda que, analisado este aspecto, torna-se clara a falsidade da eutanásia "que, de elegante questão jurídica, reduz-se a um assunto de psiquiatras".

Na opinião de Nelson Hungria, o homicídio eutanásico não é visto como um ato de piedade ou compaixão é um ato egoísta, uma forma de poupar a dor alheia. O verdadeiro ato de sentimento, piedade, não mataria um ser humano.

No conceito do doutrinador Nelson Hungria, que se manifesta totalmente contra a prática da eutanásia, para ele ninguém tem o poder de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

tirar a vida de um ser humano, mesmo que este se encontre acamado, com uma doença incurável. A vida em si deve ser respeitada, o ser humano dever viver e morrer de uma forma digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O importante deste assunto e saber que o homicídio privilegiado e considerado crime no Brasil, apesar de muitos juristas e entendedores acreditarem que cada individuo tem o livre arbítrio de escolher se desejas continuar com vida ou não, porém a Constituição Federal consagra e protege o direito a vida, sendo sempre posto em primeiro lugar.

A igreja católica desenvolve um papel importante pela sua interferência religiosa acabar repercutindo no âmbito jurídico e nas ações e condutas dos homens.

Muita polemica se têm envolvidas quando relatamos esse assunto, a questão mais precisa e o amparo constitucional, que por ser norma suprema o respeito e sempre primordial, o direito a vida e intocável não podendo em hipótese alguma ser violado.

As referencias doutrinarias e das jurisprudências são sempre de dividir opiniões pois muitos acreditam que a eutanásia e uma selvageria pelo fato de que a pena que o individuo que pratica ja e maior que a do CP como e o caso de familiares e amigos que se submetem a essa questão, o medico que possui amor a profissão e acabam que não tem nada a ser feito para ajudar seu paciente a melhorar seu quadro clinico.

Existe muitos paradigmas que não são respondidos pela nossa Constituição sendo necessário que este tema tenha uma visão maior e complexa pois na realidade e dever do Estado proteger a vida e que esta seja digna, não cabendo a esse na minha opinião interferência se quero viver ou não.

Concluo, portanto que e uma questão muito mais íntima, pois a pessoa em estado terminal não esta vivendo com dignidade sendo necessário que isto se leve em consideração para tutelar a vida desde que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

esta seja saudável e feliz, ficar sofrendo no hospital ou em qualquer lugar quando não se ha mais esperanças medicas, cabe aos seus entes queridos ou ate mesmo a pessoa em estado terminal decidir se quer ou não continuar neste estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOLINARI, MARIO. **Eutanásia: análise dos países que permitem.** JusBrasil, 2014. Disponível em:

eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>. Acesso em: 10 mai. 2018, 10:47:55.

OLIVEIRA , LUCAS. **Eutanásia.** Brasil Escola, 2016. Disponível em:. Acesso em: 10 mai. 2018, 15:22:32.

OLIVA , MILAGROS PÉREZ. **Eutanásia: Quem decide como devemos morrer?.** El Pais, 2017. Disponível em:

1490960180_147265.html>. Acesso em: 11 mai. 2018, 08:16:58.

BLOGEXAMEDAOAB. **O crime da eutanásia.** JusBrasil, 2016. Disponível em: . Acesso em: 11 mai. 2018, 12:05:44.

MILANEZI , LARISSA. **Eutanásia em 5 pontos.** Politize, 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 mai. 2018, 11:30:06.

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. 96 e 99.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

A OBRIGATORIEDADE DE REALIZAR EXAME DE ALCOOLEMIA X CAÇA ÀS BRUXAS

ROBYSON DANILO CARNEIRO: Servidor Público do Estado do Paraná, Bacharel em Direito, pós-graduado em processo penal e aluno de pós graduação em Direitos Humanos e Cidadania - UEPG.

RESUMO: O presente artigo propõe-se a analisar o artigo 165 A, da lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), que traz obrigatoriedade ao cidadão em realizar exame de alcoolemia, ou outros capazes de comprovar embriaguez. Por conta de vários casos, principalmente relacionados com resultado morte, a alteração da lei parecia inadiável. Neste contexto destacamos (e estudaremos) as situações de pessoas que negam-se a realizar os exames, agora obrigatórios, porém não encontram-se em situação de ebriedade. Em seguida, serão analisadas algumas práticas históricas de combate a bruxaria. Histórias condenadas e inaceitáveis, que podem ser comparadas com situações que vivenciamos nos dias de hoje, quando da aplicação da legislação estudada em determinados contextos.

Palavras-chave: Caça às Bruxas. Código de Trânsito Brasileiro. *Nemo Tenetur Se Detegere.* Princípio da Legalidade

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por finalidade principal analisar a inobservância de princípios constitucionais, ao aplicar em determinadas situações práticas da legislação vigente no país, em relação a coibir conduta de pessoas que utilizam-se de álcool durante a condução de veículos automotores.

Este tema precisa ser analisado de forma a distinguir as situações passivas de sofrer intervenção pelo agente público, não restando qualquer crítica quando da aplicação das diversas sanções possíveis em detrimento daquele que conduz o veículo automotor sob o efeito de álcool ou substâncias análogas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, a crítica surgirá tão somente, em relação à punição ao indivíduo que não faz uso de substâncias proibidas, e que mesmo assim, poderá ser punido na esfera administrativa, e de forma severa, quando se opor a submeter-se a determinadas posturas.

Por derradeiro, far-se-á um comparativo entre aquele que "não colabora" com a autoridade de trânsito e o indivíduo que era acusado de bruxaria nas idades média e moderna, chegando-se a uma curiosa relação entre as duas situações, distante cronologicamente, porém próximas em relação a tirania suscetível de ser atribuída aos casos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dentro do estudo do Direito em vigor no Brasil, encontramos no texto Constitucional, mais precisamente no art. 5º inciso II, o que os doutrinadores chamam de princípio da legalidade.

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, trata-se a lei de um instrumento garantidor da liberdade:

> A Constituição de 1988, em seu art. 5º, II, traz incólume, assim, o princípio liberal de que somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Ao incorporar essa noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade. A lei é o instrumento que garante a liberdade.[1]

Nathalia Masson faz interessante análise sobre o instituto, ao entender que o indivíduo poderá se opor a uma lei, quando esta apresentar algum abuso, ainda que estas tenham sido dotadas das formalidades legais em sua produção.

> Há que se dizer, porém, que a liberdade aqui em estudo exige mais do que unicamente o respeito formal ao processo legislativo na instituição dos comandos normativos: o conteúdo da lei há de ser compatível com os valores expressados pelo texto

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> constitucional e, especialmente, não deve afrontar direitos fundamentais. **Leis que sejam produto de um abusivo poder de legislar não serão legítimas, de forma que o indivíduo terá, diante delas, o mesmo direito de resistência que possui diante de ordens que não tenham sido fundamentadas em atos normativos válidos.**[2] (grifo nosso)

Alexandre de Moraes faz menção a um objetivo deste princípio em evitar as arbitrariedades por parte do Estado:

> **Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado**. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.[3] (grifo nosso)

Verificar-se-á nesse estudo, que em alguns casos, o Estado ao produzir determinadas leis, poderá sujeitar o cidadão a situações inaceitáveis perante o texto constitucional.

2.2 *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

A expressão em latim que significa importante instituto de proteção ao direito do cidadão, possui embasamento no chamado Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos-1969):

> **Artigo 8. Garantias judiciais**
>
> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
>
> g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.[4]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Decorre deste direito outros tantos, trazendo entendimento de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo:

> Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.[5]

Nessa linha de pensamento corrobora o professor Eugênio Pacelli de Oliveira:

> No Brasil, com a Constituição de 1988 (art. 5º, LXIII) e com o art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92), há regra expressa assegurando ao preso e ao acusado, em todas as fases do processo, o direito *a permanecer calado.* Embora não haja previsão expressa do direito à não autoincriminação, pode-se, contudo, extrair o princípio do sistema de garantias constitucionais.[6]

Embora seja de aplicação junto ao Processo Penal, o estudo deste princípio é bastante importante para o posicionamento aqui estudado, pois a omissão do autor submetido a fiscalização, pode ocorrer por intenção de não lhe atribuir prejuízo na persecução penal, trazendo porém, reflexos em âmbito administrativo.

Ainda sobre esta obrigação de agir contra si mesmo, Cesare Beccaria nos idos de 1764 já trazia interessante posicionamento:

> Outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é **exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa fé que vai contribuir para sua própria destruição**! Como se, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião![7](grifo nosso)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Dito isto, avancemos nosso estudo tratando do dispositivo legal que será alvo de análise por este trabalho.

2.3 RECUSA A PROCEDIMENTO PARA VERIFICAÇÃO DE ALCOOLEMIA

Em polêmica alteração ao Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997) o artigo 165-A, instituiu no ano de 2016, através da Lei 13.281, uma obrigatoriedade ao cidadão em submeter-se ao teste de bafômetro, exame clínico, ou outro procedimento semelhante:

> Art. 165-A**. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa,** na forma estabelecida pelo art. 277:
>
> Infração - gravíssima;
>
> Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;
>
> Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.
>
> Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.[8] (grifo nosso)

Claramente o texto da legislação nos traz uma obrigação ao cidadão que se apresenta submetido a vontade do agente público. Nesse sentido a recusa, independente da motivação, sujeitará às sanções administrativas, multa de valor excessivamente elevado, suspensão do direito de dirigir, entre outras.

Não se busca nesse breve estudo, críticas em relação a adoção de medidas que permitam diminuir o número de pessoas embriagadas guiando seus veículos em vias públicas de nosso país.

Sem dúvida as sanções administrativas são eficientes ferramentas para coibir as condutas antissociais desenvolvidas por determinadas

pessoas, práticas prejudiciais contaminadas de uma série de problemas que vêm a trazer inúmeros transtornos para nossa sociedade.

2.4 A CAÇA ÀS BRUXAS

Prosseguindo o estudo, encontramos na obra de Penny le Couteur e Jay Burreson, de título Os Botões de Napoleão, interessante abordagem a respeito da "Caça ás Bruxas":

> De meados do século XIV até o fim do XVIII, um grupo de moléculas contribuiu para a desgraça de milhares de pessoas. Talvez nunca venhamos a saber exatamente quantas, em quase todos os países da Europa, foram queimadas na fogueira, enforcadas ou torturadas como bruxas durante esses séculos. As estimativas variam de 40 mil a milhões. Embora, entre os acusados de bruxaria, houvesse homens, mulheres e crianças, aristocratas, camponeses e clérigos, em geral os dedos eram apontados para as mulheres — sobretudo pobres e idosas. Propuseram-se muitas explicações para o fato de as mulheres terem se tornado as principais vítimas das ondas de histeria e delírio que ameaçaram populações inteiras durante centenas de anos.[9]

Estas práticas bastante conhecidas durante o estudo da história mundial, principalmente nos períodos da Idade Média e da Idade Moderna, foram praticamente rechaçadas dentro do convívio social contemporâneo.

Porém, a forma como eram executadas as perseguições e a maneira utilizada pelos perseguidores medievais servirá ao nosso estudo sobremaneira:

> No auge da paranoia da caça às bruxas, de cerca de 1500 a 1650, quase não sobrou uma mulher viva em algumas aldeias da Suíça. Em certas regiões da Alemanha houve algumas aldeias cuja população inteira foi queimada na fogueira. Na Inglaterra e na Holanda, contudo, a perseguição frenética às bruxas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> nunca se tornou tão encarniçada como em outras partes da Europa. A tortura não era permitida sob as leis inglesas, embora suspeitos de bruxaria fossem submetidos à **prova da água**. Amarrada e jogada num poço, uma bruxa de verdade flutuava e era então resgatada e devidamente punida — por enforcamento. **Caso afundasse e se afogasse, considerava-se que fora inocente da acusação de bruxaria — um consolo para a família, mas de pouca valia para a própria vítima.**[10] (grifo nosso)

É nesse contexto que ampara-se nosso estudo, sendo aqui depositada as críticas a legislação em vigor em nosso país que obriga a realização de testes de alcoolemia, vindo a punir aquele que se nega a realizar o exame, independente da motivação.

Imagine-se alguém que não queira realizar o teste, mesmo sem ter consumido qualquer das substâncias proibidas, por receio das questões penais, por desinformação, ou por qualquer outro motivo (ter utilizado um antisséptico bucal).

Ainda dentro dessa hipótese, suponha-se que a autoridade policial, desconfiada do indivíduo, conduza essa pessoa a delegacia, a fim de realizar o flagrante delito. Por conta da falta de elementos comprobatórios em relação ao suposto crime, nada se comprova contra o indivíduo, vindo este a ser este inocentado na esfera criminal (após lavratura de flagrante, durante um processo, ou mesmo em fase pré-processual).

Dentro deste contexto questiona-se: O que restará da questão administrativa? As pesadas sanções existentes no Art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, imputar-se-ão ao acusado?

Por óbvio que a resposta será afirmativa, porém trata-se de decisão eivada de injustiça, assim como a morte das supostas “bruxas”. Ora, eram punidas (mortas), e o consolo para a família era o fato de que na verdade não se tratavam de praticantes de feitiçaria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Punir alguém pela simples negativa de submeter-se ao exame não trata-se de medida razoável, principalmente pensando na hipótese de futura inocência em relação a questão criminal pela embriaguez.

Obrigar o cidadão a produzir uma prova, que poderá ser utilizada na esfera criminal, afasta-se da razoabilidade, princípio exigido nas condutas praticadas pelo Estado.

Esta obrigatoriedade, maquiada por uma obrigação administrativa, ultrapassa os limites aceitáveis em relação ao poder que é atribuído ao gestor, conflitando com as normas internacionais de Direitos Humanos.

O próprio Código de Trânsito Brasileiro deveria apresentar em seu texto, antídoto para o indivíduo que não teve comprovada sua condição de embriagado. Algo que não foi possível na abordagem medieval às bruxas, pois não se pode remediar a morte.

Não encontra-se durante o estudo da história, alguém que não se assombre com a injustiça praticada às pessoas acusadas de feitiçaria. Desta forma, verifica-se situação semelhante nos dias de hoje, vislumbrando-se a necessidade de correção do texto legal, para que se obtenha um razoável consenso de justiça em relação aquelas pessoas que não praticam a conduta-alvo desse moderno e importante texto normativo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o **Código de trânsito brasileiro**.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** – tradução: vicente sabino junior. São Paulo: Pillares, 2013.

LE COUTEUR, Penny. BURRESON, Jay. **Os botões de Napoleão** - Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges: Zahar, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito co**

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOTAS:

[1] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 849.

[2] MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 238.

[3] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 51.

[4] Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

[5] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 496.

[6] PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 383.

[7] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas – tradução: vicente sabino junior**. São Paulo: Pillares, 2013. p. 35 e 37.

[8] BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o **Código de Trânsito Brasileiro**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 24 set. 1997. Disponível em: Acesso em 1º jun. 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[9] LE COUTEUR, Penny. BURRESON, Jay. **Os Botões de Napoleão** - Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges: Zahar, 2006, p. 400.

[10] *Idem.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

FEMINICÍDIO

GABRIELA SAVES DE TOLEDO: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis - SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: Esse trabalho é o resultado de um estudo sobre o feminicídio, um tema polêmico que se iniciou através do projeto de lei e acabou se tornando parte do rol do nosso Código Penal, em seu artigo 121, inciso VI, incluindo-se aos crimes hediondos. A aprovação pela Câmara dos Deputados é considerada um avanço na luta pelos direitos das mulheres, que desde tempos remotos vem adquirindo seus direitos perante a sociedade, em que era tratada com indiferença em relação aos homens. No Brasil, ainda há obstáculos como, por exemplo, abismo salarial entre os dois sexos, desigualdade de acesso à educação, poucos cargos políticos ocupados por mulheres. O primeiro marco importante das mulheres, no Brasil, foi em 1932 quando conquistou o direito ao voto. Mas em 1988, a Constituição Federal consagrou, pela primeira vez, a igualdade de gênero como direito fundamental. E a mais recente, em 2006, a Lei Maria da Penha, criada para combater as violências domésticas sofridas pelas mulheres. O objetivo desse trabalho é demonstrar uma nova conquista do gênero feminino e falar um pouco mais sobre essa recente mudança no crime de homicídio.

Palavras chaves: Feminicídio. Direito Penal. Mulher. Crimes dolosos contra vida. Homicídio qualificado.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO 2. PRINCÍPIOS DA INTEGRIDADE DO SER HUMANO 2.1 DIFERENÇAS ENTRE FEMINÍCIO E LEI MARIA DA PENHA 2.2 CONCEITOS DE FEMICIDIO E FEMINICÍDIO 2.2.1 TÍPOS DE FEMINICÍDIO 2.2.2 ATIVOS OU DIRETOS 2.2.3 PASSIVOS OU INDIRETOS 2.2.4 FEMINICÍDIO ÍNTIMO 2.2.5 FEMINICÍDIO NÃO ÍNTIMO 2.2.6 FEMINICÍDIO INFANTIL 2.2.7 FEMINICIDIO FAMILIAR 2.2.8 FEMINICIDIO POR CONEXÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2.2.9 FEMINICÍDIO SEXUAL SISTÊMICO 3. TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO 3.1 A REALIDADE DA SOCIEDADE 4.CONCLUSÃO 5.BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que uma pesquisa ou um artigo é sempre, um relato estudado por alguém onde o olhar vasculha lugares muitas vezes já achados, portanto, mostra de modo diferente a partir de uma assimilação do pensamento que neste se diferencia sendo apenas de cunho pessoal. Por esse motivo foi elaborado a partir de estudos levantados sobre a visão histórica da violência por razões de gênero que tem caráter fundamental, e que se permanece devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal, assim como será observado à evolução de tal conceito.

Desenvolve uma discussão acerca da lei Maria da penha junto com a lei 13.104, como instrumentos que efetivam os direitos das mulheres no Brasil, enfatizando os aspectos de gênero e direito de igualdade.

No objetivo de vencer a violência contra as mulheres a organização internacional dos direitos humanos estabeleceu um conjunto de normas e padrões que obriga os Estados a tomarem medidas preventivas, punitivas e eficazes na violência contra a mulher, diante dessa arquitetura protetiva o Brasil assumiu o dever jurídico de combater a violência contra a mulher.

A crueldade de categoria constitui questões, que começa a ganhar visibilidade, no Brasil, na década de 1970, com idas e vindas, passando pela Lei 9.099/95, que não se mostrou instrumento hábil a enfrentar a violência doméstica e familiar contra a mulher. A partir de agosto de 2006, o fenômeno social da violência doméstica recebe a tutela da Lei 11.340 - Lei Maria da Penha, que propõe tutela ampla para a mulher em risco de violência doméstica visando assegurar o direito fundamental da igualdade.

A Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, introduziu no ordenamento jurídico penal brasileiro o feminicídio, formatado como uma nova qualificadora do homicídio doloso (CP, art. 121, § 2º, inciso VI), sendo classificado no rol de crimes hediondos.

No que compete feminicídio, o sujeito passivo é a mulher. Aqui não se admite analogia contra o réu. Mulher se traduz num dado objetivo da natureza, e para configurar o Feminicídio, como já assinalamos, não basta somente que a vítima seja mulher, a morte tem que ocorrer por "razões da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

condição de sexo feminino". Fazendo necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade.

E para concluir as ideias sobre o tema, em seu último tópico, se faz uma análise primordial do comportamento da vítima, mostrando como a vítima pode influenciar no ato delituoso, e que as vítimas nem sempre são tão inocentes, buscando entender sua parcela no processo e assim diminuir a reprovabilidade da sua conduta do agente.

2. PRINCÍPIOS DA INTEGRIDADE DO SER HUMANO

A elevação da dignidade da pessoa humana é apontado um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito no qual constitui o princípio máximo do estado democrático de direito.

Um indivíduo por integrar o gênero humano já é detentor de dignidade. Esta é a qualidade ou atributo ligado a todos os homens decorrente da própria condição de ser humano.

O valor da dignidade da pessoa humana resultante do traço distintivo do ser humano, dotado de razão e consciência, embora tenha suas raízes no pensamento clássico, vincula-se à tradição bimilenar do pensamento cristão, ao enfatizar que cada homem está relacionado com um deus, no qual esse deus é considerado pessoa. Dessa verdade teológica que identifica o homem à imagem e semelhança do Criador derivam sua eminente dignidade e grandeza, bem como seu lugar na história e na sociedade. Por isso, a dignidade da pessoa humana não é, no âmbito do Direito, só o ser humano, mas sim o centro de imputação jurídica, um valor supremo.

A dignidade constitui um valor universal, não obstante as diversidades socioculturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Podemos conceituar que a dignidade é formada por um conjunto de direitos existenciais distribuídos por todos os homens, em proporção igual. A partir desse conceito, pode-se contrariar toda e qualquer ideia de que a dignidade humana encontra seu fundamento na autonomia da vontade.

A dignidade pressupõe, portanto, a igualdade entre todos os seres humanos, independentemente de raça, etnia, gênero, capacidade ou outras características individuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O feminicídio não viola o princípio constitucional da igualdade entre pessoas do mesmo sexo, mas representa um passo dado em direção na busca pela igualdade entre homens e mulheres. Tratando de uma forma diferenciada a mulher por ela ser submetida a relações singulares e cabe ao direito interferir nessas assimetrias para garantir a plena concretização do princípio da igualdade.

O homicídio qualificado pelo Feminicídio não está tratando bens jurídicos idênticos (vida humana) de maneira desigual. A lei está procurando preservar a vida das mulheres, vida que está constantemente em risco pelo simples fato de serem mulheres.

2.1 DIFERENÇA ENTRE FEMINICÍDIO E LEI MARIA DA PENHA

A Lei do feminicídio inserido no Código Penal Brasileiro faz referência expressa à vítima mulher, o que acorre também na conhecida Lei Maria da Penha (LMP - Lei 11.340/2006).

Vale lembrar as diferenças entre as duas leis. A Lei Maria da Penha protege a mulher no cunho doméstico, da agressão física, psicológica, sexual, moral e até do patrimônio. Ou seja, coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Os sujeitos ativos dessa lei, os agressores, podem ser presos em flagrante e ter a prisão preventiva decretada, não tendo a opção de as condenações serem substituídas por medidas alternativas, segundo decisão unânime do STF e, também, não se beneficiando da suspensão do processo, de acordo com a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95). Podem ser removidos do domicílio e proibidos de se aproximarem da pessoa agredida.

Há jurisprudências e parte da doutrina que se posiciona no sentido de aplicar a LMP em situações que envolvem transexuais, travestis e relações homo afetivas. A LMP pode ser estendida nos casos de crimes praticados contra homens nas relações domésticas.

O que caracteriza a violência doméstica não é o sexo, é a existência de relação familiar ou de afetividade entre as pessoas envolvidas, desde que uma esteja em situação de vulnerabilidade em relação a outra, o que alterou, inclusive, o parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal.

A aplicação da Lei Maria da Penha para transexual masculino foi reconhecida pela juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães, na decisão proveniente da 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis, (proc. Nº 201103873908, TJGO), isto porque houve retificação de nome e sexo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Já o Feminicídio é uma qualificadora do crime de homicídio com uma tipificação diferente: os crimes são voltados para uma violência maior, voltado para o gênero, por razões da condição do sexo feminino. O sujeito passivo é a mulher e aqui não se admite analogia contra o réu.

De acordo com o art. 5º, parágrafo único da lei 11.340/2006, a mesma deve ser aplicada independentemente de orientação sexual. Na relação entre mulheres transexuais ou heterossexuais, se houver violência baseada no gênero, caracteriza o feminicídio. Ressaltamos que, sexo biológico não correspondente à identidade de gênero, podendo ser sexo masculino e identidade de gênero feminino.

No caso das relações homo afetivas masculinas não se aplicará a qualificadora. A lei falou em mulher, portanto, por analogia não podemos aplicar a lei penal contra o réu. Não será admitido o feminicídio quando a vítima é um homem, ainda que seja um transgênico (orientação sexual distinta do sexo biológico determinado no seu nascimento – sem retificação).

2.2 CONCEITO DE FEMICIDIO E FEMINICÍDIO

Regularmente são usados como sinonimos para determinar a morte intencional de uma mulher por razão de genero. Não existe uma definição consensual desses conceitos, seu alcance, seu conteúdo e suas implicações são, ainda, objetos de amplos debates, tanto teorico quanto de movimentos ativistas de mulheres e fiministas, como na ação politica e nos processos legislativos nacionais.A interpretação do termo depende do enfoque pelo qual se examina, e a disciplina que aborda.

O femicídio é uma termologia que foi cunhada por Diana Russel que a teria utilizado pela primeira vez em 1976, durante um depoimento no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas. Posteriormente, Diana Russel e Jill Radford escreveram o livro ''Femicide: the politics of woman killing'', com o objetivo político de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, à opressão, à desigualdade e à violência sistemática contra a mulher, que, em sua forma mais extrema, culmina na morte, tornando uma das principais referências para os estudiosos do tema.

Marcela Lagarde, antropóloga e feminista mexicana foi quem utilizou a categoria Feminicídio, que significa assassinato de mulheres apenas pelo fato de pertencer ao sexo feminino, dando a este um conceito político, com o propósito de denunciar a falta de resposta do Estado, o descumprimento

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

de suas obrigações internacionais de proteção, e o dever de investigar e punir.

O Feminicídio é um neologismo criado a partir da palavra em inglês "Femicide" que se refere à morte evitável de mulheres por razões de gênero, quer ocorra no núcleo familiar, na unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal na comunidade.

2.2.1 TIPOS DE FEMINICÍDIO

2.2.2 Ativos ou diretos

É a figura jurídica que não estabelece leis especiais para enquadrarem as mulheres de forma diferenciada. Sendo assim incluem:

- O assassinato por repulsa, desprezo ou **ódio contra às mulheres**.
- Morte de mulheres ou meninas pelo resultado de violência doméstica, pelo cônjuge de uma relação de convivência e intimidade.
- Característico de outros países, morte de mulheres e meninas em nome da "honra"
- Morte de mulheres e meninas em situações de conflito armado, conflito étnico.
- Característico de outros países, morte de mulheres e meninas por pagamento de dote.
- Infanticídio feminino.

2.2.3 Passivos ou indiretos

Incluem nesse Feminicídio mortes como resultado de uma discriminação de gênero que não constituem delito, como exemplos:

- Mortalidade materna
- Característica de outros países, morte por práticas "nocivas" (por exemplo ocasionada por mutilação genital feminina).
- Atos ou omissão por parte de funcionário público ou agentes do Estado, por enfermidades femininas maltratadas (exemplo, aborto inseguro, câncer etc.).

Outras formas de morte de mulheres também são possíveis, os latinos americanos identificaram vários tipos na modalidade criminosa, dando seguimento são classificados em:

2.2.4 Feminicídio íntimo

Sendo uma das categorias mais agravantes, ciente que anterior a esta nova qualificadora era definido como crimes passionais, em que o uso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

intencional da força está oculto por homens, agravado por sua condição de relacionamento íntimo com a vítima.

Esse tipo de feminicído é causado por homens ao qual a vitima tem ou teve uma relação familiar ou vínculo, por exemplo, marido,ex marido, namorado, ex namorado, companheiro, parceiros sexuais (amante), homem com quem tem filhos, inclui também a hipótese do amigo que mata uma mulher, que se negou a ter conjunção carnal com ele.

2.2.5 Feminicídio não íntimo

É o feminicídio cometido por uma homem desconhecido, por alguém que não possua relação íntima, familiar ou de convivência, neste caso pode ser uma agrssão sexual que em decorrencia há o assassinato de uma mulher por um estranho, podem ser cometidos por homens pelos quais a vitima possua uma relação de hierarquia, ou confiança, como colegas de trabalho, funcionários públicos, patrão ou mesmo por desconhecidos.

2.2.6 Feminicídio infantil

É o assassinato de uma garota menor de 14 anos de idade, praticado por um homem em relação de confiança e responsabilidade, pela sua condição de tutor sobre o menor, na maior parte ocorrem no contexto familiar, onde são maltratadas e abusadas sexualmente sistemáticamente.

2.2.7 Feminicídio familiar

É o homicídio habitual familiar de um ou vários membros, baseado na relação entre as vitimas e o agressor onde opera o estado masculino de poder sobre os subordinados dos membros da família, o parentesco pode ser por consanguinidade, afinidade ou adoção.

2.2.8 Feminicídio por conexão

São as mulheres que tentam interferir para impedir um crime contra outra mulher e terminam morrendo, podendo ser esta uma amiga, parente, mãe, filha, ou até mesmo de uma mulher estranha.

2.2.9 Feminicídio Sexual sistêmico

Mulheres que são sequestradas torturadas e/ou estupradas, e na maioria dos casos mortas, são os casos de sexual sistêmico desorganizado. Em casos organizados

É capaz de presumir uma rede organizada de feminidades sexuais, com métodos planejados e conscientes por um tempo indeterminado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Contudo existem outros tipos de Feminicídio tanto como contrabando de pessoas, por tráfico de pessoas, e prostituição ou ocupações estigmatizadas.

3. TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO

Deve considerar que raramente as vítimas que são assassinadas antes de sofrer algum tipo de ameaça, perseguições, assédio sexual, chantagens.

O que demonstra uma enorme falência do poder público. Evidentemente diminuiria esse número de homicídios contra as mulheres se medidas de proteção fossem impostas para assegurar a vida e a integridade dessas mulheres.

Mas, infelizmente a realidade é que as vítimas não receberam a devida proteção do Estado que é a segurança, o direito à vida e à dignidade das mulheres e jovens que são assassinadas.

Distintos de outros países latino-americanos que preveem o feminicídio como um tipo penal autônomo, a legislação brasileira optou por enquadrá-lo como uma qualificadora, tendo em vista a dificuldade de vislumbrar o tema a partir de uma perspectiva feminista, diante da atual composição do Congresso Nacional, bastante conservadora. A justificativa demonstra o avanço que foi a lei no ordenamento brasileiro, contudo evidentemente que a Lei nº 11.340/2006, não conseguiu alcançar o avanço necessário no combate a violência contra a mulher.

Neste cenário moderno, onde sempre é investido contra a vida de mulheres justamente pela sua condição como tal, nasceu a necessidade de resposta pela sociedade, sendo sancionada a Lei do Feminicídio, que qualifica e torna hediondo o homicídio contra mulheres, tanto em decorrência de violência doméstica quanto por discriminação. Compete de um problema presente na sociedade brasileira e mundial, de solução complexa, uma vez que a prática criminosa depende da subjetividade humana.

A inserção da qualificadora que caracteriza o feminicídio no artigo 121 do Código Penal Brasileiro, não é a solução para o problema do homicídio contra mulheres em razão de gênero, entretanto pode ser um

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

caminho plausível para minimizar a realidade atual, tendo em vista que transformou tal conduta em crime qualificado e hediondo, reservando uma pena mais severa para aquele que praticá-lo.

Bem como, como qualquer lei penal, objetiva coibir condutas humanas criminosas, através de sanções penais cerceadoras de direitos, portanto espera-se que a Lei do Feminicídio, sancionada no presente ano, seja deveras eficaz no sentido de minimizar a realidade atual, beneficiando a sociedade como um todo, protegendo a vida das mulheres.

Porém mais importante é o reconhecimento do problema, e a mudança não tem que vir somente da lei, e sim principalmente da sociedade, não sendo assim esses números assustadores não vão diminuir, e qualquer tentativa de sana-lo se torna ineficaz.

3.1 A REALIDADE DA SOCIEDADE

Infelizmente, como já foi demostrado e comprovado não será exclusivamente a tipificação do crime de feminicídio que irá reduzir os números de casos no Brasil. É evidente a necessária uma mudança comportamental na sociedade brasileira.

O homicídio em nenhum dos seus lados deveria ser aceito como natural pela sociedade, a vida humana cada dia tem o seu valor reduzido, e espantosamente, deveria ser ao contrário, pois a existência humana possui grandeza relevante fundamental.

Dessa forma, a morte de mulheres não pode ser banalizada e vista somente números estatísticos, a vida humana é preciosa e possui igual valor entre qualquer ser da espécie humana, independente de sexo, raça ou religião.
Embora homens e mulheres possuam igualdade perante a lei, é inegável que ambos assumirão papeis sociais diferentes na sociedade, até mesmo em decorrência de suas diferenças biológicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Porém, este não é o problema, o que não pode existir e nem prevalecer é nenhuma espécie de supervalorização da figura masculina em detrimento do sexo feminino.

Conclui-se, assim, que a Lei n. 13.104 de 9 de março de 2015 é um avanço para garantias dos direitos das mulheres e que toda e qualquer medida que venha para prevenir e diminuir formas de violência contra a mulher deverá ser vista como uma vitória feminina.

Contudo, é incontestável que ficou demonstrado que a necessidade de tal tipificação, tão somente mostrou a fragilidade das leis existentes e a consciência que não será a solução.

Especialmente no que tange às mulheres, que por participar durante décadas de uma sociedade patriarcal, encontram dificuldades no momento em que percebem estar sendo vítima do abuso ou da violência, de denunciar seus opressores, muitas vezes parceiros e membros da família.

Torna-se fundamental a conscientização em todo contexto social. É necessárias efetivas ações para a precaução da violência; a conscientização é imprescindível na efetiva afirmação dos direitos e deveres dos quais não pode estar excluído nenhum sujeito a fim de garantir o pleno estado de direito e exercício de cidadania que os esforços devem se concentrar.

Há muito que percorrer, os passos serão lentos ou largos a depender de quem os dá, e esses passos precisam ser dados por todos nós

O fenômeno da violência é complicado e por isso necessita ser tratado não apenas no entendimento repressivo e punitivo, onde muitas vezes a abordagem maniqueísta de vilão e mocinha pode ser muito reducionista para compreender e abordar de maneira eficiente.

Não bastando unicamente apresentarmos soluções ou agravarmos esse tipo de crime, mais que isso, faz-se indispensáveis que os cidadãos sejam educados à valorização da vida e do ser humano de um modo completo.

4. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Documentadamente, o papel social do homem foi moldado para ser dominador, opressor e o da mulher a ser dominada, submissa, nessa correlação desigual, surgiu uma coletividade que exalta a competição entre ambos. O patriarcado é um sistema autoritário também que se sustenta porque as pessoas subordinadas ajudam a estimular essa subordinação.

Na pesquisa de gênero o Direito não pode fornecer tratamento diferenciado a um ou outro sexo, mas sim prevenir e proibir a violência doméstica em favor de todos os membros familiares, e não apenas de um dos seus integrantes, pois todos estão sujeitos independentes do gênero a serem vítimas.

Os homens são as maiores vítimas de assassinatos brutais por serem homens, e partindo dos mesmos argumentos elencados pelas mulheres, não seria os homens igualmente vulneráveis, merecendo também uma lei especifica para eles.

As feministas mediante a conveniência da própria condição perpetuam a ideia, de que a vida de uma mulher vale mais do que a vida de um homem, vitimando mulheres e condenando homens, ou seja, embora os homens morram socialmente quatro vezes mais, cria-se um caso especial para a morte de uma mulher por ser mulher. Fora o fato das relações homo afetivas que também prevalece a relação de subordinação e poder, mas não foram equiparados pela lei.

Quem luta por direitos iguais não pode exigir privilégios para alcançar este objetivo, isso seria uma ofensa para mulher que conquista seu espaço mostrando ser tão capaz quanto o homem.

É louvável a preocupação em reduzir e combater a violência contra a mulher, mas a lei deve resguardar, de modo geral, o ser humano conceito no qual estão, também, as mulheres. A lei sob comento é a expressão máxima de um Direito Penal simbólico, promocional e político, trazendo para a mulher, quando conveniente, um caráter vitalizante. Agora, um homem que matar mulher por razões de gênero terá tratamento, em tese, mais drástico do que o dado à mulher que matar homem pelas mesmas razões.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De lado às críticas quanto ao gênero, vou fazer ressalvas sobre a tipificação da nova qualificadora, vale lembrar que o Código Penal brasileiro já prevê diversas qualificadoras para o homicídio que elevam a pena cominada para 12 anos a 30 anos de reclusão, sendo o homicídio já qualificado pelos motivos, sendo o novo inciso desnecessário, pois matar uma mulher por razão de gênero já é constituído uma motivação específica, matar nessas circunstancias seria por motivo torpe, já existente na qualificadora, não seria necessário tipificar como crime algo que já é crime, bastaria ter mais rigor e eficácia na aplicação de uma pena que já existe no Código Penal. Conclui-se, assim, que a lei introduzida, apenas vem demostrando a incontrolável violência contra a mulher.

5. REFERÊNCIAS

BENTO, Berenice – **A reinvenção do corpo : sexualidade e gênero na experiência transexual** – rio de janeiro ; editora garamond 2006

BEAUVOIR, Simone - **o segundo sexo : a experiência de vida**, 2º edição – difusão européia do livro – são Paulo 1967.

BRASIL, Lei 13.104, de 09/03/2015. Disponível no endereço:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm, acesso em 01/09/2015

Cadernos Jurídicos **Violência Doméstica ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA**

Ano 15 - Número 38 - Janeiro-Abril/2014.

Cirurgia de resignação sexualhttps://pt.wikipedia.org/wiki/Cirurgia_de_redesigna%C3%A7%C3%A3o_sexualACESSADO 17092015

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm acessado dia 20/09/2015

Feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulherhttp://www.compromissoeatitude.org.br/secao-sobre-feminicidios/ acessado dia 24/09/2015

FILHO, Nestor Sampaio – **Manual esquemático de criminologia**, 2º edição Saraiva 2012

GRECO ROGÉRIO, Feminicídio - Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2015.http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015. Acesso em 15 de setembro de 2015

Legislações da América Latina que penalizam o feminicídiohttp://www.compromissoeatitude.org.br/legislacoes-da-america-latina-que-penalizam-o-feminicidio/ acessado dia . 15/09/2015.

Lei Maria da Penha tem beneficiado homenshttp://www.douradosagora.com.br/noticias/brasil/lei-maria-da-penha-tem-beneficiado-homens acessado em 20 de setembro de 20015.

MASSON, Cleber – **Código Penal Comentado**, 2º edição editora método / São Paulo 2014.

Morte de homens jovens é até 4 vezes maior que de mulheres, diz IBGE http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/total-de-morte-entre-rapazes-e-4-vezes-maior-que-entre-mulheres-diz-ibge.html acessado dia 30/09/2015.

Mulheres se sentem mais desrespeitadas e desprotegidas, revela pesquisa do DataSenado http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/08/11/mulheres-se-sentem-mais-desrespeitadas-e-desprotegidas-revela-pesquisa-do-datasenadoacessado dia 24/09/2015

PEDRO, J.; RIAL, C.; FÁVERO, S. – **Diversidades: Dimensões de gênero e sexualidade, editora mulheres** – Ilha de Santa Catarina 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LEGITIMIDADE E ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

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

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 – Da legitimidade e atuação do parquet na ação civil pública: 2.1. Legitimidade ativa ordinária, extraordinária e autônoma; 2.2. Legitimidade concorrente e disjuntiva; 2.3. Do papel estratégico do Ministério Público na propositura de ação civil pública; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. Introdução

Diante da massificação dos conflitos sociais, emerge a necessidade de analisar demandas outrora individualizadas sob uma nova perspectiva, coibindo-se a reiteração de abusos e danos a direitos transindividuais, por meio de mecanismos hábeis a assegurar o acesso à justiça coletiva e da reestruturação dos dogmas do processo civil clássico.

Para cumprir este desiderato, contudo, é necessário examinar, preliminarmente os tipos de legitimidade (ordinária, extraordinária e autônoma), considerando-se que, a atuação judicial do Parquet deve guardar coerência com os direitos e interesses defendidos por meio da ação civil pública e, nesse sentido, as consequências de o ordenamento pátrio ter adotado o modelo da legitimidade concorrente e disjuntiva.

Nesse aspecto, ganha especial notoriedade a atuação cível do Ministério Público, instituição cuja esfera de atribuições ainda se encontra em franca expansão, notadamente se a questão for analisada sob o aspecto da não exaustividade do rol de direitos a serem tutelados pela via da ação civil pública.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Insta ressaltar, no entanto, que apenas com a Constituição de 1988 o Ministério Público adquiriu papel de destaque no Brasil. A Carta da República, nesse sentido, retirou a atribuição do órgão ministerial de representar judicialmente os entes públicos, desvinculando-o do Poder Executivo. Tal modificação, aliás, consagrou maior autonomia aos procuradores e promotores de justiça no exercício de suas funções.

Mesmo sob a influência desse novo panorama, a atuação judicial do Parquet, em sede de tutela coletiva, ainda é alvo de muita celeuma na doutrina e jurisprudência pátrias.

Um desses óbices é, com efeito, o tema do presente trabalho: a possibilidade de formação de litisconsórcio entre Ministérios Públicos Federal e Estadual na propositura de ação civil pública, quebrando-se a tradicional e permanente cultura do isolamento entre segmentos distintos do órgão ministerial.

Tal tema, além de ser extremamente atual, a sua escolha revelou-se assaz prazerosa, considerando-se as diversas polêmicas que o norteiam e, sobretudo, a dificuldade de confrontar os posicionamentos antagônicos e verificar em qual medida persiste e consiste a divergência.

2. Da legitimidade e atuação do parquet na ação civil pública

2.1 - Legitimidade ativa ordinária, extraordinária e autônoma

Inicialmente, é preciso considerar, sobretudo, a evolução da concepção individualista clássica e a existência de direitos transindividuais, para cuja defesa em juízo emerge a necessidade de adoção de mecanismos próprios, com a finalidade de assegurar a maximização de sua tutela e o tratamento uniforme do caso.

Nesse sentido, examina-se, por ora, a natureza jurídica da legitimidade do *Parquet* no ajuizamento de ação civil pública, seja isoladamente, seja em conjunto com membros de outro ramo do Ministério Público, assim como as razões e os efeitos decorrentes da adoção de cada uma das teorias que serão a seguir expostas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

É de conhecimento comum que a legitimidade *ad causam,* em teoria geral do processo, juntamente com o interesse de agir, constitui uma das condições da ação.

Na hipótese de não ser identificada esta pertinência subjetiva da ação, o magistrado não poderá apreciar o mérito da causa. Deverá determinar, inclusive de ofício, a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

Desta feita, embora se reconheça a existência formal de uma ação, uma vez consagrada a autonomia do direito de ação, não será possível proferir sentença de mérito, por não possuir o autor a condição de titular do direito material lesado, nos moldes da legitimação ordinária.

Ultrapassada essa delimitação inicial do tema em questão, faz-se necessário observar que a estrutura do processo civil clássica foi concebida sob uma ótica eminentemente individualista, conforme foi pontuado logo acima. Para estes casos, em que o titular do direito lesado é o próprio autor da ação, reconhece-se a legitimidade ordinária, com fulcro no art. 18 do CPC. E, ainda, em corrente mais restritiva defendida por Cândido Rangel Dinamarco, ao qual se reporta o autor Pedro Dinamarco (2001, p. 198), apenas teria legitimidade a parte se a sentença de mérito proferida lhe proporcionar alguma utilidade prática.

Entretanto, as condições da ação só podem subsistir na esfera individual, uma vez que

> *a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. 1988, p. 49-50)*

Em virtude dessa massificação dos conflitos sociais, Herman Benjamin (1995, p. 73) adverte que se faz necessária uma insurreição contra o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

processo tradicional, desde que esteja acompanhada por modificações no direito material, sob pena de se tornar inócua e prolongar as injustiças decorrentes do individualismo arcaico.

No que concerne à regra do *nul ne plaide par procureur*, de acordo com a qual a ninguém é dado, em nome próprio, demandar direito alheio, postulado do processo civil clássico, o autor ressalta o seu total descompasso em relação à realidade econômica e social observada no Século XX, deflagrando-se verdadeira crise no processo civil clássico; afinal

> *a massificação (mas não só ela) do conflito retira o litígio da esfera exclusiva dos diretamente envolvidos, publicizando-o, levando para o âmbito do público aquilo que anteriormente era monopólio do privado. Tais conflitos começam, então, a ser encarados sob o plano de seu ajuntamento (quantitativo e também qualitativo) e não mais sob a ótica de sua fragmentação subjetiva.(itálico no original) (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. 1995, p. 79)*

No entanto, alguns autores, a exemplo de Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini, mesmo antes da edição da Lei da Ação Civil Pública, conforme Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 196-197), defendiam que haveria uma legitimação ordinária das entidades civis para a defesa de direitos supraindividuais, desde que tais associações estivessem agindo em defesa de seus objetivos institucionais.

Embora tal corrente se restrinja às formações sociais, é possível identificar contemporaneamente autores que atribuem a legitimidade ordinária ao *Parquet* para a interposição de ação civil pública.

Segundo lição esclarecedora de Carlos Roberto de Castro Jatahy (2006, p. 256), este posicionamento é comungado por ele, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Antônio Cláudio da Costa Machado. Em sua opinião, ao promover a ação civil pública, o Ministério Público age em defesa do interesse público, do qual é titular, enquanto órgão do próprio Estado e da sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Ainda em defesa da legitimação ordinária, Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 123-124) ressalta, em primeiro lugar a condição de *res communes omnium* dos direitos difusos e, em razão deste fato, afirma que o Ministério Público tem interesse superlativamente qualificado em sua tutela, enquanto instituição co-legitimada.

O mencionado autor, ao relembrar ensinamento de J. J. Calmon de Passos, com o propósito de sustentar a sua tese, salienta que qualquer pessoa, física ou jurídica, desde que legitimada, poderá defender direito cuja apropriação é impossível ou quando é indistintamente fruído por todos, sem apropriação por um agente específico.

Ao meu sentir, os autores que advogam pela legitimidade ordinária do *Parquet*, ao fundamentar o seu raciocínio, buscaram adaptar as regras do processo civil clássico. Tal tentativa é, no entanto, infrutífera e não se mostra condizente com a essência legitimação ordinária, de acordo com a qual o titular do direito material poderá acionar o aparato jurisdicional para pleitear direito próprio.

Mesmo no caso do Ministério Público, não se pode observar a sua atuação tão somente pelo prisma da defesa do interesse público, ignorando-se que há sempre, por trás disso, pessoas físicas ou jurídicas que foram diretamente afetadas pelo ilícito e poderão, ainda que no bojo de uma ação individual, pleitear a reparação do dano. Nesta última hipótese, estará plenamente configurada a legitimidade ordinária.

Ademais, segundo Carvalho Filho (2009, p. 145), na hipótese de o Ministério Público defender, em juízo, direito institucional do órgão ou de seus membros, não se trataria, na verdade, de ação civil pública, uma vez que estaria ausente atributo essencial à sua qualificação como tal, qual seja, a transindividualidade do direito defendido ou, ao menos, a sua indisponibilidade.

A segunda corrente doutrinária aduz que o Ministério Público, ao promover a ação civil pública, atua em regime de substituição processual. A legitimação extraordinária do *Parquet* encontra diversos adeptos no cenário nacional[1], para os quais o Ministério Público, como autor da ação civil pública, defende, em nome próprio, direito de que não é titular.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Na verdade, estaria autorizado a exercer tal desiderato por meio do art. 5º da Lei nº 7.347/85, considerando-se que, no sistema processual, delineado no art. 18 do CPC, a legitimação extraordinária depende de expressa autorização legal. O legislador, portanto, ao atribuir a legitimidade ao *Parquet* desconsidera a titularidade do direito material vindicado em juízo.

A seu turno, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 144) sustenta que a finalidade da instituição não é compatível com a legitimação ordinária, razão pela qual importaria apenas a autorização legal para que o *Parquet* substitua processualmente os grupos titulares dos direitos lesados.

Tal sistemática representa um salto de qualidade se comparada com alegitimação ordinária, uma vez que dispensa cada indivíduo de, sozinho, propor ação em face de lesão decorrente de ofensa a direito transindividual.

O objetivo é, sem dúvida, tentar, gradativamente, superar as barreiras objetivas e subjetivas de acesso à justiça. Alerta, contudo, Herman Benjamin (1995, p. 86) que "quanto mais extenso, numeroso e heterogêneo o universo dos tutelados, quanto mais fluido o bem-base, mais difícil sua proteção judicial pelas vias processuais tradicionais".

Parte da doutrina, no entanto, aduz que a referência a "direito alheio", expressa no art. 18 do CPC excluiria a legitimação extraordinária nas hipóteses de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, em razão da indeterminabilidade dos ofendidos.

Quanto a esse ponto específico, Hugo Nigro Mazzilli (2009, p. 66) argumenta que, em se tratando de ação em defesa de direitos coletivos, em sentido estrito, haveria a pura soma de interesses individuais, de modo que é facultado a cada lesado defender seus direitos *uti singuli*.

No que concerne aos direitos difusos, ao contrário, o referido autor entende que o legitimado ativo estará em defesa de direitos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

compartilhados por cada um dos integrantes do grupo de indivíduos lesados, mesmo que tal interesse se encontre diluído na sociedade.

Por fim, há corrente doutrinária a sustentar a legitimação autônoma do Ministério Público, guiada por Nelson e Rosa Nery, para quem o instituto da substituição processual seria válido apenas para o processo civil individual, por meio do qual o legitimado substitui e defende, em nome próprio, direito de pessoa determinada. Nessa trilha, teceram o seguinte comentário:

> *os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir a coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do direito processual civil coletivo. (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 2004, p. 399)*

A legitimação autônoma para a condução do processo funda-se na indivisibilidade do objeto da relação jurídica quando estão em disputa direitos coletivos e difusos, compartilhados de modo equânime entre um número determinável ou indeterminável de pessoas.

Tal legitimação manifestar-se-ia, pelo que expuseram Nelson e Rosa Nery, apenas nas ações civis públicas que versem sobre direitos difusos e coletivos, de modo que, para a tutela de direitos individuais homogêneos, permaneceria a legitimação extraordinária.

A propósito, Marinoni e Arenhart (2009, p. 301) sustentam que as peculiaridades do processo coletivo impedem a aplicação indiscriminada das noções inerentes ao processo civil clássico, mesmo no que atine aos direitos individuais homogêneos. A perspectiva individualista consbustanciada na expressão "direito alheio", extraída do art. 18 do CPC[2] não pode ser transplantada para o processo coletivo.

> *A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2009, p. 301)*

O fato de ainda não se ter categorizado instituto diferente a se opor à legitimação autônoma não reduz a importância desta, tampouco lhe retira a validade. Pelo contrário, apenas reforça a necessidade de trazer um novo modelo que supere a tradicional dualidade entre legitimidade ordinária (direito próprio) e legitimidade extraordinária (direito alheio), ambas relacionadas à concepção individualista do processo civil clássico.

A legitimação autônoma, portanto, mostra-se mais consentânea com a sistemática do processo coletivo e com a necessidade de conferir amplo mecanismo de tutela aos legitimados.

1.2. Legitimidade concorrente e disjuntiva

Necessário é examinar se a legitimação concorrente e disjuntiva criaria obstáculos à atuação conjunta entre ramos diversos do Ministério Público.

Convém, inicialmente, registrar que a legitimação para a propositura de ação civil pública, de acordo com a doutrina pátria[3], é concorrente, na medida em que o art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC, expressamente, estabelecem mais de um ente legitimado, autorizando qualquer um deles a defender em juízo os direitos ou interesses coletivos, em sentido lato.

Alessandra Mendes Spalding (2006, p. 115) demonstra que todos os entes legitimados concorrem em igualdade para a propositura da ação.

Tanto é assim que a própria Constituição Federal, em seu art. 129, III, não admite, mesmo implicitamente, que o Ministério Público detenha legitimação privativa ou exclusiva para propor a ação civil pública, pelo que bem lembrou Hugo Mazzilli (2009, p. 333).

Também é considerada disjuntiva a legitimidade ativa na ação civil pública. Deste modo, todos os legitimados a promovê-la são considerados como a mesma pessoa. Assim, esclarece Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr (2009, p. 207) que cada co-legitimado poderá ajuizar a ação civil pública, independentemente da vontade dos demais e, caso algum co-legitimado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

queira ingressar em ação já proposta, admite-se a formação de litisconsórcio.

Em suma, por ser disjuntiva a legitimidade, admite-se a participação de todos os co-legitimados em litisconsórcio facultativo na ação civil pública, embora isso não se afigure essencial, como lembra João Batista de Almeida (2008, p. 262).

Em decorrência disto, se dois legitimados ajuízam, cada um, ação civil pública, com mesma causa de pedir e pedido, caberá ao magistrado reconhecer a litispendência[4] entre elas. O último efeito decorrente dessa característica é, resumidamente, o seguinte: se a ação civil pública foi julgada procedente, qualquer co-legitimado pode propor a sua execução; se improcedente, qualquer um dos entes poderá recorrer.

1.3. Do papel estratégico do Ministério Público na propositura de ação civil pública

Conforme adverte Hugo Nigro Mazzilli (2009, p. 325), quando foi editada a Lei da Ação Civil Pública, existiam muitas ressalvas quanto à atribuição de legitimidade ativa ao Ministério Público, com grande influência do pensamento de Mauro Cappelletti, à época, espelhando-se na pouca tradição cível do *Parquet* europeu.

A Constituição de 1988, porém, erigiu o Ministério Público à condição de instituição independente e essencial à prestação jurisdicional, atribuindo-lhe a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e o seu distanciamento em relação ao Poder Executivo.

Nesse sentido, Antônio Herman Benjamin (1995, p. 140-148) disserta sobre os avanços da atuação do *Parquet* na defesa do consumidor e do meio ambiente, destacando, sobretudo, a criação de promotorias especializadas, a aperfeiçoar o serviço prestado à sociedade.

Além de afirmar, peremptoriamente, que o Ministério Público é o órgão mais bem aparelhado para promover a tutela judicial de interesses supraindividuais, João Batista de Almeida (2008, p. 281-282) assinalou também que tal instituição atua, não apenas quando provocada, mas age inclusive de ofício, tão logo algum de seus membros tome conhecimento de fato enquadrado dentre os seus afazeres institucionais.

Caberia questionar, então, sobre a existência de uma possível legitimação prioritária conferida ao Ministério Público pela Lei nº 7.347/85.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Com esteio no ensinamento de Hely Lopes Meirelles, Carvalho Filho (2009, p. 146) ressalta que os arts. 6º[5] e 7º[6] da referida lei indicaram a instituição como destinatária de peças para instruir a ação e das representações efetuadas pelos servidores públicos e pela população, de um modo geral, sem mencionar quaisquer outros co-legitimados.

Tais dispositivos merecem ser severamente criticados, por conferir tratamento desigual aos entes legitimados, na medida em que apenas se referem ao Ministério Público como órgão destinatário, em primeiro lugar, das representações oferecidas por particulares e servidores públicos, assim como dos ofícios encaminhados por magistrados a noticiar eventuais ilicitudes detectadas no exercício de suas funções.

Ainda que se reconheça a proeminência do Ministério Público, não há qualquer justificativa plausível para este discrímen legal, desfavoreçando, sobretudo, as associações civis, as quais, em virtude da sua especialidade em determinada temática, teriam condições suficientes para ajuizar a ação civil pública, tal qual faria o Ministério Público. Há que ser feita, portanto, uma interpretação extensiva de tais dispositivos, a fim de beneficiar igualmente os demais legitimados com as prerrogativas neles previstas.

Por outro lado, a atribuição de legitimidade exclusiva ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública, assim como ocorre em Portugal, consoante doutrina de Inacio de Carvalho (2005, p. 69-70), não seria desejável, por configurar uma verdadeira distorção da realidade. Afinal, não se poderia desconsiderar que, nas ações coletivas, se mostra necessária a participação espontânea da sociedade, por meio de um processo de reivindicação de seus próprios interesses e anseios.

Nesse ínterim, Marilena Lazzarini (2006, p. 159-160) reforça o objetivo de fortalecer a sociedade civil organizada, cujos membros possuam conhecimento técnico, independência e isenção para se contrapor, em condições de igualdade, ao réu. A autora destaca o papel do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), ao propor cerca de 260 ações civis públicas. Adverte, contudo, que mais da metade delas foi extinta sem apreciação do mérito pelo Judiciário.

7. Conclusão

Por todo o exposto, urge reconhecer que as premissas individualistas fixadas no Código de Processo Civil, por meio da legitimidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

extraordinária, revelam-se, pois, inadequadas e insuficientes para conferir legitimidade aos entes arrolados na Lei nº 7.347/85, porquanto o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, já que não se pode identificar o titular desse direito, dada a sua transindividualidade.

Trata-se, portanto, de legitimação autônoma porque a Lei da Ação Civil Pública, considerando a inevitável distorção do sistema de processo coletivo caso cada um dos titulares do direito lesado decidisse ajuizar ação individual e as dificuldades práticas disso decorrentes, determinou aos entes legitimados a incumbência de defender os direitos coletivos, conduzindo a relação jurídico-processual.

Nesse quadro, não se questiona que o Ministério Público detém o melhor aparelhamento estrutural e membros altamente capacitados; é imprescindível, porém, aprimorar os mecanismos de participação social, estimulando o espírito associativista e a capacidade de organizações civis litigarem em juízo, sem que sejam levadas ao descrédito.

Ao analisar a legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos supraindividuais, Nelson Nery (1996, p. 357) ressalta a tendência legislativa no sentido de ampliar a legitimidade não apenas do *Parquet*, mas também dos demais co-legitimados, alargando sempre que possível e necessário a tutela dos direitos metaindividuais.

Por último, relevante trazer à baila os dados publicados por Mazzilli, para que se tenha uma breve noção, não obstante as peculiaridades subsistentes em cada Estado, da atuação do Ministério Público na propositura de ação civil pública, se comparado com outros co-legitimados:

> *Em outubro de 2002, na área de interesses transindividuais, o Ministério Público paulista recebeu 955 representações, das quais arquivou 151; tinha em andamento 4.586 protocolados, 11.786 procedimentos preparatórios, 7.709 inquéritos civis; celebrou 240 compromissos de ajustamento. Das ações civis públicas em andamento, 8.643 eram de sua iniciativa, enquanto que apenas 842 tinham sido ajuizadas por terceiros – ou seja, 91,12% de ações a cargo do Ministério Público e 8,88% de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

ações movidas pelas co-legitimados (DOE, Seç. I, 27-02-03).(MAZZILLI, Hugo Nigro. 2009, p. 331)

8. Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor.** In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Manual de processo coletivo.** Curitiba: Juruá, 2005.

DIDER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processo civil. Processo Coletivo**. vol. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 7. ed. rev, atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

LAZZARINI, Marilena. **As investidas contra as ações civis públicas.** In: LUCON, Paulo Henrique Santos (coord.). **Tutela Coletiva** – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos Especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 5.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson. **O Ministério Público e as ações coletivas.** In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de publicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade ativa nas ações coletivas.** Curitiba: Juruá, 2006.

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

NOTAS:

[1] Dentre os adeptos da legitimação extraordinária, é possível mencionar os seguintes autores: Teori Albino Zavascki (2011, p. 63-64), Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 202), Hugo Nigro Mazzilli

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(2009, p. 67), José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 124), Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 204) e Emerson Garcia (2008, p. 295).

[2] Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

[3] Dentre as obras pesquisadas para a elaboração do presente trabalho, mencionaram sobre a classificação em comento João Batista de Almeida (2008, p. 262), Alessandra Mendes Spalding (2006, p. 115-116), Hugo Nigro Mazzilli (2009, p. 332-334), Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 206), Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 110), Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 206-207).

[5] Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

[6] Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

CHANANDA MARCHINI HERREIRO: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

AILTON NOSSA MENDONÇA

(Orientador)

RESUMO: A conciliação e a mediação se constituem na solução de conflitos, e são capazes de evitar a chegada da demanda a um juiz para conseguir promover a paz. Estes institutos trazem novas formas para disseminar o diálogo e a pacificação social. Ambas têm se caracterizado como métodos eficazes na concretização da harmonia social por meio da solução pacífica das controvérsias, atendendo assim, aos valores que norteiam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O acordo consensual resultado do ajuste entre a vontade das partes em conflito tem elevada parcela de contribuição para a pacificação social, abrangendo diversos benefícios, tais como a celeridade no procedimento, a diminuição do desgaste emocional dos conflitantes e a redução do custo financeiro. As explanações aqui apresentadas foram baseadas na Resolução 125/2010 do CNJ e em estudos bibliográficos de diferentes autores.

Palavras-chave: Alternativa, Mediação, Conciliação.

ABSTRACT: Conciliation and mediation are the solution of conflicts, and they are able to prevent the arrival of a judge's request to promote peace. These institutes bring new ways to spread dialogue and social peace. Both have been characterized as effective methods in the realization of social harmony through the peaceful settlement of disputes, thus meeting the values that guide the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The consensual agreement resulting from the adjustment between the will of the conflicting parties has a high share of contribution to social peace, encompassing several benefits, such as speed in the procedure, reduction of the emotional exhaustion of the conflicting ones and reduction

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

of the financial cost. The explanations presented here were based on CNJ Resolution 125/2010 and on bibliographic studies of different authors.

Keywords: Alternative, Mediation, Conciliation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO5 1. A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS6 2. RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ8 3. DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO10 4. AUDIÊNCIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 201511 5. DOS CONCILIADORES E MEDIADORES13 6. SESSÃO DE ABERTURA E TÉCNICAS USADAS13 CONSIDERAÇÕES FINAIS6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS18

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca trazer brevemente a importância das audiências de Conciliação e Mediação para a resolução de conflitos.

Quebrando a cultura do litígio, as audiências em foco trazem em grande nível de importância social, a possibilidade das partes que estejam vivendo um momento de desacordo de opiniões e sentimentos, atuarem como *"juízes"* de suas próprias vidas nesse momento.

Totalmente distante da Jurisdição, as audiências de conciliação e mediação, são resolvidas pelas próprias partes, com ajuda de um terceiro imparcial que apenas facilitará o diálogo para a melhor solução do conflito existente.

O objetivo deste artigo é trazer um pouco de conhecimento sobre o procedimento e as diferenças que regem o assunto.

O tema foi escolhido por acreditar que o diálogo e a escuta ainda são as melhores maneiras de resolvermos nossos conflitos e então trazer um pouco mais de conhecimento da importância e validade destes dois institutos que só vieram somar no âmbito jurídico.

1. A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Apesar de a mediação ser atividade inerente ao convívio social e, por isso, ancestral, sua profissionalização é um fenômeno extremamente recente, sobretudo no Brasil.

Até o final do século passado, não somente a mediação, mas todos os chamados métodos alternativos de solução de conflitos eram pouco difundidos em nosso país. As arbitragens eram raríssimas e, normalmente, internacionais. As sessões de conciliação, que nem mereciam ser chamadas de mediação, eram encaradas como simples etapa burocrática do processo judicial, mera audiência, onde o próprio juiz (ou algum serventuário por ele designado) indagava, despretensiosamente, se as partes tinham interesse em fazer um acordo, ao invés de dar continuidade ao litígio. Praticamente todos os conflitos no Brasil eram jurisdicionais.

Nos últimos 30 anos, porém, o país mudou muito, não apenas a população e a economia brasileira cresceram nas últimas décadas, como também, após a restauração do estado de Direito no fim da década de 80 (depois de várias décadas sob regime ditatorial militar), o próprio sistema jurídico brasileiro passou a ser, como um todo, profundamente renovado. Aprovamos uma nova Constituição, um novo Código de processo Civil, entre diversos outros novos marcos regulatórios.

Nesse cenário de crescimento social e econômico e de mudanças, o Poder Judiciário brasileiro tornou-se absolutamente congestionado. Passou a levar 10, 20, ou até 30 anos para decidir uma disputa. Em 2015, por exemplo, de acordo com o Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, existiam aproximadamente 102 milhões de casos pendentes em nossos tribunais – o que representa mais ou menos 1 para cada 2 brasileiros. O Poder Judiciário brasileiro tornou-se, na prática, absolutamente incapaz de fazer face ao número excessivo de casos que passaram a nele aportar a cada ano.

Em meados da década de 90, foi dado um importante passo na busca de alternativas para superar a crise da Justiça, com a aprovação da Lei da Arbitragem. Naquela época, porém, como se sabe, a constitucionalidade de tal diploma chegou a ser questionada, receando-se restrição ao direito fundamental de acesso à Justiça previsto na Constituição. Apenas em 2001,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

o STF reconheceu, definitivamente, a constitucionalidade da nova legislação.

Foi apenas nesse início de século, portanto, que a arbitragem passou a se difundir no Brasil, dando início, paulatinamente, à mudança da mentalidade que imperava no país, segundo a qual o reconhecimento e a concretização do direito só se dão por meios judiciais.

Beneficiando-se de uma abordagem favorável das cortes brasileiras e do desenvolvimento de uma comunidade de experts na área, a arbitragem é hoje, no Brasil, largamente utilizada para solucionar conflitos de naturezas diversas, notadamente disputas comerciais complexas. Muitas câmaras privadas de arbitragem foram criadas no país e o mercado de trabalho para profissionais, advogados e árbitros, sofreu e vem sofrendo até hoje, uma enorme expansão.

Entretanto, o problema da crise de acesso à justiça, evidentemente, não seria, como efetivamente não foi, solucionado apenas através da arbitragem. Apesar de ter sido uma experiência importante, um verdadeiro divisor de águas, os tribunais brasileiros ainda não conseguem atender às necessidades da crescente e complexa estrutura econômica e social do país.

De acordo com o já citado Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, em 2015, o acervo de processos continuava aumentando. Nos últimos anos, o número de processos no Brasil, que já era enorme, aumentou 19,4%. Nesse cenário, concluiu o relatório textualmente:

> "Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque" (Justiça em Números 2016 – Relatório Analítico, p.42)

A crise no Poder Judiciário nos levou a reconhecer que precisamos superar a cultura do litígio (seja ele judicial ou arbitral) e fortalecer mecanismos consensuais de resolução de disputas, notadamente a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

mediação e a conciliação. Em outras palavras, nos fez reconhecer que, para dar efetividade ao direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), na acepção de acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas, precisamos superar a cultura do litígio e substituí-la pela cultura do diálogo e da negociação.

Foi assim que, num primeiro momento, em meados de 2006, foi instituído pelo Conselho Nacional de Justiça o Movimento para a Conciliação, que organizou mutirões de autocomposição dos conflitos nos diversos tribunais. Pouco tempo depois, o CNJ deu um passo ainda maior: concebeu a chamada Política Púbica de Resolução Apropriada de Disputas, que restou espelhada na resolução nº 125/2010.

O conselho Nacional de Justiça tem, assim, buscado implementar no Brasil um sistema público de conciliação e mediação, em moldes similares aos já existentes em outros países, dando ênfase às técnicas e ao procedimento a ser seguido nas sessões. Também tem buscado cuidar do treinamento dos mediadores, exigindo que os profissionais cadastrados passem por um rigoroso treinamento, teórico e prático, em técnicas de negociação e mediação.

Após a adoção dessa política pública no âmbito do Poder Judiciário, o Poder Legislativo também passou a prestigiar a mediação e a conciliação, aprovando dois diplomas importantíssimos nos últimos anos.

O primeiro deles foi o Novo Código de Processo Civil, que prestigiou política de incentivo à autocomposição, que já vinha sendo adotada. O segundo foi a Lei da Mediação, Lei nº 13.140 de 2015, que disciplinou a mediação entre particulares e também a autocomposição dos conflitos que envolvam entes públicos.

Esses dois novos diplomas legais, aliados às práticas que já estavam sendo conduzidas nos últimos anos, deram o impulso que faltava para a implementação da cultura da mediação do Brasil.

2. RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A Resolução foi criada com intuito de estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas adotadas pelos Tribunais para tratamento adequado para conflitos de interesses por meios autocompositivos e meios heterocompositivos. Por meio desta Resolução, o Conselho Nacional de Justiça, reconheceu que a mediação e a conciliação são instrumentos efetivos de pacificação social e de solução de prevenção de litígios, cuja implantação tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos e a quantidade de recursos e processos em execução.

A mesma, foi objeto de atualização em 31/01/2013, assegurando, expressamente, a todos, o direito de solução das controvérsias por meios adequados à respectiva natureza e peculiaridade, devendo os órgãos judiciais, ofertarem instrumentos de composição especiais chamados meios consensuais como a mediação e conciliação, bem como atendimento e orientação ao cidadão.

Em seu artigo 8º preceitua a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, devendo também os Tribunais instalarem Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os chamados CEJUSC´S.

Além da boa qualidade dos serviços e da disseminação da cultura de pacificação social, objetiva a formação e treinamentos apropriados de servidores, conciliadores e mediadores em uma rede entre órgãos do Poder Judiciário e entidades públicas e privadas parceira, inclusive Universidades e Instituições de Ensino. No livro A Resolução nº125 do CNJ E o Papel do Terceiro Conciliador e Mediador na sua Efetivação, os autores fazem a seguinte observação:

> "É importante atentar para as atribuições dos Centros, os quais serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão" (Fabiana Marion Spingller e Theobaldo Spingller Net, 2003, p.87)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O artigo 12º traz que nesses Centros só serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados por cursos que serão realizados pelos Tribunais. Esses cursos deverão observar as diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ, devendo os participantes necessariamente passar por estagio supervisionado para a conclusão e emissão dos certificados.

3. DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Apesar de muitos acharem que Mediação e Conciliação é de fato a mesma coisa, por buscarem o mesmo resultado, ambas carregam consigo diferentes maneiras de serem executadas.

A Conciliação não é um procedimento exclusivo, embora possa ser feito um procedimento só com essa finalidade, mas em geral, a Conciliação é combinada com outros procedimentos. Um procedimento judicial por exemplo, onde se ingressa com uma ação na justiça, praticamente em todos os processos haverá uma fase em que o Juiz irá tentar conciliar as partes através de uma audiência de Conciliação ou utilizando mutirões de Conciliação organizados e realizados pelos Tribunais de Justiça, atendendo estímulo do Conselho Nacional de Justiça.

Na Conciliação, um terceiro que é chamado de Conciliador, deverá imparcialmente tentar promover o entendimento das partes, intermediando a situação, dando oportunidade de cada um expor sua versão, procurando enxergar a distância do desejo de uma parte com o desejo da outra, e a partir daí tentar uma aproximação entre elas, expondo os possíveis benefícios que a Conciliação pode trazer, como por exemplo, o encerramento imediato daquela disputa, diminuindo, portanto, o tempo de resolução, os gastos que terão caso não seja solucionado desta forma e fazendo cada parte refletir sobre os custos, benefícios e malefícios que cada um terá, caso o processo prossiga para decisão judicial.

Será um momento onde cada um deverá estar disposto para ceder àquilo que deseja originalmente e aproximar de uma zona mediana, que seja satisfatória para todos.

Já a Mediação, que também é conduzida por um terceiro imparcial, aqui chamado de Mediador, diferentemente da Conciliação, em que é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

necessário um esforço do Conciliador para tentar a aproximação das partes, acabando muitas vezes por esse motivo dando algumas sugestões de solução do problema, passando a ser o coautor daquele acordo caso exitoso, na Mediação o terceiro não deverá sugerir nenhuma solução. Na Mediação ele apenas fará o papel de facilitador, fazendo com que cada parte veja o ponto de vista do outro, entendendo os prós e contras, estabelecendo uma ideia, um sentimento de que a solução ideal para o caso é uma solução equilibrada, que represente um valor de justiça para todos. O mediador deverá ir e vir na posição contrária, refletindo junto com as partes, os ângulos, argumentos, elementos de prova, sofrimentos e tudo mais que cada lado vive, criando assim uma zona de aproximação entre elas, desenvolvendo um espírito diferente, de solidariedade, buscando a reflexão de cada um sobre o quão bom é uma solução pacífica.

Resumidamente, a Conciliação resulta em um acordo, que não necessariamente colocará este conflito no plano sentimental, encerrando assim apenas uma disputa. Na Mediação a disputa também será encerrada, porém encerra-se, sobretudo, e inclusive, no plano do sentimento, ou seja, as partes voltarão aos seus lares, empresas, com pensamentos e sentimentos de uma solução acertada, pautada no restabelecimento do diálogo, na paz, boa para todos.

A Conciliação resolve o conflito no seu plano formal, enquanto a Mediação resolve o conflito no seu plano essencial, indo a fundo à matéria, *"curando"* o problema.

Portanto, nas relações que são duradouras, onde há laços, vínculos e convívio entre as partes o melhor caminho é a Mediação. No livro *"Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas"* o autor nos esclarece:

> "Há modelos focados no acordo e modelos focados na relação. Os modelos focados no acordo (mediação satisfativa e conciliação) priorizam o problema concreto e buscam o acordo. Os modelos focados na relação (circular, narrativo e transformativo) priorizam a transformação do padrão relacional, por meio da comunicação, da apropriação

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> e do reconhecimento" (VASCONCELLOS, Carlos Eduardo de, p. 124).

4. AUDIÊNCIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Procurando infundir a cultura da pacificação entre os protagonistas do processo, o Código de Processo Civil de 2015, em inúmeros preceitos, estimula a autocomposição. Dispõe, com efeito, no parágrafo 2º do artigo 3º que:

> "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos".

No artigo 334 do CPC, encontramos o procedimento da audiência de conciliação ou de mediação, que poderá ser realizada por meio eletrônico. Vejamos:

- Após a distribuição da petição inicial, o Juiz designará a audiência de Conciliação ou Mediação, no prazo de 30 dias, determinando a citação do réu que deverá ser cientificado com prazo mínimo de 20 dias antes da data da audiência;
- A audiência será conduzida por um terceiro imparcial, que deverá observar o disposto no Código de Processo Civil e na lei de organização judiciária;
- Se necessário para a composição das partes, será possível a realização de mais de uma sessão de conciliação ou mediação, não podendo exceder a 2 meses da data de realização da primeira sessão;
- A audiência poderá não ser realizada em casos em que as partes não tiverem interesse na composição consensual, devendo o autor indicar expressamente o desinteresse na petição inicial, e o réu, por petição simples apresentada 10 dias antes da data da audiência. Havendo interesse de apenas uma das partes a audiência deverá obrigatoriamente ser realizada. Também será possível a não realização da audiência, em casos que não se admitir a autocomposição;
- A ausência injustificada na audiência, custará ao ausente multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

será revertida em favor da União ou do Estado, além de ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça;

- É obrigatório o acompanhamento de advogados constituídos pelas partes ou defensores públicos;
- A autocomposição exitosa deverá ser reduzida a termo e homologada por sentença pelo Juiz competente.

5. DOS CONCILIADORES E MEDIADORES

O Código de Processo Civil, em seus artigos 165 a 175, estabelece parâmetros para atuação dos conciliadores e mediadores judiciais, dentre os quais, por entender relevante, destaca-se no presente trabalho que as partes, caso queiram, e de comum acordo, poderão escolher o conciliador ou o mediador para atuar em suas audiências (art. 168), mas lembrando que, igualmente, deverá ser respeitado o prazo mínimo de 20 minutos entre uma audiência e outra.

Todavia, o conciliador e o mediador não poderão, estando impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes envolvidas (art. 172).

Embora esteja estabelecido que o conciliador e o mediador podem atuar voluntariamente, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal (art. 169, § 1°), há a previsão de remuneração a ser fixada em tabela do Tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 169, caput).

Por fim, por serem auxiliares da justiça, nos termos do inciso II do artigo 148 do CPC, aos conciliadores e mediadores são aplicáveis as causas de impedimento e suspeição dispostas nos artigos 144 e 145, respectivamente.

6. SESSÃO DE ABERTURA E TÉCNICAS USADAS

A sessão de abertura é um momento importante na primeira reunião do mediador/conciliador com as partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Em primeiro lugar, o conciliador ou o mediador irá se apresentar e explicar brevemente o seu papel durante todo o percurso em busca da solução do conflito, registrando que não lhe cabe julgar ou impor a solução ao caso, mas, sim, apenas facilitar o diálogo entre as partes, de maneira imparcial, lhes ajudando a expressarem suas metas e interesses.

O conciliador ou o mediador, aproveitará o momento também para fazer breve apresentação sobre as etapas do processo, sobre as características e regras, deixando as partes mais confortáveis para participar da audiência. Deve também registrar que o procedimento é confidencial de modo que nenhum aspecto que for ali tratado poderá ser revelado pelas partes ou por ele, e que, inclusive, lei lhe proíbe de servir de testemunha às partes, salvo, se houver risco ou efetiva prática de crime violento por qualquer uma delas.

Há possibilidade de serem realizados quantos encontros (sessões) forem necessários para a solução do conflito. Alguns casos são resolvidos em apenas uma sessão, outros demandam mais tempo. As sessões sempre iniciarão com a presença de todas as partes, porém, havendo necessidade, será possível a realização de sessões individuais caso o conciliador/mediador perceba que a parte ficará mais à vontade para se expressar, evitando, assim, que a pessoa (uma das partes) fique inibida na frente da outra.

Durante essas sessões o conciliador/mediador fará uso de diversas técnicas e ferramentas que facilitarão o diálogo entre as partes, o que é essencial para o sucesso do procedimento. Veremos as mais utilizadas:

1) **Rapport:** atitude em que o conciliador/mediador buscará criar empatia entre as partes, mostrando que está ali para ouvi-las e que serão compreendidas e respeitadas igualmente;

2) **Comunicação acessível e linguagem neutra:** como uma forma de aproximar as partes, o vocabulário usado nas sessões deve ser acessível a todos. É comum no meio judiciário o uso de expressões complexas e jargões, o que não deverá acontecer, muito menos conotações de arrogância, autoridade ou negatividade;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3) **Valorização de sentimentos:** os sentimentos e anseios das partes deverão ser valorizados pelo conciliador/mediador, fazendo com que se sintam reconhecidos e importantes individualmente;

4) **Perguntas informativas:** todas as perguntas deverão ser feitas com o máximo de cautela, porém, perguntas bem elaboradas e feitas no momento adequado poderão dar informações importantes ao facilitador e até mesmo às partes que poderão entender e refletir sobre o ponto de vista do outro, intuindo-os de qual a melhor decisão a tomar;

5) **Audição de propostas implícitas:** por vezes, as partes apresentam propostas de soluções sem perceberem. Neste momento o facilitador deverá estar atento e mostrar para as partes de maneira sutil que elas, no mais profundo e íntimo do seu ser, já sabem como resolver o conflito;

6) **Afago:** é importante o conciliador/mediador reconhecer e dar uma resposta positiva a um comportamento produtivo da(s) parte(s) ou até mesmo seus (s) advogados. Isso irá trazer conforto, segurança e bem estar;

7) **Silêncio:** em vários momentos da vida, nas sessões o silêncio poderá ser a melhor reação. O silêncio após uma fala, poderá fazer as partes refletirem sobre o que foi dito e se necessário ponderarem melhor antes de responder alguma indagação. Gera um desconforto positivo, capaz de mudar os rumos do conflito.

Os exemplos supracitados são apenas de caráter exemplificativo e percebido através dos estudos feitos para o presente trabalho, por serem as mais utilizadas e de melhor efeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, vislumbra-se no país a consolidação de um sistema público de autocomposição de disputas – principalmente no âmbito dos CEJUSC´S, para a solução das questões que rotineiramente aportam nos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

tribunais. Paralelamente, também se verifica a ampliação das mediações privadas, com mediadores e institutos particulares cada dia mais sendo procurados para a solução das questões mais complexas e especializadas.

Entretanto, ainda há muito o que ser desenvolvido nesta área e os desafios não são poucos. A mudança de cultura ainda precisa, em primeiro lugar, de tempo até ser sedimentada. É imprescindível também, em segundo lugar, o treinamento de profissionais competentes e habilitados para atuarem na área e, por fim, em terceiro lugar, é necessária a difusão do conhecimento acerca dos métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente entre os advogados, para que todos possam vislumbrar a mediação e a conciliação como uma nova ferramenta – ainda mais eficaz, muitas vezes – de satisfação dos interesses de seus clientes.

Neste ponto é importante ressaltar que a popularização da cultura da mediação, na verdade, cria um novo mercado de trabalho para os advogados: estes poderão atuar, também, como mediadores ou assessorar seus clientes em demandas que não sejam submetidas ao Judiciário. O advogado deve vislumbrar que as vantagens dos procedimentos, como economia de tempo e financeira, não se aplicam só as partes, mas também aos próprios patronos. Estes não apenas aumentarão seu leque de opções de serviços, como aumentarão seu fluxo de trabalho, uma vez que estes procedimentos são muito mais céleres e eficazes.

Na verdade, a mediação não afasta a necessidade de atuação do advogado. Muito pelo contrário: a presença dos patronos das partes no curso do procedimento é imprescindível para que se obtenha um acordo justo e apropriado.

As mediações são também, naturalmente, um bom mercado de trabalho para o advogado que deseja atuar como mediador, bastando que se capacite para tanto. Para os advogados empreendedores também se vislumbra um espaço para investimentos ou para estabelecimento de parcerias com institutos que estão se disseminando no país, sem falar que existe o mercado de trabalho no âmbito da difusão do conhecimento das técnicas e da cultura da mediação, já que o país tem necessidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

preparar a geração inteira de mediadores e de profissionais capazes de assessorar seu cliente, de forma eficaz, num processo de mediação.

Essa conscientização é paulatina e já está ocorrendo. Muito embora estejamos no início de uma mudança geral de comportamento, é visível a rápida evolução do instituto no Brasil.

Quem viu a arbitragem nascer e se desenvolver no país, com enorme velocidade e pouca resistência, acredita que o mesmo acontecerá com a mediação, cujo uso deverá evoluir em progressões geométricas nos próximos anos.

Em que pese a existência de diversos obstáculos a serem superados, a mediação no Brasil, ainda que esteja em seus passos iniciais, por já contar com muitos profissionais engajados e informados, é tendência que se consolida mais e mais a cada dia. Tudo isso, somado à exitosa experiência de outros países, não deixa dúvidas de que seguiremos o mesmo caminho.

Acreditamos, assim, que também aqui no Brasil assistiremos uma verdadeira evolução no âmbito da resolução de conflitos por meio dos institutos da conciliação e mediação, que vai beneficiar o país e criar um novo mercado de trabalho, notadamente para os advogados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SPINGLLER, FABIANA MARION; NETO, THEOBALDO SPINGLLER. **A Resolução nº125 do CNJ E o Papel do Terceiro Conciliador e Mediador na sua Efetivação.** 1°. Ed. Multideia: Curitiba/PR, 2013**.** p. 87.

VASCONCELOS, CARLOS EDUARDO DE. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** 5°. Ed. Método. 2017. p.124.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico**. Revista Justiça em Números, Brasília: CNJ, 2017. p. 42.

PRESIDÊNCIA. **Resolução nº 125/2010.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

A APLICABILIDADE DA LEI SECA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

LÚCIO FLÁVIO COSTA BEZERRA JÚNIOR: Bacharelando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA

(Orientadora)[1]

RESUMO: Atualmente, a Lei n° 12.760/12, popularmente rotulada como *"Nova Lei Seca"*, é um tema bastante discutido, principalmente no que tange sua aplicabilidade em face do Art. 306 da lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). No entanto, com o elevado número de acidentes ocorridos e em muitos casos com vítimas fatais devido à ingestão de bebida alcóolica pelo motorista, vislumbrou-se a necessidade de reformular o artigo 306 do código de trânsito brasileiro, pois em sua redação anterior apresentava lacunas que produziam fracassos, uma vez que o estado de embriaguez só podia ser constatado pelo uso do bafômetro ou então realizando o exame de sangue. Ao final deste trabalho, podemos concluir que a eficácia do novo tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro foi alcançada com a criação da Lei n° 12.760/12 e a Resolução 432/13 do Contran, haja vista a inclusão de novos meios de prova admitidos com o fito de comprovar a alteração da capacidade psicomotora do condutor de veículo automotor. Nos dias atuais para que haja comprovação do crime do art.306, o agente de trânsito pode se utilizar de vários meios de prova conforme foi supracitado, tendo como parâmetro não só a Lei n° 12.760/12 como também a Resolução 432/13 do CONTRAN.

PALAVRAS-CHAVE: Trânsito – Lei Seca – Lei n° 12.760/12

ABSTRACT: Currently, Law No. 12,760 / 12, popularly labeled "New Dry Law", is a much discussed topic, mainly its applicability in the face of Art. 306 of Law 9,503 / 97 (Brazilian Traffic Code). However, due to the high number of accidents that occurred and in many cases fatalities due to alcohol consumption by the driver, it was necessary to reformulate article 306 of the Brazilian traffic code. produced failures, since the drunken state

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

could only be verified by the use of the breathalyzer or by performing a blood test. At the end of this paper, we can conclude that the effectiveness of the new criminal type of art. 306 of the Brazilian Traffic Code was reached with the creation of Law 12.760 / 12 and Contran Resolution 432/13, in view of the inclusion of new means of evidence admitted with the purpose of proving the alteration of the driver's psychomotor capacity vehicle. In the present days, in order to prove the crime of art. 306, the agent of transit may use various means of proof as mentioned above, having as a parameter not only Law 12.760 / 12 but also Resolution 432/13 of the CONTRAN.

KEYWORDS: Traffic - Lei Seca - Law n. 12.760/2

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a Lei n° 12.760/12, popularmente rotulada como *"Nova Lei Seca"*, é um tema bastante discutido, principalmente no que tange sua aplicabilidade em face do art. 306 da Lei n° 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

A Lei seca traz em seu enredo controvérsias quanto a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico, bem como questões referente à alteração da avaliação da capacidade psicomotora bem como as formas e sua comprovação, à aplicabilidade da lei nas infrações e nos crimes cometidos por condutores que dirigem sob influência de álcool e à sua plena capacidade psicomotora.

No entanto, com o elevado número de acidentes ocorridos em todo o território nacional, inclusive no estado do Tocantins, em muitos casos com vítimas fatais devido à ingestão de bebida alcóolica pelo motorista, vislumbrou-se a necessidade de reformular o artigo 306 do código de trânsito brasileiro, pois em sua redação anterior apresentava lacunas que produziam fracassos, uma vez que o estado de embriaguez só podia ser constatado pelo uso do bafômetro ou então realizando o exame de sangue.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que não foi preceituada a forma que seria realizada os testes para que se verificasse o quantidade de álcool ou outra substância psicoativa no organismo da pessoa, ou seja, os legisladores não se atentaram para que se o agente infrator recusa-se a realizar o teste ele não seria obrigado a fazê-lo, obedecendo o que estabelece a Constituição Federal em seu artigo 5°, LXIII, ninguém é obrigado a produzir provas contra si , com a nova lei colocaram parâmetros mais precisos de aferição e outro meios de atestar a embriaguez.

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro deu autonomia aos julgadores aplicarem com mais transparência a lei ao crime em questão, sem que fosse necessária a demonstração da situação do risco sofrido pelo bem jurídico penal protegido, o que há de ser levado em consideração é o fato de apenas o indivíduo estar realizando manobras desnecessárias no trânsito o mesmo já estaria incorrendo em crime.

2 A NOVA LEI SECA (LEI N° 12.760/2012)

2.1 A PROMULGAÇÃO

A Lei n° 12.760/12, também conhecida como *"Nova Lei Seca"*, entrou em vigor em 20 de dezembro de 2015, alterando alguns artigos da Lei n° 9.503/1997, o Código de Trânsito Brasileiro (Código de Trânsito Brasileiro). Os artigos que sofreram modificações foram os 165, 262, 276, 277 e 306. Trata-se de uma mudança que visa ampliar os meios de provas, para constatar a embriaguez do indivíduo que bebe e dirige, e daquele que está sobre efeito de alguma substância psicoativa. Outra grande alteração foi o valor da multa administrativa, que poderá ser mais cara ainda em casos de reincidência, o que a antiga lei não permitia.

Com advento da Nova Lei Seca, os meios de prova do nível alcoolemia do motorista embriagado ficaram bem mais amplos. Anteriormente o condutor tinha todo domínio da situação, recusando-se a fazer o teste do bafômetro ou de sangue, deixando o Estado de mãos atadas, não conseguido provar a materialidade do crime. A nova lei agora permite provar a embriaguez ao volante, com quaisquer meios de prova em direito admitidos, além dos que já eram permitidos, agora é possível provar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

através de vídeos, perícia e até mesmo por testemunhas, mas sempre devendo respeitar o direito a contraprova (ARAÚJO, 2016).

Talvez um dos principais motivos da promulgação dessa nova lei, foi a cobrança da sociedade de uma lei mais rígida e mais eficaz, tentando "remendar" a antiga legislação, pois a antiga lei (Lei n° 11705/2008) continha algumas brechas, deixando de punir aquele que insistia em transgredi-la, assim aumentando a sensação de impunidade por toda população, já que o número de vítimas continuava crescendo.

A infração ao artigo 165, se refere a infração administrativa, ocorrendo quando o infrator apresentar qualquer concentração de álcool por litro de sangue, já no exame do etilômetro, a concentração de álcool por litro de ar alveolar expirado tem que ser igual o superior a 0,05 miligramas, ou basta a comprovação de sinais de alteração da capacidade psicomotora do condutor. O motorista que for pego nesse estado, terá sua carteira recolhida, suspensão do direito de dirigir por 12 meses, retenção do veículo e pagar uma multa.

O crime cometido pelo o artigo 306 da referida lei é configurado nos casos em que o condutor apresenta uma taxa de concentração igual ou superior a 0,34 miligramas de álcool por litro alveolar expirado ou uma taxa de 0,6 gramas de álcool por litro de sangue, os sinais de alteração da capacidade psicomotora também vale como prova. Diferente da pena administrativa, o condutor que for encontrado nesse estado poderá pegar uma pena de 6 meses a 3 anos de detenção, além de multa, suspensão ou proibição de se obter carteira de motorista.

Em 23 de janeiro de 2015, a Resolução 432 foi promulgada, estabelecendo critérios quantitativos para aplicação da Lei n° 12.760/12, delimitando alguns dos procedimentos a ser adotado pelas autoridades policiais ao abordar alguém suspeito de estar dirigindo embriagado ou sobre efeito de alguma outra substância que altere a capacidade psicoativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2.2 ANÁLISE PANORÂMAICA: PRINCIPAIS MUDANÇAS COM O ADVENTO DA NOVA LEI

A lei torna mais rígida a punição para motoristas que dirigem álcoolizados, resolvendo lacuna da anterior, permitindo que sejam utilizados outros meios, além do bafômetro, para comprovar a embriaguez ao volante, possibilitando que vídeos, relatos, testemunhas e outras provas sejam consideradas válidas contra os motoristas embriagados (CABETTE, 2013).

Antes o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro tinha a seguinte redação:

> Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Passando a vigorar a seguinte redação:

> Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Com isso, o limite de álcool passou a ser uma das formas de se comprovar a embriaguez, e não mais um requisito de punição.

Mesmo com a modificação do tipo penal, a pena continuou a mesma, detenção, de seis meses a 3 anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo. Agora, com a alteração, aprovada no Congresso, qualquer outro meio pode ser usado para comprovar a embriaguez do motorista, incluindo o testemunho de policiais, fotos, vídeos e relatos de testemunhas (CABETTE, 2013).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Já as modificações referentes ao artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro, são referentes a pena administrativa, infração gravíssima, com sete pontos na carteira, as mudanças foram no valor da multa, sendo que a multa passa a ser em dez vezes da dosagem da multa anterior (JESUS, 2016).

Outras mudanças que ocorreram na Lei 9.503 de 1997, foram em relação aos artigos 276 e 277, com a seguinte nova redação:

> Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165. Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica. "(NR)
> "Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.
>
> § 1o (Revogado).
>
> § 2o A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

A antiga redação do artigo 276 modificado pela Lei n° 11.705/2008, não incluía o exame de ar alveolar, o etilômetro, mas comumente conhecido como "bafômetro", apenas o exame de concentração de álcool por litro de sangue era aceita. Além do mais, Órgão do Poder Executivo federal quem era responsável por disciplina as margens de tolerância,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

quando o exame era feito por aparelho de medição, sendo agora responsabilidade do CONTRAN.

As modificações do artigo 277 começam com a revogação do § 1º, uma vez que seu conteúdo passou a integrar o caput do artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, mas a maior mudança foi em relação ao § 2º, permitindo a constatação da infração através de sinais que indiquem alteração na capacidade psicomotora do condutor, ou mediante prova de vídeo ou imagem feitas.

Para alguns profissionais da área de direito e legisladores, mesmo a nova lei aumentando o poder da autoridade policial, a lei poderia ter sido mais objetiva em relação à constatação da embriaguez, possuindo vários conceitos subjetivos, dando margens para futuras contestações, deixando alguns motoristas impunes. Outra crítica é em relação ao aumento do valor da multa, para alguns críticos não passa uma falsa impressão de uma punição mais severa, não mudando em nada sua eficácia.

2.3 EMBRIAGUEZ COMO INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

É sempre atual o assunto proposto para examinar as modificações do Código de Trânsito trazidas recentemente pela Lei n° 11.705 de 2008 e pela Lei n° 12.760 de 2012. Tem uma distinção básica que necessita ser feita, ao referir-se a embriaguez como infração administrativa e como infração penal de trânsito, é preciso tomar cuidado para não confundir um tipo com o outro, pois uma difere da outra.

Conduzir veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência caracteriza uma infração administrativa considerada gravíssima, conforme dispõe o art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro. A pena, antes do advento da Lei n° 12.760/2012 era de multa e de suspensão do direito de dirigir, tendo sido acrescentado pela nova lei que a suspensão deve durar doze meses, vejamos:

> Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4o do art. 270da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Com a recente publicação da Lei n. 12.760/2012, apenas a norma secundária da infração sofreu alteração. Com o objetivo de evitar a condução de veículos automotores por motoristas sob a influência do álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência, manteve-se a pena de suspensão do direito de dirigir por 12 meses, porém o valor da multa administrativa foi dobrado (de 5 para 10 vezes). Em caso de reincidência no período de até 12 meses, aplica-se em dobro (20 vezes) o valor da multa (art.165, parágrafo único).
Além da pena de multa, o legislador também previu a suspensão do direito de dirigir por 12 meses pelo agente transgressor, bem como a medida administrativa de retenção do veículo até o comparecimento do condutor habilitado, que também será submetido a fiscalização. Caso ninguém se apresente, o automóvel será recolhido ao depósito do órgão competente, conforme § 4° do artigo 270 do Código de Trânsito Brasileiro:

> Art. 270. O veículo poderá ser retido nos casos expressos neste Código.
> § 1º Quando a irregularidade puder ser sanada no local da infração, o veículo será liberado tão logo seja regularizada a situação. § 2º Não sendo possível sanar a falha no local da infração, o veículo poderá ser retirado por condutor regularmente habilitado, mediante recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual, contra recibo, assinalando-se ao condutor prazo para sua regularização, para o que se considerará, desde logo, notificado. § 3º O Certificado de Licenciamento Anual será devolvido ao condutor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> no órgão ou entidade aplicadores das medidas administrativas, tão logo o veículo seja apresentado à autoridade devidamente regularizado. § 4º Não se apresentando condutor habilitado no local da infração, o veículo será recolhido ao depósito, aplicando-se neste caso o disposto nos parágrafos do art. 262. § 5º A critério do agente, não se dará a retenção imediata, quando se tratar de veículo de transporte coletivo transportando passageiros ou veículo transportando produto perigoso ou perecível, desde que ofereça condições de segurança para circulação em via pública. Do mesmo jeito, o documento de habilitação será recolhido e ficará sob a custódia do órgão de trânsito responsável, quando poderá ser retirado pelo próprio condutor, comprovado que não está com a capacidade psicomotora alterada. No caso em que o condutor não o retirar em cinco dias, o documento será encaminhado ao órgão executivo de trânsito responsável pelo seu registro.

Atualmente, com a resolução n° 432 de 2015 (artigo 6º, inciso II) do CONTRAN, não haverá a tipicidade de fato administrativo quando a medição no teste de etilômetro não for igual ou superar a 0,05 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expelido, quando o motorista não apresentar nenhum sinal de alteração da capacidade psicomotora ou o exame de sangue não apresentar nenhuma concentração de álcool.

Além disso, o dispositivo prevê como medida administrativa, a retenção do veículo até a apresentação de um condutor habilitado, bem como o recolhimento do seu documento de habilitação. A verificação da embriaguez, de acordo com o parágrafo único do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro é feita na forma do art. 277 do mesmo Código. Anteriormente, havia a previsão legal de que seria considerado embriagado aquele condutor que tivesse ingerido bebida a ponto de ser constatado em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

seu sangue um nível de substância alcoólica superior a seis decigramas por litro de sangue (HONORATO, 2014).

Portanto, anteriormente a concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprovava o impedimento do condutor para dirigir. O que sofreu modificações com a nova lei que não se aceita qualquer percentual de álcool por litro de sangue para que haja a configuração da embriaguez, caso ocorra o condutor cometerá infração administrativa.

2.4 EMBRIAGUEZ COMO INFRAÇÃO PENAL

A embriaguez no trânsito como crime está prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e as penas vão desde a detenção de seis meses a três anos mais multa, até a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Agora, com o advento da Lei n° 12.760/12, do referido artigo, passou a ter a seguinte redação:

> Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1o As condutas previstas no caput serão constatadas por I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.
>
> § 2o A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> § 3o O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Assim, dirigir, para digigir, seguindo termos legais, é necessário que veículo esteja ligado ainda que deslocamento se dê em ponto morto ou na banguela. Em outras palavras: requer-se movimento do veículo automotor, embora pequeno o espaço percorrido, apto a criar uma situação de potencial perigo para as pessoas. (BEM, 2013, p.54)

O crime se configuraria, sempre, conforme a Resolução n° 432/13, com 6 decigramas ou mais de álcool por litro de sangue (6 dg/L) ou com 0,34 miligramas ou mais de álcool por litro de ar alveolar expelido (0,34 mg/L), juntamente com a capacidade psicomotora alterada do condutor.

É extremamente importante precisar o alcance da expressão em razão da influência, constante no preceito primário do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Como elemento normativo do tipo penal, exige valoração pelo magistrado consistente na análise, caso a caso, da influência do álcool ou das drogas na condução do veículo automotor (FUKASSAWA, 2017).

Além da alteração da capacidade psicofísica da pessoa do condutor, necessário que se estabeleça o efeito que o álcool ou as substâncias psicoativas causam na própria condução realizada pelo agente infrator. Por exemplo: É decisivo, portanto, avaliar a forma de condução do veículo automotor, porquanto todo aquele que consegue controlar o perigo do consumo prévio de álcool ou das drogas não deve responder pelo delito, pois não criou contexto de risco potencial aos bens jurídicos penalmente tutelados ou a sua conduta não apresentou perigosidade real. Não é suficiente certo nível de álcool ou de drogas no sangue para configuração do tipo penal, senão será preciso que o álcool ou as drogas influenciem realmente na condução do veículo pelo agente. Em uma perspectiva teleológica, portanto, deve-se acrescentar outro elemento na descrição da conduta proibida consistente na criação de um potencial perigo ao bem jurídico. Trata-se de " um critério material-individual, segundo o qual haverá que determinar se certo nível de ingestão de álcool ou de drogas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

influenciou realmente sobre a condução do sujeito no caso concreto que se examina"

Observa-se que o novo texto menciona o direito à contraprova, pois é um pressuposto básico de um ordenamento jurídico baseado no princípio da ampla defesa. Diante das amplas e recentes inovações advindas pela Lei nº 12.760/2012, é de extrema importância a análise minuciosa de cada um dos meios de prova. Nesse sentido, ainda relacionado ao art. 306, com a redação ainda dada pela Lei n. 11.705/2008, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina absolveu o acusado por falta de comprovação da materialidade do crime, por insuficiência dos meios de prova apresentados, veja-se o seguinte julgado:

> Apelação criminal. Crime de trânsito. Teste do bafômetro inexistente. Impossibilidade de comprovação do estado de ebriedade do motorista através de prova indireta, porque, na espécie, há apenas o depoimento de um policial, que não corrobora com as demais testemunhas ouvidas em juízo. Materialidade do crime não comprovada. Absolvição que se impõe (TJSC, 1º C. Crim., Apelação Criminal 2007.053271-1, rel. Des. Rui Fortes, j. 26-10-2009).

O delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro se consuma quando o agente, sob a influência das mencionadas substâncias, conduz o veículo automotor anormalmente criando com sua ação um risco para a vida, a integridade física ou o patrimônio das pessoas presentes no tráfego viário. Trata-se de delito de caráter permanente, pois a consumação se prolonga durante todo o tempo da condução do veículo automotor sob a influência de álcool ou de uma droga por exemplo. A tentativa não é frequente no delito, mas admissível.

2.5 A LEI SECA E O CRIME DE PERIGO

Com a chegada da intitulada "Nova Lei Seca" (Lei n° 12.760/12) e com as mudanças que ocorreram na tipificação do crime de embriaguez ao volante (artigo 306, da Lei 9.503/97), a discussão quanto à origem do crime

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, se é de perigo abstrato ou de perigo concreto, se tornou cada vez mais comum entre os doutrinadores.

Para a infração administrativa do art. 165 basta, portanto, a condução do veículo automotor ("dirigir") sob o presumido efeito do álcool ou outra substância psicoativa. Qualquer quantidade de álcool (ou outra substância psicoativa) no sangue já gera a presunção de perigosidade. A ingestão do álcool ou outra substância precisa ser comprovada. Seus efeitos é que são presumidos. Não se faz necessário comprovar que o consumo de álcool tenha efetivamente influenciado a forma de conduzir ou que tenha concretamente alterado a capacidade psicomotora do agente (GOMES, 2013).

Quanto à lesividade, os crimes podem ser de dano ou de perigo. O crime de dano é aquele que se consuma com a efetiva lesão do bem jurídico (ex: homicídio). Já os crimes de perigo se consumam tão-só com a possibilidade do dano (ex: crime de contágio venéreo).

Os crimes de perigo abstrato têm sido largamente utilizados pelo legislador nos últimos tempos, não apenas nos crimes de trânsito, mas também na área ambiental, biossegurança, crimes financeiros, dentre outros. Justamente por esta ampliação legislativa dos crimes de perigo abstrato que a doutrina tem dedicado mais tempo ao estudo desta técnica de tipificação.

Subdividem-se os crimes de perigo em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, diferenciando-se um do outro porque naqueles há a necessidade da demonstração da situação de risco sofrida pelo bem jurídico penal protegido. Por outro lado, no crime de perigo abstrato, há uma presunção legal do perigo, que, por isso, não precisa ser provado (HOFFMANN, 2013)

A Lei n° 11.705, de 19 de junho de 2008, deu nova redação ao caput do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de perigo concreto, sendo certo que as alterações introduzidas com a Lei n°

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

12.760, de 20 de dezembro de 2012, não modificaram esta realidade jurídica.

Conduzir veículo nas condições do artigo 306, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal. Não se exige um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem (CABETTE, 2013).

Depois da Lei n° 11.705/2008, a antiga Lei Seca, o delito de embriaguez ao volante passou a ser uma infração penal de perigo abstrato ou presumido. Já Luiz Flávio Gomes é defensor modalidade denominada como "crime de perigo abstrato de perigosidade real", nascendo assim uma terceira classificação de crime de perigo, o novo tipo penal, para além de um condutor embriagado, exige que a embriaguez altere a sua capacidade psicomotora, assim, como tenha influência na sua forma de dirigir:

> Uma vez acolhida a nova linha dogmática do perigo abstrato de perigosidade real, está rompida a velha dicotomia perigo abstrato (presumido) e perigo concreto. Nasceu um terceiro: perigo abstrato de perigosidade real. Só existiria o crime citado quando houvesse superação de um determinado risco-base, retratado na condução anormal. Não se trataria, portanto, de perigo abstrato presumido (ou puro), nem tampouco de perigo concreto direto (com vítima certa). O novo tipo penal, para além de um condutor embriagado, exige que a embriaguez altere a sua capacidade psicomotora, assim, como tenha influência na sua forma de dirigir. Renato Marcão opinou no sentido de que se trata de perigo abstrato puro (presumido). Para este autor, bastaria a conduta de dirigir e estar embriagado. Se o critério é quantitativo, basta que o condutor se recuse a fazer o etilômetro ou o exame de sangue. Restarão sinais. Ocorre que os sinais são de valoração subjetiva. O policial para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> condutor e nota sinais de embriaguez. Em que vai enquadrá-lo? Na infração administrativa ou no crime? Aqui não existe base para o critério quantitativo. Tudo depende da valoração do policial, depois, do juiz. Qual seria o critério válido para a distinção? A forma de conduzir o veículo (normal ou anormal). Mas esse critério não pode ser válido somente para quem recusou o eitilômetro. Não podemos ter dois critérios distintos, sob pena de violação do princípio da igualdade. O critério da condução anormal seria o mais justo, o mais correto, o único constitucionalmente válido. (2014, p. 13)

O problema das mortes no trânsito é mais complexo e passa pela fórmula EEFPP; Educação, Engenharia, Fiscalização, Primeiros socorros e Punição. Tudo tem que funcionar bem para que algum resultado positivo aconteça de forma sistemática. (GOMES, 2013, p.96)
Para Eduardo Luiz Santos Cabette, a expressão "crime de perigo abstrato de perigosidade real" consiste em uma confusão de conceitos em relação ao crime de perigo comum:

> Num primeiro olhar pode até aparentar que a nova construção dessa categoria de crime de perigo possa ter alguma utilidade e ser de alguma forma produtiva para a dogmática jurídico – penal. No entanto, isso não passa de aparência, pois que, na verdade, a criação da categoria dos malsinados "crimes de perigo abstrato de perigosidade real" não passa de falácia, mera prestidigitação jurídica que provoca confusão de conceitos, mistura categorias e somente pode conduzir ao erro.
>
> Indo direto ao ponto, pode-se afirmar com toda segurança que o neologismo "crime de perigo abstrato de perigosidade real" não passa de uma alteração do nome daquilo que é conhecido desde

> antanho como "crimes de perigo comum" em oposição aos "crimes de perigo individual". Acontece que as classificações de "crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato" por um lado; e "crime de perigo comum e crime de perigo individual" por outro, nada têm a ver entre si, de modo que podem existir crimes de perigo comum abstrato ou concreto. Já quanto aos crimes de perigo individual, geralmente estão ligados a perigo concreto não porque sejam uma mesma categoria jurídica, mas porque ao ser a conduta dirigida necessariamente a pessoa determinada, normalmente será exigida a criação de um perigo concreto. Enfim, essas denominações de perigo (comum / individual) (concreto / abstrato) não se confundem, já que cada uma delas se refere a um aspecto que em nada influencia naquele versado pela outra. São dicotomias independentes (2013, p. 32)

Atualmente, após a edição da Lei nº 12.760, não existe um entendimento pacífico entre os doutrinadores e jurisprudência, mas grande maioria considera que o delito de embriaguez ao volante permanece sendo um crime de perigo abstrato presumido. Isso porque na redação dada pela Nova Lei Seca, em nenhuma ocasião faz-se menção à cobrança de demonstração de perigo por parte do condutor, como geralmente acontece nos tipos penais de perigo concreto.

3ANÁLISE DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E SUAS RESPECTIVAS ALTERAÇÕES COM O ADVENTO DA LEI N° 12.760/2012

3.1 O ART. 306 § 1, I DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A alteração da capacidade psicomotora encontrada no "caput" do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Desta norma incriminadora será presumida e restará provada para fins penais, se independentemente de qualquer conduzir anormal ou aparência do agente for constatada em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

exame de dosagem concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a três décimos de miligramas de álcool por litro de ar alveolar.

Este inciso é considerado como um dos meios de constatação do crime de embriaguez ao volante, conforme transcrito abaixo:

> Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> §1o As condutas previstas no caput serão constatadas por:
>
> I - Concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar;

Desta feita, este tipo é visivelmente objetivo, pois o teor de álcool (ou de ar) constitui elemento objetivo da figura típica, e observamos que este meio de constatação previsto neste art. 306, §1, I da Lei n° 12.760/12 é o mesmo que configurava o crime de embriaguez ao volante na antiga lei seca (Lei n° 11.705/08).

Esta primeira constatação do crime de embriaguez ao volante previsto neste tipo penal do Código de Trânsito Brasileiro com redação nova da Lei n° 12.760/12 é caracterizado pela doutrina majoritária como, por exemplo, Marcão (2013, p.105) e por meio do julgamento do HC (Habeas Corpus) 109.269/MG do Supremo Tribunal Federal como crime de perigo abstrato ou presumido, por que este tipo não se exige um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Segue adiante transcrita a ementa que julgou o Habeas Corpus 109.269/MG, deque foi relator o Ministro Ricardo Lewandowsky, em 27-9-2011 e que prevalece para os dias atuais:

> HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II – Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V – Ordem denegada.

Já em relação ao inciso II do artigo 306 do Código de Trânsito, foi criado pelo legislador um segundo meio de constatação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, ou seja, sinais que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

Os sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora, estão previstos no inciso II deste artigo conforme se vê acima e são considerados pelo direito penal como uma norma penal em branco, pois estes necessitam de uma norma para complementa-los e essa norma seria a mais recente Resolução do Contran de n°432 de 2015 o qual já foi mencionada no capítulo anterior, relatando seus principais pontos.

No tocante a alteração da capacidade psicomotora em razão da influência do álcool ou de substâncias psicoativas que determine dependência pode ser constatada por meio de sinais disciplinados na Resolução do Contran de n°432/13, cabe dizer que ainda que o investigado não se submeta a qualquer tipo de teste de alcoolemia, a alteração da capacidade psicomotora poderá ser demonstrada, para fins penais, mediante gravação de imagem em vídeo, exame clínico, prova testemunhal ou qualquer outro meio de prova lícita admitida em direito, observado o direito à contraprova (MARCÃO, 2013, s. p..)

Neste caso, não se trata de provar que o agente tenha conduzido o veículo automotor de maneira anormal (fazendo ziguezague ou outra manobra perigosa, por exemplo), pois o crime é de perigo abstrato e por isso desnecessária tal verificação, mas de provar que ao ser abordado estar com a capacidade psicomotora alterada (RIZZARDO, 2013).

São sinais que indicam a alteração da capacidade psicomotora: o andar cambaleante, a falta de equilíbrio, a voz pastosa ou agressividade associada ao hálito com odor etílico, aparentar sonolência, olhos vermelhos e entre outros sinais que estão previstos no anexo II da Resolução de n°432/13 do Contran.

Por fim, vale observar que, a prova técnica consentida o qual irá comprovar o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sempre deverá ser tentada via realização de exames de alcoolemia ou teste do bafômetro, priorizando o teste com etilômetro nos procedimentos de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

fiscalização devidamente previsto no art. 3°, §2 da Resolução do Contran de n°432/13, e só em caso de recusa do suposto autor do delito em se submeter a tais exames, o que resultará na ausência de prova pericial por impossibilidade de sua realização, é que esta poderá ser suprida por qualquer outro tipo de prova lícita, conforme se extrai do arts. 158 e 167 do CPP (Código de Processo Penal); nos arts. 306, §2 da nova "Lei Seca", e art.3°, §1º da Resolução de n° 432/13 do Contran o qual estão previstos os meios de prova que poderão suprir o teste do bafômetro e outros exames de alcoolemia.

3.2REQUISÍTOS DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Para que haja a tipicidade do crime de embriaguez ao volante deliberado pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é preciso que o condutor do veículo, alvo de fiscalização ou envolvido em acidente, seja flagrado conduzindo seu veículo automotor, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de substância psicoativa que determine dependência.

A lei conhece como delito a conduta de conduzir veículo automotor estando com a capacidade psicomotora alterada, podendo esta conduta ser constatada por dois meios previstos no parágrafo primeiro deste artigo, sendo estes: a) estando com concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; b) sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

Na primeira constatação o qual é vista como elemento objetivo do tipo, para que se tenha por autorizada a persecução criminal será imprescindível produzir prova técnica indicando que o agente, na ocasião, se colocou a conduzir veículo estando com a capacidade psicomotora alterada que será constatada por meio de concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O dispositivo penal aqui é taxativo no que tange à quantificação de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar para que se tenha por configurada a infração penal.

Na segunda constatação o qual é vista como elemento subjetivo do tipo, será por meio de sinais indicados na Resolução de n° 432/13 do Contran que se poderá comprovar o crime de embriaguez ao volante, e que será utilizada quando o condutor se recusar a realizar os exames de alcoolemia, tais como o teste do etilômetro, exame de sangue e exames realizados por laboratórios especializados (FARI, 2015).

De acordo com a Resolução de n° 432/13 do Contran, os procedimentos realizados no condutor do veículo automotor que poderão caracterizar e comprovar o delito previsto no art.306 do Código de Trânsito Brasileiro serão: exame de sangue que apresente resultado igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue (6 dg/L); teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da "Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro" constante no Anexo I; exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência; sinais de alteração da capacidade psicomotora obtido na formado art. 5°.

3.3 A RETIRADA DO TERMO "NA VIA PÚBLICA" DO NOVO ART. 306

De acordo com Marcão (2013), antes da Lei n° 12.760/12, o crime de embriaguez ao volante só se configurava se a condução do veículo automotor ocorresse na via pública. A atual redação do art.306 do Código de Trânsito Brasileiro abandonou tal critério, pois não contém referida elementar, de maneira que restará configurado o crime ainda que a condução do veículo, nas condições indicadas, se verifique em qualquer local público (não necessariamente via pública) podendo ser no interior de propriedade privada (chácara, sítio ou fazenda, por exemplo), o que representa considerável ampliação no alcance da regra punitiva. Tal ajuste guarda coerência com a tipificação dos crimes de homicídio culposo (art.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

302, Código de Trânsito Brasileiro) e lesão corporal (art. 303, Código de Trânsito Brasileiro), em que não há referência (MARCÃO, 2013, s. p.).

O art. 1° do Código de Trânsito Brasileiro, diz regular o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, o que se pode sugerir sua não aplicabilidade em relação a fato ocorrido em local que não se encaixe no conceito de via terrestre, no interior de propriedade privada, visto que o art. 2° do Código de Trânsito Brasileiro preconiza que são "vias terrestres urbanas e rurais as ruas, as avenidas, os logradouros, os caminhos, as passagens, as estradas"; tornando equivocado e incorreto esse pensamento de podermos praticar o crime de embriaguez ao volante não estando em via pública e sim via privada.

Com efeito, em evento com resultado morte ocorrido no interior de propriedade privada e em local não definido como via terrestre, o condutor deverá responder por homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor, conforme o art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, porquanto identificadas as respectivas elementares na conduta apontada, o que está a demonstrar que as disposições dos arts. 1° e 2° não determinam limitação de alcance para fins de imputação penal (BIASOTTI, 2015).

Segundo Marcão (2013) em hipótese em que o agente, embora com a capacidade psicomotora alterada, se coloca a conduzir seu veículo automotor nos limites do imóvel rural, mas não causa nenhum evento danoso, não há sentido algum em proceder com a instauração da persecução penal pelo delito de embriaguez ao volante, pois, embora formalmente configurado o delito, a total ausência de lesividade está por desautorizar providências de natureza penal.

3.4O ALARGAMENTO DOS MEIOS DE PROVAS ADMITIDOS SEGUNDO O ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO

Conforme já frisado anteriormente, o delito de embriaguez ao volante de acordo com a redação do art. 306 da Lei n°.11.705/08 devidamente revogada pela Lei n°.12.760/12, só poderia ser comprovado por dois meios de prova, sendo eles: o teste do etilômetro, conhecido como teste do bafômetro por medir o teor alcoólico no ar alveolar, e o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

exame de sangue, estes com o objetivo de comprovar a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

Estes dois meios de prova foram delimitados na época em que a Lei n° 11.75/08 estava em vigor por meio de decisão do STJ (Superior Tribunal de Justiça), o qual não autorizava o uso de outros meios de provas que comprovariam o delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, sendo estes: exame clínico, testemunhas, imagens, vídeos e entre outros meios de provas admitidos em direito.

Com o advento da Lei n° 12.760/12 (nova lei seca) e a Resolução de n° 432/13 do CONTRAN o qual estão em vigor atualmente, o crime de embriaguez ao volante teve diversas mudanças, principalmente em relação aos meios de prova.

O bafômetro e o exame de sangue são dois meios de prova que comprovam a concentração de álcool no organismo. Antes da Lei n° 12.760/12, a obrigação de utilizar esses meios de prova tornavam o crime de embriaguez ao volante totalmente ineficaz, pois o condutor sempre se recusava a fazer os testes que comprovavam a concentração de álcool no organismo, tendo como fundamento o princípio da não auto incriminação o qual foi comentado acima, mas atualmente as sanções penais estão sendo eficazes, porque esses dois testes não serão mais os únicos meios de prova que podemos utilizar para comprovar o crime, e sim um dos meios de constatação da alteração da capacidade psicomotora do condutor de veículo automotor, usados para comprovar a concentração de álcool no sangue ou ar alveolar, o qual está prevista no art. 306, §1, I da Lei n° 12.760/12, já mencionado anteriormente,

No anexo I do Código de Trânsito Brasileiro, encontramos o significado de "ar alveolar" como o ar expirado pela boca de um indivíduo, originário dos alvéolos pulmonares, e "etilômetro" como aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar.

É importante ressaltar que a Resolução de n°432/13 do CONTRAN no seu art. 3°, informa quais são os meios de prova utilizados para confirmar a alteração da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

em razão da influência de álcool ou de substância psicoativa que determine dependência, conforme transcrito abaixo:

> Art. 3º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:
>
> I – Exame de sangue;
>
> II – Exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;
>
> III – teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro); IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.
>
> § 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.
>
> § 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro.
>
> § 3° Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Desta feita, não será mais preciso somente utilizar como prova: o teste do etilômetro e exame de sangue, pois estes não serão os únicos meios de comprovação do crime de embriaguez ao volante.

Gomes (2012) observa que, diante da alteração do dispositivo legal, o critério de interpretação deve seguir as novas características do tipo penal introduzido no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, mas para o autor, o órgão acusatório deve comprovar que o condutor dirigia sob o efeito de álcool (forma anormal de condução do veículo), bem como a alteração da capacidade psicomotora do condutor, a qual não pode ser presumida, apenas comprovada no caso concreto.

Por isso, Gomes (2012) entende que, mesmo diante do teor de álcool acima do limite estabelecido pela legislação, deve ser constatada a alteração da capacidade psicomotora, pois esta compõe núcleo do tipo penal, não sendo cabível a presunção do estado de embriaguez em decorrência meramente da concentração de álcool no organismo, considerando que: "O direito penal não admite presunções contra o réu. [...] A taxa etílica comprova o grau de intoxicação, mas não revela, por si só, a forma de condução do veículo, nem a alteração da capacidade psicomotora".

Seguindo a linha de raciocínio desse caso hipotético, por um lado fica claro que não haverá uma sanção na esfera criminal, mas com a utilização dos novos meios de prova inseridos pela Lei n° 12.760/12 pode haver a constatação do crime de embriaguez ao volante, tendo como prova: a testemunha ocular se utilizando dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor, exame clínico e entre outros admitidos em direito, os quais serão providenciados pelos agentes de trânsito, atuantes naquela operação.

Dessa forma, de acordo com a determinação legal do §2º, fine, do art.306 do Código de Trânsito Brasileiro, que estabelece a observância do direito à contraprova. Sanini e Cabette sustentam que a referência expressa ao direito à contraprova demonstra a introdução do contraditório durante a fase pré-processual:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> Nesse contexto, é dever da Autoridade policial atender as solicitações do investigado no momento de requisitar o exame pericial. Mais do que isso, o sujeito passivo da investigação poderá submeter-se a um exame feito por perito particular, sendo que o resultado do laudo será apreciado pelo Delegado de Polícia ou pelo juiz no momento da formação de sues convencimentos. (2013, s. p.).

Portanto, não haverá uma total segurança para os condutores de veículos automotores em relação aos meios de provas utilizados contra a seu favor, os quais serão vistos nos próximos subcapítulos. O artigo 306, §1, II da Lei n12760/12 demonstra que o seu tipo penal será constatado também por meio de "sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora", os quais estes sinais serão encontrados no artigo 5° da Resolução n°432/13 do CONTRAN.

Estes sinais serão verificados por meios de exame clínico e constatado pelo agente da Autoridade de trânsito o qual muitas vezes será testemunha utilizada contra o condutor do veículo automotor.

Sanini e Cabette (2012, s. p.) consideram, ainda, que o exame clínico é a forma mais indicada de constatação da alteração psicomotora do condutor. Para eles, "testemunhas, vídeos e outros meios de prova seriam utilizados apenas de maneira subsidiária, quando não for possível a realização de perícia [alcoolemia, etilômetro e exame clínico]".

A prova do vídeo e entre outros meios de prova admitidos em direito são utilizados somente quando não existirem a realização dos exames periciais, como por exemplo, o exame de sangue, teste do bafômetro e exame clínico, sendo estes recusados pelo condutor do veículo ou não havendo médico legista no local, tudo isso levará em conta para que haja a criação da prova de vídeo. Esta prova será fundamental, quando houver ausência de provas periciais, tendo como objetivo a constatação da alteração da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor, estando este visivelmente embriagado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Ao contrário como pensa Gomes e Bem, Cabette (2013, p.61) detém o seguinte pensamento: "Testemunhas, vídeos, e outros meios de prova seriam utilizados apenas de maneira subsidiária, quando não for possível a realização de perícia, de acordo com o artigo 167, CPP ou mesmo como adjuvantes dos exames periciais mais adequados".

Em relação aos outros meios de provas em direito admitidos para fins de constatação do delito em tela, o qual o legislador informa genericamente no art.306, §2° da Lei n° 12.760/12, Gomes e Bem (2013, p.75) trazem como outros meios de prova: "(...) Na própria confissão do condutor admitindo não estar em condições seguras para dirigir em razão do consumo prévio de álcool, ou cogitar, ao invés de extração de sangue, de coleta de urina para a realização de exame pericial, como já se verifica na Alemanha". "(...) Amostras de saliva, segundo especialistas, podem alterar a percepção da substância utilizada, razão pela qual devem ser analisadas com cautela pelos peritos". "(...) O notório é que não se admitirá qualquer prova obtida em violação às leis processual e constitucional".

Diante disso, o vídeo e outros meios de prova admitidos em direito, irão ser usados para comprovar o crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, juntamente com as outras provas, não deixando de serem peças importantes, principalmente no momento de decidir se o acusado é ou não culpado de cometer o delito em tela.

CONCLUSÃO

A Lei Seca foi um importante passo do legislador no sentido de buscar novos rumos na proteção ao bem da vida. Isso porque o transito é uma das maiores causas de mortes do país e do mundo, descartando os óbitos por motivo de doença. Nesse contexto a mencionada Lei surge como um instrumento de ordem social, na medida em que pune severamente àqueles que arriscam a vida própria e da coletividade, quando dirigem embriagados. É a legislação acompanhando a evolução das relações do trânsito, em busca de posturas mais contundentes na proteção de direitos fundamentais. Destaca-se que em razão do direito à vida dever ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

resguardado pelo Estado, a Lei Seca, de forma geral, é bem vista pelos juristas.

A lei se mostra bastante dura para com os infratores, com o foco de diminuir os gradativos acidentes de trânsito existentes no país. Com isso, o motorista que é pego dirigindo sob efeito do álcool, ou outra substância análoga, poderá ser preso em flagrante além de pagar uma multa altíssima. No âmbito criminal também poderá arcar com as consequências de seu ato, sem olvidar as punições junto ao departamento de trânsito.

O exame de sangue e o teste do bafômetro serão utilizados como um dos meios de constatação do crime de embriaguez ao volante, deixando de serem os únicos testes comprovadores do delito em tela.

Antes da Lei n° 11.705/08 o crime era de perigo concreto, só podendo ser configurado se houvesse lesão ao bem jurídico tutelado. Na Lei n° 11.705/08 o crime só poderia ser comprovado se o indivíduo realizasse o teste do bafômetro ou exame de sangue. Nos dias atuais para que haja comprovação do crime do art.306, o agente de trânsito pode se utilizar de vários meios de prova conforme foi supracitado, tendo como parâmetro não só a Lei n° 12.760/12 como também a Resolução 432/13 do CONTRAN.

O delito do artigo 306 da Lei n° 12.760/12 determina uma sanção criminal para os condutores que dirigirem com a capacidade psicomotora alterada, podendo ser comprovada por diversos meios de prova, sendo estes: provas periciais e não técnicas conforme supracitadas. Desta feita, é cediço que o novo tipo penal trouxe uma total proteção jurídica a favor da coletividade, mas por outro lado acarretou também em uma insegurança jurídica em relação as provas, as quais o condutor não realizou, desconhecendo quais os critérios que serão utilizados para definir a embriaguez.

Contudo, podemos caracterizar o novo tipo penal do dispositivo previsto no Código de Trânsito Brasileiro, como um crime de mera conduta, pois este quando preenchido todos os seus requisitos, automaticamente o delito se configura, não dependendo de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo estes os requisitos: a quantidade de álcool no sangue ou ar alveolar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

superior ao que a lei permite ou apresentar sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora, não necessitando da comprovação de que o motorista dirigia de forma anormal, conforme alguns doutrinadores afirmam.

Por fim, frisa-se que o Estado para fazer as suas intervenções frente à coletividade deverá ser basilados por elementos que façam valer e dar aplicabilidade a esse poder-dever. Deverá, também, considerar os aspectos ético e sociais da sua população, como forma de se evitar que a lei em prol da segurança não seja 'letra morta'. Caso contrário, serão aprovadas leis que não serão acompanhadas pela eficácia almejada.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Julyver Modesto de. **Trânsito, reflexões jurídicas: comentários e Aspectos polêmicos dos principais artigos do Código de Trânsito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.

BEM, Leonardo. **A (i)retroatividade da Lei n° 12.760/12.** Disponível em <http://leonardodebem.jusbrasil.com.br/artigos/136366481/a-ir-retroatividade-da-lei-n-12760-2012> Acesso em 23 de abril de 2018

BRASIL. **Lei n° 11.705, de 19 de junho de 2008.** Disponível em <http://www4.planalto. gov.br/legislacao>. Acesso em 15 de abril de 2018

_____ **Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Disponível em <http://www4.planalto. gov.br/legislacao>. Acesso em 20 abril de 2018.

_____ **Lei n° 9.294, de 15 de julho de 1996**. Disponível em<http://www4.planalto.gov. br/legislacao>. Acesso em 21 de abril de 2018

_____**Lei nº 11275 de 07 de fevereiro de 2006**. Disponível em. <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11275.htm>. Acesso em 21 de abril de 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

_____**Lei n° 12.760, de 20 de dezembro de 2012.** Disponível em < http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm > Acesso em 20 de abril de 2018

BIASOTTI, Carlos. **Morte no trânsito: homicídio doloso?** São Paulo: Escola de advocacia criminal, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, **Nova Lei Seca**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

FARIA, Alberto Menezes. **O código de trânsito e a tutela da vida**. Belo Horizonte , Casa do Editor, 2015.

FUKASSAWA, Fernando Y. **Crimes de Trânsito.** São Paulo: ADM, 2017.

GOMES, L. F. **6 decigramas de álcool já significam crime? Ou não?** Jus navigandi, Teresina, ano 17, n. 26 dez. 2012.

HOFFMANN M. H., Cruz, R. M., Alchieri J. C.; **Comportamento Humano no Trânsito**, Casa do Psicólogo, São Paulo, 2013.

HONORATO, Cássio Mattos. **Sansões do Código de Trânsito Brasileiro. Ca**mpinas/SP; Ed. Millennium, 2014.

JESUS, Damásio E. **Crimes de Trânsito**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **A Nova Lei Seca não pode retroagir.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-anteriores-edicao> Acesso em 25 de abril de 2018

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentário de Trânsito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOTA:

[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. Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: antonia.m.s@hotmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

RESPONSABILIDADE CIVIL NOTARIAL: A RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS A PARTIR DE PROCEDIMENTOS EQUIVOCADOS, REALIZADOS POR NOTÁRIOS

RAFAEL SILVA DOS SANTOS:
Bacharelando em Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA
(Orientadora)[1]

RESUMO: A pesquisa tem como tema responsabilidade civil notarial, com destaque na responsabilidade por procedimentos equivocados, realizados por notários. O estudo do tema responsabilidade civil notarial é bastante complexo, exigindo-se a análise pausada de cada caso específico, porque são muitas as situações encontradas na jurisprudência. Assim, a análise da responsabilidade civil dos notários torna-se ainda mais densa ao conjugar as jurisprudências, ganhando destaque e importância. Como será demonstrado no estudo, o âmago da questão será pesquisar a evolução histórica para ter um entendimento abrangente da importância do serviço prestado. Analisar a base doutrinária na legislação em vigor - CF, Lei 8.935/94, Lei 9.492/97, Lei 13.286/2016 e Código Civil – para que se compreenda a quem cabe à responsabilidade por procedimentos equivocados, realizados por notários. Discutir a interpretação desta nova legislação a qual esbarra em dois entendimentos: responsabilidade objetiva e subjetiva, já que a partir daí serão extraídas as conclusões do tema em vigor.

PALAVRAS-CHAVE: Dano decorrente de atividade de cartório; Procedimentos Equivocados; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The research focuses on notarial civil liability, with emphasis on responsibility for wrong procedures, carried out by notaries. The study of the subject of notarial civil liability is quite complex, requiring the paused analysis of each specific case, because many situations are found in the jurisprudence. Thus, the analysis of notaries' civil liability becomes even more dense by combining jurisprudence, gaining prominence and importance. As will be shown in the study, the heart of the matter will be to

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

research historical evolution to have a comprehensive understanding of the importance of service provided. Analyze the doctrinal basis in the legislation in force - CF, Law 8.935 / 94, Law 9.492 / 97, Law 13.286 / 2016 and Civil Code - to understand who is responsible for wrong procedures performed by notaries. Discuss the interpretation of this new legislation which comes up against two understandings: objective and subjective responsibility, since from there will draw the conclusions of the current theme.

KEYWORDS: Damage resulting from notary activity. Wrong Procedures. Civil responsability.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SERVIÇO NOTARIAL. 3 SERVIÇO PÚBLICO POR DELEGAÇÃO. 3.1 A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS. 3.2 FORMA DE INGRESSO DO NOTÁRIO. 3.3 O CARATER DE SERVIDOR PÚBLICO DO NOTÁRIO. 4 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS NOTARIAIS. 5 PRINCIPAIS ATOS NOTARIAIS. 6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTARIOS. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os serviços notariais possuem uma expressiva função social, uma ve z quesão destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dosatos jurídicos, conforme disposto no art. 1°, da Lei n° 8.935/1994. Segundo o Art. 1º serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança, eficácia dos atos jurídicos. Diante do referido artigo é possível concluir que quanto o notário atua de maneira equivocada, a o descumprimento do dispositivo legal a qual deve cumprir. Diante disso surge a seguinte pergunta. Quem assume a responsabilidade por procedimentos equivocados, realizados pelos notários?

Fica esclarecido que, para os atos notariais, prevalece e deve ser aplicado o entendimento de que o Tabelião ficará responsável por todos os seus atos desde que comprovado a culpa ou o dolo de acordo com a nova alteração legislativa conforme a Lei 13.286/2016, respondendo o notário de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

forma subjetiva, quando houver comprovado dolo ou culpa do mesmo ou de seus prediletos.

Sabendo que, possuindo os serviços notariais uma expressiva função social,uma vez que são destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança eeficácia dos atos jurídicos, é de extrema importância o referido estudo, pois é onde os homens expressavam sua vontade, atos e desejo nas atividades realizadas, e ficam devidamente registradas.

Esclarecer os motivos que levaram a fazer esta pesquisa, implica em relatar o dano que pode ser causado por esses serviços, tais como reconhecimento falso de firma, procuração ou escritura falsa, um dano a seu cliente, quando o fim pretendidopelo serviço não for devidamente atingido ou quando houver vício.

Esta pesquisa é de extrema importância para profissional da área, a qual através dela obterá ciência da sua responsabilidade como profissional, e ao cidadão em geral, que terá em suas "mãos" o conhecimento necessário, caso o referido profissional aja com dolo ou culpa.

A CF, promulgada em 05 de outubro de 1988, aperfeiçoou a base do DNB. Este direito vem sendo a base da sociedade mundial há muitos séculos, mais de 700anos só em língua portuguesa. Ressalta-se que se mantém a custa de muito empenho de notários.

Em 18 de novembro de 1994, foi aprovada a Lei 8.935 que regimentou a atividade dos notários, de acordo com o estabelecido na CF, definindo atribuições, competências, formas de extinção da delegação, de provimento das serventias vagas, entre outros temas pertinentes à atividade, além de definir a responsabilidade civil e criminal.

A interpretação desta nova legislação esbarra em dois entendimentos: responsabilidade objetiva e subjetiva. Basicamente, existem duas grandes correntes: há os que entendem que a responsabilidade, nesse caso, deve se dar de forma objetiva e os que defendem que a responsabilidade é de cunho subjetivo.

Então verificar-se-á quem assume a responsabilidade por procedimentos equivocados, realizados pelos notários, com base

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

doutrinária na legislação em vigor - CF, Lei 8.935/94, Lei 9.492/97, Lei 13.286/2016 e Código Civil, além de analisar a evolução histórica para ter um entendimento abrangente da importância do serviço prestado, e buscar entender a interpretação desta nova legislação a qual esbarra em dois entendimentos: responsabilidade objetiva e subjetiva.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SERVIÇO NOTARIAL

Na metade do século XIX, a Igreja perde para os municípios o privilégio "dever", de proceder aos registros no Brasil, e por meio de um decreto em 1863, o governo imperial deu efeito civil aos registros de casamentos de pessoas não católicas, e em 1874, D. Pedro II, também por meio de decreto, regulamentou o registro de nascimento, casamento e de óbito.

> No Brasil, assinala João Mendes de Almeida Júnior, as capitanias tinham a atribuição de nomear tabeliães e escrivães, porém, tendo a Coroa readquirido os direitos conferidos aos donatários, os tabeliães passaram a ser nomeados pelo Poder Real. O provimento dos cargos de tabelião dava-se por meio de doação, sendo o donatário investido de um direito vitalício, ou até mesmo por compra e venda ou sucessão *causa mortis*, o que não é de estranhar, haja vista que esta era a forma de provimento de todos os cargos públicos na América colonial e também na Espanha. (BRAMDELLI, 2011, p. 79.)

A França detém o título de país pioneiro na prática do registro universal de nascimentos e sepulturas, cuja datação aponta para meados do século XVI, uma iniciativa da Igreja Católica. Poucos anos depois, com o término do Concílio de Trento em 1563, a Igreja Católica oficializou e espalhou a prática do registro civil e do registro de mortos tanto para ricos quanto para pobres. Somente no início do século XIX, com o Código Napoleônico, é que a França remove da Igreja a obrigação dos registros em questão e os transfere para a responsabilidade do Estado. É o início da ordem laica do registro de pessoas vivas e mortas.

> Os notários expediam e publicavam os contratos em nome do juiz, embora não o fizessem em sua

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Presença. Foi Luís IX quem separou, em Paris, o direito de lavrar atos e contratos do de fazer justiça, tornando-os independentes, e separando aquela, a qual denominava de jurisdição voluntária, desta, a verdadeira jurisdição, encarregando do seu exercício os notários, modificação que, em 1302, foi, por Felipe, o Belo, alastrada para todos os seus domínios. Em 1304 o mesmo Felipe ordenou que todos os notários, à exceção dos de Paris, tivessem um registro de seus atos, ordem que foi estendida aos notários parisienses por Carlos VII, em 1437. Nessa mesma época os notários se agruparam em órgãos colegiados e compilaram os seus estudos, tendo sido o primeiro colégio o de Paris. (BRANDELLI, 2011, p. 51.)

Após a proclamação da República, uma das primeiras normas que tratou da responsabilidade dos notários, foi o Decreto nº 370, de 02.05.1890, que regulamentou o Decreto nº 169-A, de 19.01.1890 do Governo Provisório, em substituição à Lei nº 1.237, de 24.09.1864, que permaneceu em vigor até 1917, quando entrou em vigor o Código Civil. Depois da promulgação desse Código Civil, o Poder Executivo expediu o Decreto nº 12.343, de 03.01.1917, que regulamentou provisoriamente a matéria relativa a registros públicos. Flauzilino Araújo dos Santos, (1997, p. 07), comenta que depois de editada a Lei nº 4.827, de 07.02.1924, que em seu artigo 11.b, autorizou o Presidente da República a expedir novo Regulamento para execução do Decreto nº 169-A, de 19.01.1890, observando as modificações introduzidas pelo Código Civil 124. Em 24.12.1928, foi baixado o Decreto nº 18.542, sendo que no seu capítulo III que trata da nomeação e dos direitos dos oficiais de registros, os seguintes preceitos:

> Art. 312. Ao exercício precederá a autorização dada pelo juiz do alistamento eleitoral e publicada no Diário Oficial, desd eque o serventuário prove ter feito no Tesouro Nacional a caução de 20 contos de réis em dinheiro ou apólices federais ou municipais do Distrito Federal Art. 343. A caução de que trata o art. 312 ficará vinculada com direito de prelação: I, ao ressarcimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> dos danos ocasionados pelo serventuário, no exercício de suas funções; II, ao pagamento de quaisquer multas ou encargos legais. Ainda, esse autor faz referência ao capítulo VI do aludido Decreto, que trata da
> responsabilidadedos registradores, o art. 37 que teve o rigem no art. 98 doDecreto
> nº 370, de 1890: Art. 37. Além dos casosexpressamente consignados, os oficiais serão civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, por culpa. (BENÍCIO, 2015 p. 225.)

A responsabilidade civil é independente da criminal, pelos delitos que praticarem. Extrai-se dos dispositivos legais acima transcritos que se manteve a tendência da responsabilização civil do Estado constante da Constituição Republicana de 1891, que em seu artigo 82:

> Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.
>
> Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

São civilmente responsáveis, os oficiais, por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que causarem, por culpa ou dolo, independe da criminal, a responsabilidade civil, pelos delitos que cometerem, além dos casos expressamente consignados, aos interessados no registro.

Cavalieri Filho, (2010, p. 163), esclarece que os dispositivos constantes da Constituição Imperial (1824) e da Constituição Republicana (1891), jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas da responsabilidade pessoal do funcionário. Segundo ele, existia solidariedade entre o Estado e os atos de seus agentes.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Na vigência da Constituição de 1988, a responsabilidade dos titulares de serventias extrajudiciais é regida por um encadeamento de normas, bem com o dopróprio Texto Maior pode-se inferir a conclusões distintas a respeito dessaresponsabilidade. Do artigo 22 da Lei nº 8.935/1994, extrai-se a conclusão que notários responderão objetivamente pelos danos causados a terceiros em razão de seu ofício.

Conforme análise do artigo 37, § 6º, da Constituição, é possível concl uir que oEstado responde objetivamente pelos danos causados por notários e estes somente responderão em retrocesso, se for comprovada a culpa ou fraude, ou eles respondem objetivamente. Levando em conta que existem várias interpretações possíveis, por motivo da multiplicidade de diplomas legais que tratam sobre assunto, há muitas controvérsias em torno da responsabilidade civil dos notários no direito pátrio vigente.

> Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra responsável nos casos de culpa ou dolo. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

O artigo 175 da Constituição Federal traz que determinados serviços públicos que são de competência exclusiva do Poder Público, eles podem ser remunerados sob a forma de concessão ou permissão. Nesse caso o poder público transfere ao particular tanto a execução quanto a responsabilidade pelo serviço público mediante remuneração (tarifa) paga pelos usuários.

3 SERVIÇO PÚBLICO POR DELEGAÇÃO

Todas as atividades executadas pelo poder público de forma direta ou indireta, ou por colaboração de particulares sob o regime de direito público (concessão ou permissão) são em geral serviços públicos por delegação. Como exemplo tem a segurança pública, saúde, transporte, educação. Não sendo considerado serviço uma obra, pois a mesma tem se o tempo limitado. São três os elementos que norteia o serviço público, o primeiro deles e a utilidade ou comodidade material prestada continuamente à sociedade, o segundo o trato formal que é exercido sob o regime de direito público, mesmo sobe a concessão ou permissão, e por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

ultimo o elemento subjetivo, que é prestado pelo estado de forma direta ou indireta.

São chamados de serviços centralizados, os serviços prestados pelo estado. Sendo assim, a administração distribui a competência nas execuções desses serviços pela desconcentração em órgãos internos, buscando eficiência, essa desconcentração pode ser dar por outorga ou por delegação, que neste ultimo caso, é os serviços notariais, em que o estado transfere o poder de prestar serviço ao particular.

3.1 A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS

São públicos, mas exercidos em caráter privado através da delegação, conforme legislação constitucional, os serviços notariais, instituto de direitoadministrativo pelo qual a administração atribui atividade própria a um ente privadoou púb lico (no caso uma pessoa física). Sendo assim, particulares os delegatários que ao desempenhar funções que caberiam ao Estado, colaboram com a administração pública, sem se enquadrar na definição de funcionário público.

Por sua vez, dada à natureza pública dos serviços e exercendo osdelegatórios, função pública, estão sujeitos às regras impostas ao funcionamento dosserviços pú blicos e são considerados funcionários públicos para efeitos penais, nostermos do art. 32 7 do Código Penal "considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

Consideradas igualmente autoridades públicas para efeito de impetração de mandado de segurança, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qu está pacificada no entendimento da Súmula 510, de teor seguinte:

> Sumula 510 STF- Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.
>
> Esse entendimento - é importante destacar - encontra integral apoio no magistério da doutrina, que ressalta, tratando-se de mandado de segurança impetrado contra ato praticado no exercício de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> atribuição administrativa delegada, que a competência jurisdicional para apreciar o 'writ' mandamental deverá ser definida em razão da qualidade da autoridade delegada, e não em função da condição hierárquica do órgão delegante (...). Cabe enfatizar, por necessário, que essa mesma percepção do tema reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituindo, até mesmo, objeto da Súmula 510 desta Corte Suprema, (...)." (Rcl 10707 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 28.5.2014, *DJe* de 30.10.2014). Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.htm>.

3.2 FORMA DE INGRESSO DO NOTÁRIO

De acordo com o comando constitucional, o ingresso na atividade notarial, se dá através de concurso público de provas e títulos. Os concursos são realizados pelo Poder Judiciário, com a participação da OAB, do MP, de um notário. (art. 15 da Lei 8.935).

> Art. 15. Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador.
>
> § 1º O concurso será aberto com a publicação de edital, dele constando os critérios de desempate.
>
> § 2º Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>.

Além da aprovação no concurso público para que haja a obtenção da delegação o candidato devera preencher alguns requisitos que são eles a nacionalidade brasileira, tendo capacidade civil, total quitação com as obrigações eleitorais e militares, a formação e diploma de bacharel em direito e verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Abre exceção ao requisito do bacharelado em direito, o § 2° do art.15 da Lei8.935, permitindo que se candidatem não bacharéis "que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, 10 (dez)anos de exercício em serviço notarial ou de registro". Após definir os tabeliães eregistradores como profissionais do direito (art.3° da Lei 8.935), o legislador,exigindo apenas a prática no exercício das funções, permite que alcem a delegação não bacharéis. Os delegatários exercendo consideravelmente relevantes funções, e assim sendo responsáveis pela qualificação registral, notarial, pela instrumentação de segurança jurídica e pela prevenção de litígios, com a liberdade de interpretar, sendo verdadeiros vetores da paz social, melhor seria não dispensar o requisito do bacharelado em direito, porem assim foi, em homenagem a tantos que se dedicou por longos anos ao serviço notarial e registral.

A nacionalidade brasileira exigida não sendo somente o brasileiro nato mais também engloba os brasileiros naturalizados. Finalizado o concurso, os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação e receberão a outorga da delegação.

O art. 2° da Lei 8.935 foi vetado pelo Presidente da República, mantido oveto pelo Congresso Nacional. A qual dispunha o texto vetado, que caber ao Poder Judiciário a delegação. Destinando-se ao ingresso na atividade 2/3 das vagas, cabendo à remoção por concurso de títulos o preenchimento do terço restante. Assim sendo, o critério de preenchimento define-se pela data da vacância da titularidade ou, quando a vagas na mesma data, conforme criação do serviço.Admitem-se à remoção de titulares que exerçam a atividade há mais de dois anos, ficando a cargo da legislação estadual dispor sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção.

3.3 O CARÁTER DE SERVIDOR PÚBLICO DO NOTÁRIO

A atividade notarial apresenta função de natureza pública e conforme art. 37 da Constituição tem como metas os seguintes princípios: eficiência, publicidade, legitimidade e a impessoalidade, como qualquer outra atividade exercida no âmbito do Poder Público. Constitui uma impropriedade falar-se em delegação de serviço público, na medida em que o notário não se submete a qualquer tipo de licitação que é o meio próprio para consentimento de delegação, conforme o entendimento dos adeptos dessa tendência, elevando-se à função unicamente através de concursopúblico, pelo que haveriam de se

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

r considerados agentes estatais ocupantes de cargos públicos criados por lei.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Além disso, por possuírem fé pública, as atividades desempenhadas por esses profissionais seriam revestidas por uma cobertura de autoridade conferida pelo Estado. Acentuando os argumentos expostos por essa linha de raciocínio, a lei8.935/94, em seu art. 25, bloqueou o acúmulo do exercício das atividades notariais com a ocupação de qualquer cargo público, mostrando o seu caráter estatal.

> Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função pública, ainda que em comissão. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>.

A Constituição Federal, em seu art. 175, ensina: "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". A leitura de maneira sistemática da doutrina e da legislação comparada poderá originar contradições e incoerências, na medida em que a atividade notarial se reveste dos atributos do Poder Público, ou quando evidencia características de natureza privada.

Isto acontece por causa da impropriedade, ou mesmo da falta de técnica, do legislador, que misturando elementos inconciliáveis no texto legal, acabou por inaugurar uma figura jurídica mesclada em nosso ordenamento. Não há como admitir se tratar de hipótese de delegação, uma vez que tal instituto consiste em mecanismoatravés do qual a titularidade de um serviço é transferida do Estado para o particular, sempre através de procedimento licitatório, ou, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, no "procedimento administrativo mediante o qual a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse", podendo serrevogada desde que o interesse público o exija. Do mesmo modo, não se podeconsiderar que se trate de um funcionário público como outro qualquer, tão somente porque ingressou nos quadros do serviço público mediante concurso. Assim, embora não se possa dizer que eles ocupam cargo público, tem-se por certo que possuem ampla relação com o Estado, na medida em que seu ingresso se dá mediante concurso público e sua atividade é regulada pelo Poder Judiciário.

4 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS NOTARIAIS

Os notários em sua essência são profissionais que desempenham função pública no domínio dos cartórios. Por sua vez, por se situarem em posição peculiar em relação aos demais agentes públicos, sua natureza jurídica virou alvo de grande discussão no mundo do direito, então, seriam eles delegados da administração pública e verdadeiros agentes públicos, ou, por não conferirem benefícios ao administrado, as atividades por eles desempenhadas não poderiam ser consideradasserviço público? A definição do sistema de responsabilização civil dos titulares de serventias extrajudiciais passa, necessariamente pela compreensão da natureza jurídica do vínculo que os liga ao Estado.

Encontra-se dentre os servidores público, o grupo dos serventuários, distinguindo-se dos funcionários públicos: ambos são investidos em cargos criados por lei, porém, enquanto os servidores recebem seus vencimentos dos cofres públicos, os serventuários, podem recolher pagamento pelos serviços que prestam, por meio de custos e comissões. Então, o serventuário é órgão indireto do Estado, por tratar - se de órgão privado no exercício de função pública, remunerado pelas partes ou interessados.

Anteriormente, na sistemática do direito, as serventias eram oficializadas;faziam parte da organização do Estado e, desta maneira, os seus titulares eram funcionários públicos, sendo assim, submetidos às normas administrativas próprias dos servidores estatais, se sujeitando a um estatuto e a todos os privilégios e restrições comuns à categoria, como, por exemplo, sanções disciplinares, aposentadoria compulsória aos setenta anos e assimilação de proventos integrais.

Representou grande evolução para o ordenamento jurídico brasileiro o novo regimento constitucional dos serviços notariais. A doutrina

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

moderna, diante das modificações trazidas pela Lei Maior, entende que se trata de delegação de serviço público, uma vez que o Estado delega a função notarial ao particular, resguardandopara si a titularidade do serviço público. Então, dessa forma, a delegação é efetivada por meio de concurso público de provas e títulos e tem caráter personalíssimo, não podendo haver cessão a outra pessoa. No entanto, permite-se ao titular da serventia, contratar, sob a regência da CLT, seu substituto e demais prepostos para, sob suatotal responsabilidade, agir em nome do titular na prestação dos seus respectivos serviços notarial.

Silveira atesta esta corrente de pensamento, afirmando que:

> O Estado atribui poderes ao particular que, por sua vez, exercita esses serviços públicos em colaboração com o próprio Estado. A delegação da competência dos serviços de registro baseia-se no princípio da descentralização, pois é forma de descongestionamento da Administração. "O princípio da descentralização visa assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender". (SILVEIRA, 2007, p.120).

Diante do entendimento acima exposto, é natural concluir que o notário exerce um serviço público delegado, regido por legislação própria, vinculando-se ao Poder Estatal, em razão da fiscalização a que está submetido. Logo, o titular do serviço notarial age como prestador de serviço público ao usuário. Nesse sentido, a SC, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3151, entendeu que, as atividades notariais são atividades jurídicas próprias do Estado, cuja prestação é repassada para os particulares mediante delegação. Refere-se, portanto, a uma representação *sui generi*0073, concedida somente a pessoa natural, por habilitaçãoem concurso público de provas e títulos, e não por adjudicação em processo de oferta que seria o antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público.

Por consequência, a peculiaridade da delegação do serviço notarial reside nofato de que as serventias de notas não possuem personalidade jurídica ou judiciária,de forma que os titulares de serviço notarial, não são pessoas jurídicas de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

direito privado prestadoras de serviço público no sentido do § 6º, do art. 37, CF, comonormalmente ocorre nas delegações de serviço público.

Mesmo assim, tal fato não capacita a inclusão do notário como agentepúblico, por não existir o vínculo de hierarquia próprio da situação funcional. Assim, o Estado ao conceder a delegação, confere auto-suficiência ao notário que, com independência, cumpre sua pretensão, em relação à lei ou ao seu entendimento do comando legal. Concluído o concurso de ingresso para o serviço notarial, o Estado deixa que se imponha sua vontade aos delegados, que passam a cumprir suas funções submetidas apenas à fiscalização. Resumindo, com o advento da CF de 1998, modificou-se o entendimento anteriormente explicitado, de que seriam os notários meros servidores públicos, passando a serem considerados, a partir de então, delegados do serviço público.

A organização soberana do Estado, matéria constitucional pressupõe a fixação da forma de estado, a instituição dos Poderes, a definição da forma e sistema de governo,
o estabelecimento dos direitos e garantias dos governados e, ainda, aestruturação legal das funções de caráter executivo do próprio Estado, em outras palavras a organização da Administração Pública.

É importante frisar que as entidades são pessoas jurídicas, públicas ou privadas, os órgãos são centros de competência despersonalizados e que os agentes são aqueles que desempenham as funções do órgão, atribuídas e delimitadas por norma legal, aos cargos de que são titulares, podendo exercer, excepcionalmente, funções sem cargo. Os agentes públicos classificam-se: agentes políticos, que são os integrantes do três Poderes e os componentes do primeiro escalão, membros do Ministério Público,
Tribunais de Contas, e representantesdiplomáticos; agentes administrativos, que são os servidores públicos definidos no art. 37, incisos II, V, IX, da CF/88; agentes honoríficos, isto é, aqueles cidadãos convocados ou nomeados a prestar, interinamente, serviços ao Estado a título gratuito, configurando-se em verdadeiros colaboradores; e, por fim, agentes delegados, particulares que desempenham atividade, realizam obra ou executam determinado serviço público em nome próprio, por sua conta e risco, mas sob a fiscalização do Estado delegante. É na categoria de agentes delegados que se encontram os notários.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O notário, como agente público delegado, não se confunde com os servidores públicos, tampouco exerce cargo público, mas não deixa de configurar representante do Poder Estatal, providos eles mesmos de autoridade. Isto se deve ao fato da delegação envolver, do prisma do delegante, forma de representação do poder estatal, credenciando o delegado.

A delegação é, a rigor, irrevogável desde o ato perfeito e acabado daoutorga, só podendo ser cassada nas hipóteses legais, obedecida o devido processo legal. Assim é: permanente ou estável desde a outorga, não restringida pelo biênio doestágio probatório, ao qual é submetido o servidor público da administração diretae indireta; extensiva a todos os atos integrados à função e ao objeto desta; Imposta ao próprio delegante, pois submete os atos notariais de seu interesse à aferição do oficial e suspende sua competência de outorgar outra delegação simultânea para o mesmo cargo; descontinuável por suspensão do titular, nos casos disciplinares e naforma de lei.

Dessa forma, os Notários, bacharéis em Direito, devidamente habilitados em concurso público de provas e títulos, desenvolvem função pública por delegação do Estado, assumindo, direta e pessoalmente, todos os ônus decorrentes do exercício da mesma, tais como: locação do imóvel onde será prestado o serviço, sua montagem com móveis e equipamentos necessários para a referida prestação, guarda e conservação dos livros e documentos respectivos, contratação de pessoal sob o regime celetista, responsabilidade por todos os atos praticados e prestaçãode caução junto ao Poder Judiciário Estadual ao qual incumbe a fiscalização do Serviço. Por tais motivos, não há que prevalecer o entendimento que o ServiçoNotarial configura uma pessoa jurídica. Tal assertiva absurda desconhece toda justificativa de delegação de função pública.

5 PRINCIPAIS ATOS NOTARIAIS

Entende-se que a atividade notarial tem a finalidade de assegurar à publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos de maneira preventiva, evitando com isso, o aglomerado de processos no judiciário e intervindo como meio de pacificação social.

O qual o tabelião sempre a pedido de parte interessada, lavrando um instrumento público formalizado, onde a parte narra tudo aquilo que verificou por seus próprios sentidos, sem expressa sua opinião, juízo ou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

conclusão, servindo para utilização nas esferas judiciais, extrajudiciais e administrativas, de modo ainda que os fatos ali descritos só possam ser atacados por incidente de falsidade é ainda através de sentença transitada em julgado.

São vários os atos em que o tabelião se lavra como os seguintes a frente a seguir.

A ata notarial é o instrumento público no qual o tabelião documenta, de forma imparcial, um fato, uma situação, sendo muito utilizada, por exemplo, para comprovar a existência e o conteúdo de sites na internet, ainda a realização de assembléias de pessoas jurídicas, atestando a presença de pessoas em determinado lugar, sendo o interessado que solicita a lavratura da ata notarial, conforme artigo 405 do código de processo civil.

O reconhecimento de firma é o ato em que o tabelião atesta assinatura em de um documento depositando nele a fé publica, sendo a confirmação da autenticidade ou semelhança daquela assinatura, sendo essas duas as modalidades dos reconhecimentos, não referindo em si o documento, mais sim a veracidade da assinatura.

O testamento é onde uma pessoa declara sua vontade ao tabelião, que para depois de sua morte seja usada sua vontade ainda em vida, podendo ser usado para disposições patrimoniais e não patrimoniais, sendo que se a pessoa que for fazer o testamento tiver herdeiros necessários, ele somente poderá dispor da metade dos seus bens em testamento, tendo como requisitos para o testamento público, que esteja em condições de expressar sua vontade, sendo necessária à presença de duas testemunhas que não podem ser parente do testador, e o testador devera ter acima de dezesseis anos, conforme ilustra o artigo 1.864 e SS do código civil.

A procuração é o instrumento abio pelo qual uma pessoa nomeia outra como sua representante em situações em que a pessoa não possa está presente, podendo ser procuração de pessoa física, e até mesmo procuração jurídica em que a representação se dar pela empresa.

A escritura pública de compra e venda por sua vez é o ato lavrado no cartório de notas, onde uma das partes vende um imóvel para outra, sendo documento indispensável para venda de bens imóveis acima de 30 salários mínimos.

Não tão somente esses atos que são de competência do notário, dentre eles não menos importante temos as autenticações de copias de documentos, dando a copia de um documento a veracidade de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

confirmação que é uma copia autêntica do original, tendo as escrituras não somente de vendas mais também de doação, de união estável onde um casal declara conviverem juntos como casados fossem somente, não alterando seus estados civis.

Ao colocar limites nos contornos da atividade, Brandelli assegura que a função notarial é composta por "aquelas atividades que são o cerne do notariado e que sempre estão presentes a fim de orientar os poderes e deveres do agentenotarial (2011, p. 125).

Logo adiante comenta:

> A função do notário consiste em receber ou indagar a vontade das partes; assessorar como técnico as partes e com isso dar forma jurídica à vontade das partes; redigir o escritoque se converterá em instrumento público; autorizar oinstrumento público, dando-lhe forma pública e credibilidade; conservar o instrumento autorizado; expedir cópias do instrumento. Função notarial é aquela atividade jurídico-cautelar cometida ao notário, que consiste em dirigir imparcialmente aosparticulares na individualização regular dos seus direitos subjetivos, para dotá-los de certeza jurídica conforme às necessidades do tráfico e de sua prova eventual. Note-se quetal conceito encerra um conteúdo definido (direção jurídica dosparticulares no plano da realização espontânea do direito), umobjeto (os direitos subjetivos dos particulares em sua etapa de individualização), e um fim (a certeza jurídica dos direitos subjetivos, amoldando-os às necessidades do negócio e de sua prova eventual). (BRANDELLI, 2011, p.126).

A atividade notarial constitui-se, portanto, no auxílio jurídico das partes, através da transposição de suas vontades para o instrumento notarial.

Registre-se que a atividade notarial depende de provocação, em virtude docaráter rogatório de sua função, sendo de outorga do notário agir de ofício. Trata-se, também, de profissão que goza de fé pública, na

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

medida em que o notário atua comorepresentante do Estado em sua atividade. Além do que, é marcada pelo dever de imparcialidade, porquanto cabe ao notário atuar com equidistância entre as partes. A esse respeito, é válida a lição de Leonardo Brandelli, que, ao discorrer sobre aatividade notarial, registra:

> A aplicação do seu mister de acordo com os ditames do Direito, e o zelo pela autonomia da vontade. Quanto ao primeiroaspecto, revela o dever do notário de desempenhar sua função em consonância com o ordenamento jurídico; deve receber avontade das partes e moldá-la de acordo com o Direito, dentrode formas jurídicas lícitas. (...) O outro aspecto contempla a obrigação do tabelião de velar pela autonomia da vontade daqueles que o procuram; deve ele assegurar às partes, dentrodo possível, uma situação de igualdade, bem como assegurar alivre emissão da vontade, despida de qualquer vício, recusando-se a desempenhar sua função caso apure estar tal vontade eivada por algum vício que a afete". (BRANDELLI, 2011, p.190).

Representam atividades do notário a análise dos elementos postos pelos particulares para a realização de determinado ato, a elaboração de pareceres jurídicos acerca da concretização de determinado ato jurídico e a instrumentalização da vontade das partes, sempre com vistas a conferir ao ato a maior segurança jurídica possível. Enfim, conforme Brandelli, "a função notarial apresenta, simultaneamente, várias características. Ela constitui uma função jurídica, cautelar, técnica, rogatória, pública e imparcial". Vê-se, desse modo, que a atuação do notário não se restringe à instrumentalização e autenticação de documentos. Mais que isso, desempenha a relevante missão de orientar e assessorar as partes para a formalização de um negócio jurídico seguro.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS

Desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pelavítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente, conforme tratava o artigo 22 da lei 8935/94, não falando se em dolo ou culpa dos notários,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

bastava o dano. Pois, na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância,

Nos termos do parágrafo único do artigo 927 do cc, podemos verificar que nos casos em lei e nas atividades de risco a responsabilidade do causador do dano éobjetiva, ou seja, independe de dolo e culpa.

Quanto à responsabilidade pessoal dos notários, havia duas correntes centrais. A primeira apontava para responsabilidade objetiva com fundamento na redação e gramaticidade do art. 22, da lei 8.935/1994, posteriormente alterada pela lei 13.137/2015, lei essa que já não se encontra mais em vigor.

> Os notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes, responderão pelos danos que eles e seusprepostos causem a terceiros, inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas, na prática de atos próprio da serventia, assegurado aos primeiros, direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13137.htm>.

A responsabilidade dos oficiais de registro e tabeliães independia de aferição da culpa na contratação dos prepostos, bem como da negligência destes durante aprática dos atos, conforme interpretação permitida na redação. Portanto, a teoria do risco, imputando ao titular, responsabilização objetiva e garantindo regressividade contra quaisquer dos seus serventuários apenas em caso de dolo (culpa lato sensu) ou culpa stricto sensu (leve ou levíssima).

Por sua vez a incidência de responsabilidade pessoal subjetiva de notários,mediante uma interpretação contextual firmada principalmente no art. 38, da lei 9.492/1997, interpretando-o analogamente aos oficiais de registro: "Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso". Por ser a Lei 9.492/97 superveniente, incidiria para todos os titulares de delegação, alterando, portanto, a teleologia da lei 8.935/94, cuja redação originária remonta 1994; isso conforme a segunda corrente sustentava.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

As crítica a essa corrente pode ser feita na medida em que, pelo fatode a lei 9.492/1997 regular especialmente os Tabeliães de Protesto de Títulos, o art. 22, da lei 8.935/94 continuaria em vigor em relação aos oficiais de registro edemais tabeliães, porquanto não expressamente revogado pela lei posterior, bemcomo não conflitante com suas disposições, no que tange os demais prestadores de serviços notariais e registrais.

Em 10 de maio deste ano, foi publicada a Lei 13.286/16, que modifica a responsabilidade civil dos notários no exercício de sua atividade típica, alterando pela segunda vez a redação do art. 22, da lei 8.935/1994, pondo fim à discussão acerca da responsabilidade de tabeliães e notariais.

A responsabilidade civil subjetiva caracteriza-se pela existência dos elementos do
dolo ou culpa do causador do dano, além da conduta, do dano e do nexode causalidade.

Não se falando mais após a alteração em responsabilidade civil objetiva do notário, nos casos em que independo do dolo e culpa do agente causador do dano.Sobre a responsabilidade civil objetiva leciona Silvio Rodrigues: A questão da responsabilidade civil por atos praticados por notários e registradores era controversa e durante muito tempo tem ocasionado discussões acirradas, sobretudo quanto à necessidade de demonstração da culpa dos sujeitos incumbidos doexercício da atividade eminentemente pública por delegação, nos termos do art. 236, da CF.

Há o posicionamento majoritário dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, acompanhado por parte da doutrina, de que os tabeliães e oficiais de registro são funcionários públicos, ainda que o exercício de seus serviços se dê em caráterprivado, de modo que o Estado deve responder obj etivamente pelos danos causados por estes sujeitos aos usuários do serviço. Está em tramitação perante o STF o Recurso Extraordinário 842.846-SC, ao qual foi reputada repercussão geral, para se decidir acerca da responsabilidade civil do Estado em caso de serviços delegados, bem como da natureza da responsabilidade civil de notários. Isso mostra que nesse contexto, surgiram diferentes correntes que buscavam explicar a natureza dessa responsabilidade.

Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelossubstitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito deregresso, conforme nova redação dada ao art. 22 da lei 8.935/1994, pela lei 13.286/16, cessando a polêmica quanto

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

à responsabilidade pessoal do oficial deregistro e notário, os quais responderão subjetivamente por danos causados no exercício da atividade típica.

> Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.
>
> Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil.htm>.

Fazendo diferença, portanto, temos dano decorrente de instrumentalizar a vontade das partes de modo a gerar eficácia, da atividade atípica, anexa ao serviço notarial, é com a nova redação da lei que modifica a responsabilidade civil do notário, modifica-se o prazo de prescrição para a pretensão da reparação do dano, que antes era de 5 anos após a lavratura do ato, é que agora é de 3 anos.

O notário rompe o liame causal no exercício da atividade e, portanto, mitiga efeitos indenizatórios quando informa minuciosamente os efeitos ao usuário, fazendo constar informações adicionais nas escrituras públicas. E sem sombra de dúvida a lei gera um avanço, na medida em que proporciona aos notários a possibilidade de ousarem mais na prática de seu ofício.

A atribuição a serventias extrajudiciais de atos para colaborar com o Judiciário propiciou celeridade e melhor qualidade, por via oblíqua, e melhor atendimento à prestação jurisdicional, já que agora se preocupará apenas com casos que envolvam litígios inconciliáveis, ou aqueles que não possam ser realizados em Cartório.

Tal fato denota a importância da via administrativa na estabilidade do ordenamento jurídico, assumindo o notário papel fundamental, corroborando entendimento de afirmar que se não pode deixar de observar que, dentre as diversas funções ou profissões surgidas com o desenvolvimento da sociedade, a atividade do notário é uma das poucas que ainda perdura.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Daí a importância da figura do notário, o profissional do Direito que tem por missão dar publicidade a fatos jurídicos que a todos interessam e afetam; aconselhar as pessoas e prevenir litígios; intermediar os contratos e atos solenes que marcam a vida das famílias e dos cidadãos, como o inventário e partilha de bens.

A atividade notarial é uma das atividades mais antigas, em maior ou menor grau, seja com maiores, seja com menores funções, existe na maior parte dos países ditos civilizados. Por sua vez sistema extrajudicial brasileiro não é o melhor nem o pior, mas é um dos mais avançados que existe nos tempos atuais, sendo juntamente com o espanhol e o alemão paradigma utilizado em outros cantos do Planeta.

> [...] Formalizar juridicamente as vontades das partes; intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; autenticar fatos; lavrar escrituras e procurações públicas; confeccionar testamentos públicos e aprovar os cerrados; produzir atas notariais; reconhecer firmas; e autenticar cópias. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>.

Portanto, os Cartórios só vêm ajudando a desjudicializar atos e fatos jurídicos privados, trazendo informações e conhecimentos para todo o meio jurídico, sendo que a aptidão técnica e a competência do notário devem ser avaliadas na estrita análise do desenvolvimento de seu mister, isto é, na execução das tarefas determinadas pela lei que rege sua atividade, a Lei nº 8.935, de 1994.

Com profissionais habilitados e preparados para melhor atender à comunidade, os Cartórios vêm a cada dia aperfeiçoando e aprimorando seus conhecimentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A atuação dos notários na solução de conflitos é prevista na Lei Federal nº 8.935, de 1994. Os notários e registradores já atuam como conciliadores e mediadores, no seu dia a dia, na prevenção de conflitos. Na esfera extrajudicial, a resolução consensual proporciona redução de tempo e custo, e propicia segurança jurídica de acordo com a vontade das partes. Nesse sentido, o art. 175 do novo Código de Processo Civil não vedou a atuação de outros profissionais do Direito em prol da conciliação e da mediação. Não há incompatibilidade da função de mediar com a atividade notarial e registral, isso porque os notários e registradores formalizam a vontade das partes e dão forma legal aos atos e negócios jurídicos.

7 CONCLUSÃO

Os notários são profissionais de direito, dotados de fé pública, que prestam serviços públicos para garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, bem como atuem na maioria das vezes como consultores jurídicos e agentes públicos. Verificamos que a responsabilidade do notário passa a ser subjetiva.

Compreenda-se que os notários são pessoas físicas prestadoras de serviço público, através de delegação, porém adquirido por meio de concurso público. Assim, no ordenamento jurídico pátrio vigente, coube ao legislador infraconstitucional decidir por qual critério os notários responderão pelos danos causados no exercício de suas atividades.

Não cabe ao Estado responder diretamente pelos danos que ostitulares de serventia extrajudicial não-oficializadas causarem a terceiros, porque se o Estado pretendesse responder diretamente, teria mantido oficializadas as serventias, e não no regime privado e tais profissionais agem por sua contaprópria, assumem os riscos e exercem suas atividades com autonomiaadministrativa e financeira. Ademais, a não responsabilização direta do Estadoé favorável aos próprios notários, uma vez que legitima jurídica e socialmente uma boa remuneração.

O Estado responde de forma subsidiária, quando os titulares da serventia extrajudicial se tornarem insolventes, tendo em vista que a titularidade advinda do serviço público notarial permanece com o Estado.

Com conformidade com a nova alteração da sobre a responsabilidade dos notários sendo o critério subjetivo para responsabilidade dos notários, tendo em vista, fazendo com que os lesados pelos erros notarias comprovarem, culpa ou dolo dos tabeliães para que os mesmos se responsabilize. Tratamos da responsabilidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

jurídica dos notários, no ordenamento jurídico pátrio vigente, embora tais profissionais também possuam outras responsabilidades.

Os notários prestam relevantes serviços públicos, assim desempenham um papel ou uma tarefa importante na sociedade. A responsabilidade problemática está presente e esclarecido, uma vez que se trata de atividade humana. A responsabilidade da capacidade é cumprida por intermédio da obrigatoriedade de concurso público para o ingresso na atividade notarial na qualidade de titular da serventia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sonia Marilda Peres. **Responsabilidade Civil de Notário e Registradores**: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. Revista de Direito Imobiliário. IRIB. n.º 53. ano 25. Ed. RT, julho–dezembro de 2002.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 2008

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais do DireitoAdministrativo**, vol. II, São Paulo: Forense, 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BEBER, Jorge Luís Costa. **Responsabilidade Civil dos Tabeliães e Registradores**. Disponível em: http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzQxNQ==&filtro=9&Data=, acesso em 20/11/2016.

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAHALI, Yussef Sahid. **Responsabilidade civil do Estado**, 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 348., São Paulo: Malheiros, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e dos Registradores comentada** (Lei n.º 8.935/94). 4ª edição, rev., ampli. e atual. até 10 de julho de 2002. São Paulo. Saraiva, 2012.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense,2013.

CRUZ, Rogério Dell'Isola Cancio da. **Responsabilidade Civil dosNo tários e Registradores**. Rio de Janeiro. Usina de Letras. 2009.
DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil – Da Responsabilidade Civil**. Das Preferências e Privilégios Creditórios. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito civil 1** / Fábio Vieira Figueiredo, Brunno Giancoli;
coordenação geral Fábio Vieira Figueiredo, Fernando Ferreira Castellani,M arcelo Tadeu Cometti. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção OAB nacional. Primeira Fase).
FIGUEIRÓ, Miguel de Oliveira. **Das Atividades Registral e Notarial - Ingressoe Remoção**. Porto Alegre: Norton Editora, 2006.
FIUZA, Cesár. **Direito Civil: curso completo**. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de dire itocivil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**, 7. ed., São Paulo : Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

pelos Autores do Anteprojeto. 8ª edição. Rio de Janeiro. Ed.Forense Universitária, 2004.

MARTINS, Cláudio. ***Teoria e Prática dos Atos Notariais***. Rio de Janeiro : Forense, 2009.

MATA, Brenno Guimarães Alves da. **Registros Públicos nas Constituições do Brasil**. Disponível em: <http://www.notariado.org.br>. Acesso em: 18 outubro. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.São Paulo: Malheiros Editores,2006.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. **Da Natureza Jurídica dos Emolumentos Notariais e Registrais**. Jus Navigandi. Teresina. a. 9. n. 591. 19 fev.2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6313>, acesso20/11/2016.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. **Curso de direto civil: direito das obrigações**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

NALINI, José Renato. **Registro de Imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar (obra conjunta)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto (obra coletiva)**, 6ª ed., Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense,
2001.Registro de Imóveis (vários estudos). Porto Alegre: IRIB:Sergio Antônio Fabris Ed., 2005.

PEREIRA, Juliana Hörlle. **Responsabilidade Civil dos Notários e dos Registradores**. Disponível em:
< http://www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo12.pdf>. Acesso em: 20/12/2017.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Regulação da função pública notarial e de registro. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Flauzilino Araújo. **Sobre a Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores**. Monografia. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade Paulista – UNIP, 1997. Disponível em: <http://www.primeirosp.com.br/Flauzilino.rtf>. Acesso em: 18/11/ 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Os Serviços Notariais e Registrais no Brasil**. Disponível em: http://www.irib.org.br/obras/os-servicos-notariais-e-registrais-no-brasil, acesso em 03/01/2017.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Os serviços notariais e registrais no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, 21 Mar. 2007. Disponível em: htpp://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9629?. Acesso em: 03/01/2017.

NOTA:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo; Mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em Tecnologia Nuclear IPEN/USP. Palmas – TO. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA CRIMINAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

ANA LUCIA BINATTI BARBAIS:
Bacharelanda do Curso de Direito pela Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: O Sistema Processual Penal Brasileiro aceita diversos tipos de provas, tais como, a prova testemunhal, a documental, o reconhecimento de pessoas e coisas, a confissão do acusado e a perícia criminal, sendo esta o meio de prova de maior relevância. A perícia criminal é o meio de prova que fala por si só, o laudo pericial de qualquer área que seja, quando bem elaborado, claro, e minucioso, não deixa levantar dúvidas a respeito do que foi o instrumento do crime, a causa da morte, o possível autor, entre tantos questionamentos levantados. Desse modo, servem para que os magistrados profiram a sua sentença, buscando sempre a máxima verdade do caso, e, com isso, fazer Justiça. A criminalística em forma de ciência forense veio abrindo caminhos para diversas áreas de conhecimento: médicas, biológicas, geográficas, físicas, químicas, quânticas, entre outras, a fim de embasar o universo jurídico. Quando se podia imaginar que as especialidades de humanas, exatas e biológicas caminhariam lado a lado, uma dependendo da outra para se sustentar, conforme postulou Albani Borges dos Reis: *"Todo crime tem pelo menos duas versões. A perícia com os recursos da metodologia científica e da tecnologia pode contar versão verdadeira".*

Palavras-chave: criminalística, indispensável, laudo pericial.

ABSTRACT: The Brazilian Criminal Process admits several types of evidence, as testimonial, documental, recognition of persons and things, confession of the accused and criminal expertise, which is the most relevant means of proof. The criminal expertise is the means of proof that speaks for itself. The forensic report, when well elaborated, clear, and meticulous, leave no doubts about the cause of death, the instrument of the crime, the possible author, among many questions raised. That way, it helps the magistrates to sentence, always seeking

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

justice. Criminalistic, as a forensic science, is a path to various areas of knowledge: medical, biological, geographic, physical, chemical, quantum, among others, in order to base the legal universe. When one could imagine that the areas of human, exact and biological would interact, one dependent of the other to sustain itself, as postulated by Albani Borges: "All crime have at least two versions. Criminal expertise, with the resources of science and technology can tell the true one "

Keywords: criminalistic, indispensable, expert report.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. DESENVOLVIMENTO. 1. A EVOLUÇÃO DA PERÍCIA CRIMINAL. 2. PERITO CRIMINAL. 3. PROCEDIMENTO E METODOLOGIA APLICADA. 4. MODALIDADES DE PERÍCIA. 5. LAUDO PERICIAL. 6. O CASO PC FARIAS: UM DESAFIO PARA PERÍCIA TÉCNICA. 7. SÉRIES DE TELEVISÃO E O GOSTO PELA PERÍCIA CRIMINAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

É indispensável, para o julgamento de um processo, que ele seja instruído com todas as provas que a lei lhe permite. Uma das provas que, de maneira nenhuma, poderá deixar de instruir um processo penal é a prova pericial, a qual é tida como ciência forense, em que tudo é submetido à verificação, à análise e comprovação. Tal prova tem, por si, uma margem de erro que deve ser mínima, evitando prejudicar um inocente e inocentar um culpado.

Com isso, todo crime que ocorre é um fenômeno a ser descoberto, e esclarecido, cabendo a criminalística e toda a sua organização interna respaldarem os órgãos judiciários nas suas decisões, com laudos claros, objetivos e concisos, não deixando margem para dúvidas e supostos questionamentos. Em se tratando de perícia, não se busca encontrar somente informações, hipóteses ou resultados. Aqui, o se que prioriza é que a verdade seja esclarecida.

Ao ter em vista as informações já explanadas, o presente artigo tem como finalidade mostrar a importância da criminalística como ramo da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ciência, que é exatamente o que norteia a investigação criminal e põe fim ao inquérito, dando início a uma nova fase no processo, o julgamento, o qual será sustentado pelos laudos periciais.

DESENVOLVIMENTO

1. A EVOLUÇÃO DA PERÍCIA CRIMINAL

O termo criminalística surgiu na década passada por um alemão, cujo nome era Hans Gross, considerado o fundador desse tema. A partir de suas pesquisas, livros e materiais, surgiram diversos adeptos com desejo de dar continuidade a esse conceito. Dessa maneira, aprofundou-se nas novas técnicas concernentes à ciência, ao mostrar a importância da perícia criminal para investigação de um crime, deixando para trás práticas abusivas, excessivas e ineficazes, como a confissão mediante tortura. Foi observada a necessidade de um novo ambiente de estudo para se solucionar crimes. Antes de existir o conceito de criminalística, os primeiros trabalhos sobre investigação criminal científica se iniciaram com a medicina legal e com o estudo das impressões digitais, a datiloscopia, que juntas seguiram rumo à evolução da ciência forense, com a finalidade de determinar a materialidade do crime e identificar o culpado. Com o passar do tempo e o advento da evolução tecnológica, o estudo em volta da área forense foi se aprimorando, tornando-se um assunto multidisciplinar, a conquistar estudiosos e profissionais, que começaram a aplicar seus métodos e aperfeiçoá-los com a observação de experiências, o que foi documentado e repassado. Assim, ganhou o mundo, que, até os dias atuais, faz-se presente e necessário para o julgamento de um processo. Sem ela, não se pode falar em exatidão dos fatos e provar a materialidade.

A perícia, no Brasil, não tem uma base doutrinária, regras, normas a serem seguidas por seus peritos. Isso não quer dizer que não considera a essência universal da metodologia da perícia, como ressalta Albani Borges dos Reis: "*Não havendo assim uma doutrina específica e uma sistematização que orientasse os peritos e médicos legistas, eles seguiram o ofício de maneira espontânea, porém nunca fugindo dos padrões da metodologia científica universal*".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

No Brasil, a criminalística é um órgão auxiliar da atividade de polícia judiciária e seu membro de representação é a associação brasileira de criminalística, fundada em 22 de fevereiro de 1977, por iniciativa dos peritos oficiais da época, pela qual perdura até os dias atuais, com a intenção de melhorar e qualificar cada vez mais a perícia no Brasil. Infelizmente, contamos com pouco investimento para com esses profissionais, sejam os equipamentos defasados, a intensa rotina de trabalho, a busca por uma remuneração salarial justa e sem disparidade. Salienta-se, ainda, que os investimentos são baixíssimos no campo da pesquisa de uma forma geral no país, o que dificulta grande parte do trabalho desses peritos, que não trabalham sozinhos, mas, sim, interligados com diversas outros campos, os quais necessitam de recursos financeiros para se manter e entregar, de maneira eficaz, os resultados, já que preceitua a legislação processual penal um prazo para que seja entregue o laudo pericial.

2. PERITO CRIMINAL

A legislação penal é clara ao trazer a figura do perito para dentro do processo, ao ressaltar, assim, características próprias dessa profissão. A referida legislação assevera que a perícia será realizada por perito criminal oficial, que é aquele dotado de conhecimento específico técnico e científico com curso superior, já aprovado mediante concurso público. A função do perito é desvendar o quebra-cabeça, é dele que se tem a prova para solucionar o caso, a prova material instrui e direciona a investigação criminal. Dessa forma, é fundamental o papel da perícia em toda investigação que deixar vestígios. Em grande parte dos casos, será nomeado somente um perito para realizar a ação, mas isso não impede que possa ser nomeado um segundo, quando o caso concreto possibilitar. Torna-se relevante, assim, salientar o fato de que o Código de Processo Penal (CPP) dispõe que, em caso de falta de perito oficial, poderá a autoridade judiciária ou policial nomear dois peritos não oficiais, que tenham diploma em ensino superior específicos na área do caso concreto. Nesse caso, serão nomeados dois peritos não oficias, prestando o devido compromisso.

O CPP é bem claro quanto à obrigatoriedade da perícia criminal nas infrações que deixarem vestígios; dessa maneira, são aplicáveis aos peritos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

as regras de suspeição e de impedimento, não podendo as partes escolherem tais peritos, mesmo nos casos de ação penal privada.

3. PROCEDIMENTO E METODOLOGIA APLICADA

Ao haver uma infração penal de cunho suspeito que deixa vestígios ou suspeitas, será solicitada a presença da perícia criminal. Chegando no local do crime, o perito deverá isolar o ambiente para que seja contaminado o mínimo possível. A preservação do local é indispensável e quem solicita a presença da perícia é a polícia militar ou civil, cabendo, todavia, a requisição da perícia a polícia civil, que é a primeira a ter acesso ao local dos fatos. Infelizmente, na maioria dos casos, algumas das provas se modificam ou até mesmo se perdem, seja por conta do tempo, seja por curiosos que violam o local, perturbam e tumultuam o desempenhar do trabalho. Há casos em que o local sequer é isolado, trazendo prejuízos imensuráveis para a investigação, em que fica evidente como é fundamental a conservação do local do crime.

Desta maneira, o espaço deverá ser isolado, retratando fielmente a cena do crime, para descrever precisamente todo o tipo de informação e tudo o que tiver aos olhos do perito (percebe o que o homem médio não percebe). O objetivo do local do crime é retratar, ao máximo, o que verdadeiramente aconteceu, já que o ambiente dos fatos fala por si só, cabendo ao perito criminal forense, minuciosamente, decifrar tais fenômenos, caracterizar o tipo de ocorrência e quais foram os meios empregados, objetos utilizados e coletar todo o tipo de material que achar essencial para esclarecer os fatos. Assim, percorre a investigação criminal, da primeira impressão, o local do crime, as quais nascem as hipóteses, que serão confirmadas no curso da perícia. Encerrada a primeira parte da investigação, parte-se, agora, para a complementação, a elaboração de exames suplementares, exames laboratoriais, sejam eles sanguíneos, balísticas, digitais, de pegadas, DNA, frenagem, entre outros.

Não podemos esquecer o fato de que, para cada investigação, há um tipo de caminho a ser seguido pelo perito criminal, como nos crimes de morte violenta, acidente de trânsito, incêndio ambiental e arrombamento seguido de furto, entre diversos outros tipos de situações. Nos casos de morte violenta, as informações iniciais, por parte dos policiais, são primordiais para a organização da equipe. Assim, são relevantes dados

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

como a data e hora do acontecimento, se há vítima, qual tipo de ocorrência, se o local se encontra preservado. E, ao simplificar a abordagem, já é possível saber qual caminho percorrer, focar especificamente no que é indispensável para cada tipo de situação, mesmo tendo a ciência de que haverá similaridades, mas nenhum é, pois, igual aos outros.

Desse modo, nos casos de morte violenta, os passos são: i) fotografar o corpo de diversas maneiras possíveis; ii) ter a percepção imediata de qual foi o instrumento do crime e a causa provável da morte; iii) verificar o ambiente interno e externo do local dos fatos; iv) observar se houve ou não luta corporal, verificando e descrevendo, minuciosamente, a situação dos móveis, objetos, ambiente, vestimentas, acessórios e o estado em que foram encontrados. Tudo aquilo que não for possível ser analisado no local dos fatos, será realizado por exames complementares, como coleta de material genético, impressões digitais, necropsia do cadáver, e o que for pertinente para esclarecer a investigação.

Já nos casos de acidente de trânsito, deve se atentar ao local dos fatos, as vítimas do evento, e, principalmente, o local onde estão os automóveis envolvidos depois da batida, sem que haja modificações até a chegada da perícia. É indispensável, também, analisar marcas de frenagens no chão, os estilhaços deixados pelo veículo nos arredores, a sinalização de trânsito presente, bem como colher informações das vítimas e testemunhas, se possível.

Nos casos de arrombamento seguido de furto, os olhos são voltados para local do crime, verificando portas, janelas, cadeados e portões que vieram a ser violados, no intuito de buscar qual instrumento foi utilizado para romper o obstáculo, como, por exemplo: "pé de cabra'', chaves falsas, explosivos, entre outros. Ademais, fotografa-se o local, analisam-se as possíveis entradas e saídas do ambiente, observa-se a dinâmica do rompimento, se havia alarmes, algum tipo de sistema de segurança, assim como recolher para exames externo, o que se achar necessário.

Nas técnicas utilizadas em local de incêndio, as primeiras providências a serem tomadas é o lugar do crime, conforme fora descrito acima, já que toda abordagem da criminalística se desenvolve pelo espaço do crime, sendo ele vital para qualquer perícia. Assim, é de uma importância tamanha a preservação do ambiente. Os locais de incêndios podem ser variados como ambiental, industrial, residencial, comercial, e em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

automóveis. Nesses cenários, a investigação partirá da analise das possíveis situações que confere uma causa provável ao incêndio, como um curto-circuito, superaquecimento da rede de energia elétrica, combustão espontânea, ação humana dolosa e acidente. Uma vez localizado o foco das chamas, identifica-se a causa do evento.

4. MODALIDADES DE PERÍCIA

Como mencionado, a criminalística é a interdisciplinaridade, interligando-se e fazendo jus a todo tipo de tecnologia que, nos dias atuais, é oferecida. Desta forma, e em algum momento, o local do crime pedirá por exames suplementares. Assim, as respostas que faltarem serão esclarecidas. Cada área com seu respectivo profissional trabalha para fornecer o que foi solicitado, e, com isso, estabelecer a conclusão da prova material que será descrita no laudo pericial.

As modalidades de perícias em laboratórios (complementares) são inúmeras, tais como:

Perícia Química Forense: é aquela voltada para os exames em drogas, tóxicos, bebidas, fármacos, combustíveis, tintas, agrotóxicos e até alimentos. Seu objetivo é identificar quais são as substâncias presentes, princípio ativo, quantidade e licitude.

Perícia de Meio Ambiente: caracteriza-se pela investigação do meio ambiente, produção de exames e laudos periciais em crimes cometidos contra a fauna e a flora, extração mineral, fósseis, patrimônio natural e protegido. Visa, também, a proteção e a recuperação de tais ambientes.

Perícia em Genética Forense: é aquela que trabalha com a genética em humanos, animais e vegetais. Um dos exames mais solicitados pelo perito no local do crime é do material genético encontrado, o DNA humano, uma vez que esse profissional identifica a origem do material biológico. Ademais, há a análise do material genético para fins de restos mortais, ossadas e corpos carbonizados. Aqui, todo tipo de material biológico é passível a exame (sangue, saliva, sêmen, tecido epitelial).

Perícia em Balística: é aquela cuja importância consiste em auxiliar a justiça na elucidação e autoria de crimes praticados com arma de fogo. Destaca-se que ela é encarregada de afirmar qual é o tipo de arma de fogo usado no crime, além de trazer a identificação dessa arma com suas devidas especificações, a sua munição e os efeitos dos tiros por ela produzidos,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

estabelecendo a conexão entre a arma de fogo e o projétil, entre a arma e o estojo, bem como interligar a relação direta entre a arma e a vítima.

Perícia em Bombas e Explosivos: consiste em tudo aquilo que tiver relação com bombas e explosivos em ambientes públicos ou privados. São de responsabilidade desses especialistas atenderem qualquer tipo de ocorrência de ameaça, em eventos, e, até mesmo, depois da explosão, encarregam-se de realizar a perícia, visando sempre à segurança pública e a coletividade de uma forma bem ampla. Tentam, ao máximo, banir possíveis ataques terroristas que assombram o país, agem de forma preventiva, em que se busca identificar os materiais utilizados, os autores do artefato explosivo e os eventuais danos causados no local, realizando varreduras em prédios ou em eventos, principalmente aqueles que contam com a presença do Presidente da República ou de autoridades de outros países.

Perícia Médica Legal e Odontologia Forense: essa perícia é realizada nos casos em que a integridade física do ser humano foi lesada. No que tange às vítimas que vieram a óbito, o exame é realizado para solucionar qual foi à causa da morte, e todos os seus desdobramentos. O trabalho examina a parte interna e externa do corpo da vítima, toda fisiologia do corpo humana será analisada, em busca de resposta. A odontologia forense investiga os casos de mortes em massa, como acidente de avião, corpos carbonizados, avaliação de marcas de mordidas.

Perícia em Datiloscopia: trata do estudo dos desenhos e impressões das papilas dérmicas presentes nos dedos, palmas das mãos e plantas dos pés. Com isso, é possível colher impressões digitais presentes em cenas de crimes.

Para todos os laboratórios de criminalística, há regras gerais que devem ser cumpridas pelos peritos, pois há riscos de acidentes pessoais e de grupos, como perigo de explosão, contaminação, risco que se perca o material coletado, já que pode ser o único. Para tanto, são regulamentadas com protocolos, normas técnicas para cada tipo de material coletado e seu respectivo laboratório. Por conseguinte, justifica-se a demora na entrega desses resultados, visto que se faz necessário certo rigor para com esses procedimentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

5. LAUDO PERICIAL

A doutrina preceitua que existem dois tipos de sistemas de apreciação de laudos periciais pelo magistrado: o primeiro refere-se ao sistema vinculatório, no qual o juiz fica vinculado ao laudo pericial, não podendo decidir fora dele, ir contra aquilo que está exposto. O segundo e último é o sistema liberatório, que é o adotado pelo CPP brasileiro. Esse sistema de apreciação não vincula o juiz ao laudo pericial, podendo aceitá-lo ou não, como descreve o artigo 182 do Código de Processo Penal. Passa, assim, a ser regido pelo livre convencimento motivado, podendo o juiz, a qualquer tempo, adotá-lo ou não, e solicitar, se for o caso, que seja realizada uma nova perícia, pois é soberano na análise das provas instruídas nos autos. No caso de laudos periciais criminais divergentes, poderá basear a sua decisão em qualquer um deles do modo em que sua consciência indicar.

Por isso, tem-se a importância de produzir um laudo pericial bem elaborado e sistematizado, ligados com os diversos campos de perícias, pois é por meio dele que os exames são expressos, detalhados e esclarecidos, já que a prova material não abre espaço para dúvidas.

A padronização que hoje seria necessária e que não se faz presente na criminalística confere prejuízos nas decisões dos magistrados, pois cada perito utiliza a sua própria técnica de escrita, formatações, vocabulários, dentre outros aspectos. A elaboração do laudo pericial, como preconiza o artigo 160 do CPP, deve apresentar, minuciosamente, o que foi encontrado no local dos fatos e responder a todos os quesitos formulados pelas partes. A lei estabelece um prazo para a entrega do laudo pericial, prazo este de dez dias, mas que poderá ser prorrogado, mediante solicitações. Na maioria dos casos, as perícias de locais necessitam de exames complementares de laboratório. Assim, o perito só poderá começar a sua confecção do laudo após ter todos esses resultados em mãos, o que requer tempo, ultrapassando, na maioria das vezes, o prazo estabelecido em lei.

O laudo pericial é o instrumento que guiará a decisão do magistrado, por isso há tanta preocupação e cuidado para com a sua elaboração, uma vez que é através dele que se concretiza a prova material e se descobre a verdade real dos fatos. Tal material deve ser impecável, afastando qualquer

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

tipo de dúvidas, obscuridade, omissão e questionamento. O objetivo é trazer esclarecimento e, principalmente, convencimento.

De forma clara, concisa e simples, constará no laudo tudo aquilo que foi encontrado e examinado tanto nos locais do fato como nos exames complementares. O que se busca basicamente é que aquele que venha a fazer a leitura do laudo tenha a noção exata de todo trabalho que foi realizado. Deve-se lembrar sempre que a elaboração do laudo se dá mediante resultados de pesquisas e exames, com provas, desenhos e fotos. Nada é subjetivo ou com suposições, pois tudo o que foi levantado foi submetido à prova. O que se demonstra, portanto, são resultados concretos e precisos, os quais conduzem o magistrado e os demais ao convencimento.

6. O CASO PC FARIAS: UM DESAFIO PARA PERÍCIA TÉCNICA

Paulo César Siqueira Cavalcante Farias foi o tesoureiro de campanha presidencial de Fernando Collor de Mello e Itamar Franco nas eleições de 1989. PC como ficou conhecido, esteve presente em diversos escândalos políticos por esquema de corrupção no país na década de 90. PC foi o responsável por organizar um caixa dois, vindo a desviar bilhões. O esquema foi denunciado pelo irmão de Fernando Collor, Pedro Collor. Acarretando no impeachment e à renúncia do ex-presidente do Brasil Fernando Collor de Mello, no ano de 1992.

Contra Paulo César foi instaurado diversos inquéritos policiais, advindo condenação somente por dois crimes, sonegação fiscal e falsidade ideológica, cumpriu 2/3 da pena e recebeu liberdade condicional.

No dia 26 de junho de 1996, seis meses após sua liberdade, PC e Suzana Marcolino, sua namorada, foram encontrados mortos na sua casa de praia na cidade de Guaxuma/AL, cercada por seguranças. Ambos mortos por uma arma de fogo, com apenas um tiro em cada. A partir daí, começa a trama investigatória da perícia criminal, que teve grande repercussão nos telejornais, revistas e televisões, por ter duas versões que tomaram diversas proporções.

A primeira versão lançada pela perícia foi a tese sustentada de crime passional; por ciúmes, Suzana Marcolino teria atirado em PC Farias e, em seguida, se suicidado. Esse foi o resultado do laudo oficial, dirigido pelo perito que liderava as investigações, o legista Badan Palhares. Na noite do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

crime, havia seguranças na casa, que disseram, em depoimentos, não ter ouvidos os disparos, e, só pela manhã, que encontraram ambos já sem vida. A família Farias não tinha dúvidas sobre a tese de crime passional, a qual mais que depressa foi aceita por eles, sem qualquer tipo de questionamento.

Quando ocorreu o anúncio do laudo oficial, este logo de início foi contestado pelo perito George Sanguinetti, descartando, totalmente, a versão de crime passional, e, sim, sustentando o crime de homicídio duplo, com o postulado de que uma terceira pessoa teria matado o casal e modificado a cena do crime.

Começa, assim, um novo escândalo: um renomado perito alega que a cena original foi modificada e poucos objetos vieram a ser preservados. O grande pivô para derrubar a primeira tese do laudo foi à altura de Suzana, pois o laudo inicial apontava que a namorada de PC tinha 1,67 m de altura, mas, durante o exame necroscópico, a sua altura não foi medida, uma falha que traria grandes modificações. A trajetória que a bala percorreu não encaixava com o que foi considerado, uma vez que Suzana não tinha a altura alegada no laudo inicial.

Uma segunda perícia foi realizada, acompanhada de diversos outros peritos, que afirmou que a altura de Suzana era entre 1,53 m e 1,57 m, 10 cm a menos do que fora afirmado antes, descartando, deste modo, a primeira versão, pois a diferença na altura, associada à trajetória do tiro contra Suzana, dificultava a tese do suicídio. Com a nova altura confirmada, ficou excluída a possibilidade de crime passional. Tal tese só seria sustentada se ela tivesse mais de 1,65 de altura, o que não foi provado. Dessa maneira, foi afastada a possibilidade de crime passional, afirmada e comprovada uma nova teoria, a de homicídio duplo. A questão que agora pairava era sobre a autoria do crime.

A família de Farias, desde o começo, acreditou na tese de crime passional, e se agarrou a isso, descartando qualquer possibilidade de assassinato, mesmo depois de sua confirmação. Foi exatamente a partir desse momento que se começou a desconfiar do irmão de PC, o deputado federal Augusto Farias, que, por motivos políticos, poder e dinheiro, seria o mandante do crime. Ele foi considerado como um dos suspeitos e autor intelectual do crime, juntamente com os seguranças apontados como autores, cujos estes faziam a proteção do casal naquela noite. Por fim, o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

inquérito contra Augusto Farias foi arquivado sobre determinação do STF e o MP Federal deixou de prosseguir a denúncia em oposição a ele por falta de provas.

No ano de 2013, ocorreu o júri popular dos 4 seguranças do ex-tesoureiro, que foram acusados por duplo homicídio triplamente qualificado. Foi aceita a tese mantida pelo Ministério Público de duplo assassinato, mas os seguranças foram absolvidos por falta de provas. O que se valeu no júri foi a afirmação de que não houve crime passional, como se afirmou em uma primeira versão, a consolidar a execução de Paulo César Farias e sua namorada, Suzana Marcolino. O que se acredita é em queima de arquivo, pois PC era um arquivo vivo, sabia demais, e Suzana foi uma mera fatalidade por estar junto dele. Até os dias atuais, não se sabe quem matou o casal. O que se afirma é que tentaram travar as investigações. Se o local dos fatos tivesse sido devidamente preservado e as provas não tivessem desaparecidas, cabe à seguinte indagação: teríamos descoberto a autoria?

7. SÉRIES DE TELEVISÃO E O GOSTO PELA PERÍCIA CRIMINAL

A criminalística retratada nas séries televisivas vem ganhando cada vez mais adeptos, caindo no gosto popular. A investigação para solucionar crimes pelos profissionais forenses traz à tona a curiosidade e o interesse por essa profissão. As cenas mostram de uma maneira não tão real, as situações fictícias, as quais necessitam de um pouco mais de drama e intensidade para evidenciar como é, de fato, o trabalho desses profissionais na colheita de prova, na reconstituição do crime, nas diversas hipóteses traçadas, na especialidade de cada personagem quanto à formulação de prova. Tudo isso leva, ao final de cada episódio, à descoberta da verdade dos fatos, de quem, como e porque foi realizado o crime.

Observa-se, também indiretamente, como as ciências e a tecnologia forenses influenciam os telespectadores na curiosidade do mundo da perícia, ao mostrar um universo que, por meio de descobertas de provas, esclarece qualquer tipo de crime. Esse universo está sendo cada dia mais procurado por pessoas que desejam fazer carreira na área forense, ou se especializar em uma determinada área.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CONCLUSÃO

Indubitavelmente, a prova pericial é a mais importante dentro do sistema de provas admitida pelo nosso Código de Processo Penal. É através dela que se alcança a prova material e a veracidade dos fatos. A criminalística é uma ciência real, baseada em provas concretas, realizada por diversos tipos de exames e por profissionais forenses qualificados. Tudo pode ser provado por meio de experimentos, tecnologias e comparações, caminhando sempre próximo à realidade.

Os profissionais forenses realizam o trabalho de campo, e, depois, passam o resultado para o judiciário. Eles vão até onde o magistrado não pode ir e ver por si mesmo. Cabe a eles essa função, já que a criminalística é capaz de solucionar um crime. O laudo pericial, encaminhado para juiz, deve ser bem elaborado, de uma maneira clara e objetiva, no intuito de convencer sobre o conteúdo ali descrito, não deixando brechas para dúvidas e possíveis questionamentos.

O papel do perito criminal vai além da descoberta do crime e possíveis autores. Ele influência na aplicação da pena, na persuasão do juiz, e, de um júri popular, faz um elo entre as ciências naturais e a ciência jurídica. Pela primeira vez, vê-se essa união no judiciário, mostrando a fragilidade dos tribunais, que não se sustentam sozinhos. Tem-se a necessidade de uma base para tomar decisões e proferir sentenças, sustento esse que é suscitado do conhecimento da ciência.

Ao ter em vista os postulados discorridos, conclui-se que é preciso os peritos forenses terem a consciência da responsabilidade e da importância do seu trabalho no enquadramento da aplicação da justiça, pois todo ser humano está sujeito a erro e falhas, não os intitulando como donos da verdade. Entretanto na criminalística os erros devem ser mínimos para não prejudicar uma determinada pessoa inocente e inocentar um culpado. Segundo Albani Borges dos Reis: *"Dizem que todos os caminhos levam a Roma. Eu digo que, sem dúvidas, há um caminho mais curto e mais eficiente. Na busca de respostas, a Ciência segue por ele".*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CRIMINALISTISCA "História da associação brasileira de criminalística" – em http://rbc.org.br/index.php/sobre-a-abc/historia - 09/02/2018

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS "Conheça as áreas da perícia" – em http://apcf.org.br/Per%C3%ADciaCriminal/Conhe%C3%A7aas%C3%A1reasdaper%C3%ADcia.aspx- 16/03/2018

BLUME, Arlindo "Histórico da Criminalística" – em http://www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=5 - 25/01/2018

CONTIGO "Queima de arquivo? Quem matou PC Farias?" – em https://contigo.uol.com.br/noticias/reportagem/queima-de-arquivo-quem-matou-pc-farias.phtml - 28/04/2018

FRANCIOLLI, César Augusto "Caso PC Farias" – em http://brasil.estadao.com.br/blogs/arquivo/caso-pc-farias/ - 19/02/2018

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. *Editora Jus Podivm* - Salvador/BA, 3.ª edição, 2015.

O GLOBO "Cronologia do caso PC Farias" – em https://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/cronologia-do-caso-pc-farias-1 - 22/04/2018

REIS, Albani Borges dos "Perícia Criminal" – em http://albani-perito.blogspot.com.br/2013/04/pericia-criminal.html - 30/04/2018

REIS, Albani Borges dos. **Metodologia científica em perícia criminal**. *Editora Millennium* - Campinas/SP, 3.ª edição, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

RIOS, Odilon "Badan insiste em tese de crime passional no caso PC Farias" – em https://oglobo.globo.com/brasil/badan-insiste-em-tese-de-crime-passional-no-caso-pc-farias-8328794 - 10/03/2018

SIMAS, Mário Filho "Os mistérios de PC Farias" – em https://istoe.com.br/297669_OS+MISTERIOS+DE+PC+FARIAS/ - 01/04/2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INDENIZAÇÃO PELA PERDA DO TEMPO ÚTIL

EMANOEL CAIO RODRIGUES DE ANDRADE:
Bacharelando em Direito da Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis.

THALITATOFFOLI PAEZ

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade de explorar a responsabilidade civil dos fornecedores na ligação de consumo pela perda do tempo útil dos seus consumidores, contendo, portanto, o papel fundamental que o tempo exerce na vida humana, assim como as teorias que acarretam a sua perda causada por terceiros de forma indevida. Pode se tratar de um tema novo no ramo Direito, pouco se discute e investiga. Contudo, a jurisprudência há alguns anos vem trazendo novos posicionamentos e varias inovações a respeito da perda do tempo e de sua conseqüência no âmbito do Direito civil, porem, ainda tem muito há ser apreciado e concluído pelos juristas.

Palavras-Chaves: responsabilidade; consumidores; direito

ABSTRACT: The purpose of this article is to explore the civil liability of suppliers in the connection of consumption by the loss of the useful time of their consumers, thus containing the fundamental role that time plays in human life, as well as theories that entail their loss caused by undue third parties. It can be a new theme in the Right branch, little is discussed and investigated. However, the jurisprudence for some years has been bringing new positions and innovations regarding the loss of time and its consequences in the field of civil law, but there is still much to be appreciated and concluded by lawyers.

Keywords: responsibility; consumers; right

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A positivação do tempo como bem jurídico relevante. 2. A perda do tempo útil e sua indenização. 3. Aplicação da teoria da perda do tempo no caso concreto. 3.1 Demora no conserto do produto.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3.2 Demora no atendimento por operadora de telefonia celular. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Quando se diz que o tempo é vida, rapidamente notamos a nossa realidade atual e a relevância desse critério, como um fator propulsor das nossas vidas. Pois vivemos uma sociedade bastante capitalista, onde infelizmente as necessidades das pessoas não são mais as mesmas, pois estão buscando algo melhor a cada vez mais, como por exemplo: o melhor emprego, o que pague mais, a melhor moradia, o melhor carro a melhor casa... Por fim, uma longa infinidade de propósitos que só serão alcançados com muito esforço, estudos, dedicação e na grande maioria das vezes, o mais importante o TEMPO.

Na medida em que as pessoas se envolvem com as suas obrigações profissionais e pessoais, surge então à condição de adaptação contínua do ser humano dentro do parâmetro organizacional, o tempo fica mais curto gerando assim a obrigação de economizá-lo, onde se busca usar o menor tempo viável na realização de algumas respectivas atividades.

1. A POSITIVAÇÃO DO TEMPO COMO BEM JURÍDICO RELEVANTE

O único bem a todos os seres humanos é o tempo. Ele é único, o qual se torna insubstituível e inalienável. Uma vez já passado, infelizmente não poderá ser reavido, assim não sendo digno, que seja desperdiçado por culpa de um terceiro.

Porém, o tempo na característica de fator impulsor da vida deve ser analisado como um valor, um bem importante, suscetível de proteção jurídica.

Contudo, para afirmar que o tempo é um bem jurídico, é de importante averiguar se o mesmo é fato capaz de ocasionar efeitos no Direito, isto é, se existe e tem destaque para o Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Marcos Bernardes de Mello complementa em sua obra sobre o tal raciocínio ao passo que diz o seguinte:

Todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico stricto sensu. (MELLO, 2010, p.133)

E diz respeito a mais:

> *"(...) Procede ao direito relativamente a todos os fatos naturais que, de alguma maneira, interferem em interesse dos homens, podendo provocar conflitos [...]. Por isso e porque o direito existe para possibilitar uma convivência social harmônica, esses fatos não podem ficar sem regulação, fora do mundo jurídico, e são chamados fatos jurídicos stricto sensu. (MELLO, 2010, p.135)"*

Assim sendo, é o tempo que detém hoje uma grande importância na vida humana, é um evento natural que determina vários efeitos na órbita do Direito e que constitui o fato jurídico ordinário. Mas há também, as imposições da contemporaneidade que têm nos comparado com situações de agressão inequívoca à livre acomodação e uso do nosso tempo livre.

A cada ano e dia que passa, o consumo tem gerado maiores proporções e mais apreciadores.

Deste modo, alinhado o consumo, também tem alinhado as respectivas demandas, levando em conta que milhares de consumidores passem enfrentar uma série de infortúnios para assim solucionar os problemas resultantes das relações que estão firmadas entre eles e os fornecedores.

É certo afirmar que a diversa duvida que cerque nosso cotidiano precisam de algum tempo para ser solucionado, o que leva a declarar que é perfeitamente normal "investir" o nosso tempo para poder tratar das questões do nosso dia –a- dia, inclusive aquelas relativas ao consumo.

Durante vários anos, a e jurisprudência e a doutrina não cuidaram para perceber a relevância do tempo como um bem jurídico importante que deveria ser titulado. Contudo, nos últimos anos, essa situação tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

sido bem diferente e parece que, enfim, os operadores do Direito entenderam isso, em especial no âmbito do Direito do Consumidor, dada a delicadeza deste, ou melhor, a qualidade de parte mais debilitada da relação, que sempre está exposta as disposições do fornecedor.

Lamentavelmente, o consumidor por ser mais vulnerável na relação de consumo, fica submetido às práticas dos fornecedores e infelizmente quando estes não se revelam dispostos a colaborar com o consumidor, a este não lhe sobra alternativa a não ser esperar, e esperar muito para uma eventual solução de seus problemas.

De acordo com Rizzatto Nunes (2010, p. 174) a vulnerabilidade significa que "o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico."

Em uma de suas brilhantes teses, Maurílio Casas Maia (2014, p. 163), disse com brilhante necessidade de se defender o tempo na característica de bem jurídico, *ipsis litteris*:

> *"Dessa forma, o direito à tutela do tempo para desenvolvimento da personalidade humana representa conseqüência direta dos direitos fundamentais à dignidade e à liberdade do ser humano. Destarte, o dano injusto a esse bem jurídico representa ofensa distinta da esfera patrimonial ou mesmo moral em sentido estrito do cidadão. Aliás, o reconhecimento da autonomia do dano temporal ensejará maior repercussão pedagógica entre os fornecedores na seara da responsabilização civil por perda indevida de tempo, uma vez que o tempo humano passará a ter valor em si mesmo considerado e não por eventuais conseqüências econômicas ou morais de sua violação as quais poderão ser reparadas conjuntamente, afirme-se in passant."*

Desta forma, quando o tempo é considerado como algo precioso, que quando for uma vez perdido, jamais conseguira ser recuperado, há um grande esforço para tentar retirar o melhor ganho de cada minuto. Porem há vários fatores que interferem no tempo ainda que em desacordo com a vontade do indivíduo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O tempo e sua importância, na verdade, não se limita apenas ha subjetividade que rodeia a análise de sua interferência no nosso cotidiano.

Por essas razões é que existe nos dias de hoje a grande necessidade de positivação do tempo no nosso sistema jurídico como um bem importante, o que, tem sido reconhecido nos últimos dois anos pela jurisprudência e doutrina, restando apenas ao legislador constitucional e ordinário preservar tal bem.

2. PERDA DO TEMPO ÚTIL E SUA INDENIZAÇÃO

A responsabilidade de reparar os danos que foram ocasionados a outrem, esta prevista no Código Civil, pois é um tema muito presente no cotidiano, e esta relacionado com o crescimento e desenvolvimento da sociedade e das pessoas que nela convivem.

Todo individuo que descumpre um dever jurídico, tem a responsabilidade de reparar e compensar o dano que foi causado, seja este imaterial ou material, onde o imaterial é aquele entendido como quando ocorre danos ocasionados a honra, imagem, personalidade ou liberdade de alguém (dano moral).

Somente o dono do tempo, pode dele usufruir, e por esse motivo, a sua perda quando causada por terceiros, tem sido identificada de forma autônoma, como uma afronta dos direitos da personalidade relacionados à dignidade humana.

De acordo com o desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho do E. TJRJ[1]:

> "o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido em nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dá ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

deve ser vista como um sinal de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos ”

Desta maneira, cada vez mais a sociedade tem que utilizar seu tempo de uma forma mais proveitosa, para buscar uma melhor qualidade de vida, pois somada a consumação crescente e a incompetência das empresas em atender suas demandas, tem conduzido a jurisprudência a dar seus primeiros passos,para de vez solucionar danos sofridos por consumidores que foram vitimas, passando a assumir a reparação civil, especifica, para a perda do tempo útil ou livre, independentemente de ainda haver alguma resistência por parte de alguns tribunais.

Esse entendimento tem sido uma direção de que a perda do tempo ocasionada por terceiros, sem a mínima vontade ou a oportunidade de livre escolha do consumidor, devera ser indenizado por ser alguma coisa que não pode ser devolvida ou recuperada.

Por esse motivo, são de extrema importância que sejam contidos os abusos e excessos, que ainda são presentes em nosso Judiciário no âmbito das indenizações. O cidadão deve tolerante a tudo que é razoável e às situações que exercem parte do cotidiano e da vida em sociedade. O fato que causa o dano deve ter a capacidade de retirar a vítima de seu estado psicológico normal, de modo à de se autorizar a reparação necessária.

E é com uma imensa sensibilidade que as situações que ultrapassam a divisa entre o intolerável e o razoável que devem exercer os nossos magistrados, para que o assunto de maneira nenhuma não se torne exageradamente judicializado e esta categoria de dano moral não seja insignificante, mas ao mesmo tempo seja possível facilitar aqueles que foram vitimas de abuso e desrespeito de seu tempo útil, e haja seu recebimento da reparação pelo dano causado a eles, impondo também aos prestadores de serviço a aperfeiçoar o respeito dispensado aos consumidores, pois dependem deles.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DO TEMPO NO CASO CONCRETO

3.1. DEMORA NO CONSERTO DE PRODUTO

O atraso no concerto de um determinado produto, seja por ele sofrer algum dano ou por ele simplesmente estar vicioso, é um caso exemplar de perda do tempo livre.

Nos casos em que ocorrem o vicio, o consumidor quando detecta o vicio, vai atrás do fornecedor para que assim sejam atendidos seus direitos previstos no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, e ao tentar solucionar o problema, o consumidor vê-se em uma situação em que a empresa que fornece o produto não atende as exigências que consta, no mencionado dispositivo.

Já nos casos de conserto por algum dano, o caso não é divergente, muito pelo contrário, na maioria das vezes a solução do infortuno é mais difícil, pois nesses casos não se trata de defeito ou vicio, mais de uma possibilidade que o ocasionou o dano ao produto, como de um aparelho telefônico que caiu na água, que sofreu uma queda, entre outros.

Ao se tratar da dificuldade do vício ou da demanda do consumidor, é capaz de gastar um pouco mais de tempo na solução da falha. O problema se encontra quando um produto que poderia ser facilmente consertado em apenas cinco dias leva trinta para poder ser feito. Ao depender da necessidade do consumidor com tal produto, o prejuízo será incalculável, tanto esfera patrimonial, como na extrapatrimonial.

Vejamos então a colocação do Tribunal de Justiça de SP em um caso concreto que houve uma demora no conserto do produto.

> ***"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS VÍCIO DO PRODUTO*** *- Máquina de lavar. Aquisição em decorrência de a consumidora ser portadora de 04 (quatro) hérnias discais extrusas e, por orientação médica, foi privada de realizar*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

esforços físicos. Inúmeras tentativas de resolução do problema que restaram infrutíferas. Tentativa de resolução por intermédio do processo administrativo junto ao Procon, onde avençou-se acordo que não foi cumprido pelo fornecedor. Nítida ocorrência do "Venire contra factum proprium" - Fixação de cláusula penal. Dano material que não se confunde com o dano moral - Tempo demasiado sem o uso do referido produto Desídia e falta de respeito para com o consumidor Tempo perdido do consumidor para tentativa de solução do infortúnio, que acarreta dano indenizável Inteligência da tese do Desvio Produtivo do Consumidor. Danos morais Configurados. Afronta à dignidade da pessoa humana Caso dos autos que não se confunde com um "mero aborrecimento" do cotidiano. Indenização fixada em R$5.000,00 (cinco mil reais). Sentença de improcedência reformada. Recurso provido. (TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, APELAÇÃO nº 007852-15.2010.8.26.038, Relator FÁBIO PODESTÁ, julgamento proferido no dia 13 de novembro de 2013). (grifei)"

Portanto esta mencionada, uma clara aplicação da teoria da perda do tempo, onde gerou o dever de indenização.

3.2. DEMORA NO ATENDIMENTO POR OPERADORA DE TELEFONIA CELULAR

Uma das maiores torturas e transtorno são a de ligar para um atendimento telefônico e ter que esperar horas e horas, para assim poder resolver algum problema referente a um serviço ou produto, e por sua vez, acabar desistindo pela demora, ou passar horas ao telefone, para no final da ligação estar com aquele mau humor terrível.

Mas o que muita gente não sabe é que essa espera toda tem um limite estabelecido por lei.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Por ordem do Ministério da justiça, desde o dia 1º de Dezembro de 2008, há um prazo Maximo estabelecido de espera para o atendimento, que após escolher a opção de falar com o atendente é de apenas um minuto. Para as empresas de cartões de créditos e para os bancos o tempo é de 45 segundos, é menor ainda. Mas nas segundas-feiras, dias anteriores e posteriores a feriados e o quinto dia útil do mês, porem, a espera será de até 1 minuto e meio.

Estes serviços são afinados pelo decreto 6.523/08 e a portaria 2.014/08, que indicam as regras e determinam quanto será o tempo máximo de espera do consumidor para assim receber o atendimento telefônico.

Vejamos algumas das regras do decreto 6.523/08:

A empresa deve garantir, no primeiro menu eletrônico e em todas suas subdivisões, o contato direto com o atendente.

Sempre que oferecer menu eletrônico, as opções de reclamações e de cancelamento têm de estar entre as primeiras alternativas.

No caso de reclamação e cancelamento, fica proibida a transferência de ligação. Todos os atendentes deverão ter atribuição para executar essas funções.

As reclamações terão que ser resolvidas em até cinco dias úteis. O consumidor será informado sobre a resolução de sua demanda.

O pedido de cancelamento de um serviço será imediato.

Para serviços ininterruptos, o atendimento deverá funcionar 24 horas por dias, sete dias por semana.

Deve ser oferecido ao consumidor um único número de telefone para acesso ao atendimento.

Fica proibido, durante o atendimento, exigir a repetição da demanda do consumidor.

Haverá um prazo máximo de espera para ser atendido

Ao selecionar a opção de falar com o atendente, o consumidor não poderá ter sua ligação finalizada sem que o contato seja concluído.

Só é permitida a veiculação de mensagens publicitárias durante o tempo de espera se o consumidor permitir.

O acesso ao atendente não poderá ser condicionado ao prévio fornecimento de dados pelo consumidor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Consequentemente, muitas vezes não resta escolha ao consumidor a não ser de procurar os Órgãos de Proteção e por ultimo, o judiciário, tendo como objetivo o reparo do tempo perdido.

CONCLUSÃO

Hoje em dia, há varias situações que nos trazem desconforto, restrição como a perda de tempo livre ou útil, pois de fato é evidente que muitos dos fornecedores tratam os seus clientes e consumidores com desatenção, falta de coragem e até mesmo despreocupação, o que deixa bem claro que a violação do princípio da boa-fé, tendo em conta que o fornecedor tem todo o dever de prestar seu serviço ou produto com total segurança e sem de vícios, porque faltando essas observações fica evidente o total descumprimento da cooperação, lealdade e zelo.

A jurisprudência e a doutrina têm se estabelecido no sentido de que os consumidores não podem de nenhuma maneira ser injustamente invadidos no seu âmbito de interesse, e deixando claro, que se isso acontecer essas pessoas o total direito a serem indenizadas pelo dano sofrido.

De fato, o tempo tem sido analisado como algo tão inestimável a ponto de justificar a punição daqueles que respeitam o direito dos consumidores, comprovando que a Lei deve ser aplicada para todos aqueles que as desrespeitam, devendo, portanto, o magistrado aplicar o método pedagógico da condenação, para que o fato não se repita por esses fornecedores.

REFERÊNCIAS

Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual, in AMAERJ Notícias Especiais, n. 20, junho/2004.

GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21753>. Acesso em: 24 out. 2014.

MAIA, Maurílio Casas. **O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro é dignidade e liberdade**. Revista de Direito do Consumidor, ano 23, vol. 92, p. 163. Abril/2014. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

< http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77223 >. Acesso em: 07. Out. 2014.

Marcos Dessaune (Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado. São Paulo: RT, 201).

MELLO, Marcos Bernardes de Teoria do Fato Jurídico: Plano da existência. 16 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. 1. Introdução ao Direito Civil: Teoria geral do Direito Civil. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[1] Recurso n.º 853-1 – 7.ª Turma Recursal – Unânime – Relator Juiz Carlos Santos de Oliveira – j. 05.08.98 – JEC-RJ.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DIREITO SISTÊMICO: IMPACTOS PSICOSSOCIAIS DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR NO JUDICIÁRIO

JULIANA LIMA DE MIRANDA: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

DIRLAINE MARIA FELTRIN DOS SANTOS

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a prática da constelação familiar, método psicoterapêutico, que tem como base aspectos das teorias da psicologia que foi criada pelo alemão Bert Hellinger, e há pouco tempo vem sendo disseminada no judiciário a fim de solucionar conflitos antes mesmo das audiências de conciliação e mediação, tratando os litigantes de maneira mais humanizada, que demonstre o papel que cada um ocupa dentro do contexto sistêmico e quais as causas que levaram ao dissentimento para que possam realmente ser sanadas com mais empatia, acolhimento e aceitação entre as partes envolvidas.

Palavras-chave: constelação familiar; judiciário; solução humanizada.

ABSTRACT: The present article aims to demonstrate the practice of the family constellation, the psychotherapeutic method, which is based on aspects of theories of psychology, and has been disseminated in the judiciary in order to resolve conflicts before conciliation and mediation hearings. the litigants in a more humanized way in a way that demonstrates the role that each one occupies within the systemic context and what causes that led to the dissent so that they can really be healed with more empathy, acceptance and acceptance among the parties involved.

Key words: Family constellation; judiciary; humanized solution.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O PENSAMENTO SISTÊMICO. 2 O DIREITO SISTÊMICO. 2.1 O pertencimento. 2.2 Da hierarquia. 2.3 Do equilíbrio entre o dar e receber. 3 CONSTELAÇÃO FAMILIAR. 3.1 Constelação familiar aplicada no judiciário. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

O judiciário brasileiro, como sabido, nunca foi célere devido ao excessivo número de demandas que são introduzidas diariamente em seu cerne, e como uma das diversas consequências, acaba muitas vezes sendo ineficiente, não conseguindo resolver verdadeiramente e de forma efetiva as lides que lhe são propostas.

Todo este acúmulo de processos causa um impacto negativo, uma vez que o Direito opera com pessoas, seres humanos dotados de sentimentos, expectativas, e todo um contexto histórico, não só familiar como também social, e que levou à construção de sua personalidade genuína, onde irá influenciar no seu modo de pensar e agir diante das situações.

Sendo assim, se faz necessária a inserção de práticas humanizadas de solução de conflitos, onde não se visa apenas a prolação de uma sentença, mas sim um aprofundamento sobre o caso e o contexto em que cada parte está inserida, buscando a empatia entre elas para uma efetiva desconstrução, ou ao menos uma atenuação da adversidade que pairava entre elas. E, além disso, também desafogar a justiça, visto que as lides são solucionadas em uma fase chamada pré-processual, que significa que a discussão não se estenderá, se findando apenas com uma homologação judicial, sendo tal medida benéfica para todos os envolvidos.

E para ter uma visão mais ampla do litígio, recentemente busca-se amparo no Direito sistêmico, através da constelação, objeto do presente artigo, que será explanado esmiuçadamente para levar a um melhor entendimento da temática e também à ampliação da aplicação da técnica ao judiciário pátrio.

1 O PENSAMENTO SISTÊMICO

Para um melhor entendimento da temática, faz-se uma analogia à máquina perfeita que é o nosso corpo humano, onde o todo possui conexão com cada célula existente, e que cada uma delas possui influência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

sobre o sistema, estando todos os órgãos conectados, cada um exercendo sua função em prol do funcionamento de um todo. Por exemplo, o coração, como órgão unitário, depende dos outros órgãos para se manter em funcionamento, assim como o inverso também ocorre. Sendo assim, percebe-se que se um dos órgãos não estiver em perfeito funcionamento causará um desequilíbrio em todo o sistema.

Com tal analogia, é possível verificar que tudo está interligado, e nas relações familiares e interpessoais não é diferente, ocupando cada um o seu espaço no sistema. E para que seja possível compreender os conflitos apresentados pelo individuo, se faz necessária uma análise de todo o contexto em que ele está inserido, principalmente o contexto familiar, o que ele traz de seus ascendentes dentro de si e que de alguma forma influencia no seu modo de agir e de lidar com os seus problemas.

2 O DIREITO SISTÊMICO

O Direito Sistêmico surge a partir das leis ou ordens do amor, criadas pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, que diz respeito a três princípios: a) do pertencimento; b) da hierarquia e c) necessidade de equilíbrio entre o dar e receber nos relacionamentos.

Para Hellinger, as ordens do amor são de suma importância em nossas famílias e relacionamentos, uma vez que desrespeitadas provocarão desequilíbrio, conflitos, até mesmo doenças e outros fatores que dificultarão uma vida plena e feliz.

Assim, na aplicação do Direito sistêmico se faz necessário respeitar tais princípios para uma solução mais efetiva de propostas que são levadas até o crivo do judiciário.

2.1 O pertencimento

O princípio do pertencimento significa que quando ocupamos um lugar, ele nos pertence, independentemente das circunstâncias ou fatores externos, contemplando todos aqueles que pertencem à família, a começar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

pelo pai, pela mãe e todos os membros que os ascenderam. E quando, por ventura, esse direito é negado a algum membro, gera dor e sofrimento.

2.2 Da hierarquia

O princípio da hierarquia que se refere a quem chegou primeiro na família, devendo os mais novos olhar e tomar atitudes respeitosas com relação aos mais velhos.

Quando não aceitamos os pais do cônjuge, por exemplo, estamos desrespeitando aqueles que chegaram primeiro do que nós na família. Dessa maneira, não aceitando uma parte do cônjuge, gerando um desequilíbrio na relação.

2.3 Do equilíbrio entre o dar e receber

Por último, o princípio do equilíbrio entre o dar e receber é exatamente a possibilidade, de ambos poderem oferecer e receber de forma paritária. Isso ocorre em todos os tipos de relacionamentos, seja ele de afeto, de amizade, no trabalho, ou até mesmo na escola. Em caso de uma parte dar mais do que recebe, ao final irá se sentir desvaloriza, e em contrapartida, aquele que muito recebe irá se sentir cada vez mais pressionado a recompensar, causando também uma desarmonização no sistema.

3 CONSTELAÇÃO FAMILIAR

A constelação familiar surgiu como uma modalidade terapêutica, criada pelo alemão Bert Hellinger, onde para se constelar são colocados representantes desconhecidos para os membros da família para a qual se está olhando, onde tais representantes irão expressar sentimentos e emoções que muitas vezes estão ocultos naquele sistema familiar.

Enquanto ocorre a representação, os integrantes da família ficam de fora observando de um ângulo diferente todos os conflitos vivenciados por eles sendo atuado por externos, o que faz despertar algo que elas mesmas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

não estavam sendo capazes de enxergar estando dentro da relação conflituosa.

Tal prática tem por objetivo liberar o indivíduo de seus medos, carências, destinos difíceis, traumas, entre outras dificuldades.

Toda esta tensão do presente tem a sua origem real no passado e na repetição dos conflitos, comportamentos e acontecimentos da história familiar. Sendo assim, a alma familiar tem a finalidade de manter o sistema completo, preservando sua integridade e assegurando a inclusão de todos os seus membros, e a constelação familiar é um caminho idôneo para alcançar um movimento a uma consciência maior que inclui, integra e reconcilia os diferentes membros da família, mas para que isso seja possível, é preciso voltar atrás e fixar as explicações e ter coragem de olhar sua história com respeito, aceitação e gratidão incondicional para que se possa alcançar a ordem e o equilíbrio neste sagrado sistema.

3.1 Constelação familiar aplicada no judiciário

No Brasil, o precursor da técnica em comento, responsável pela inserção da prática da constelação familiar no judiciário é o juiz de direito do Estado da Bahia, Sami Storch, o qual acredita ser um método chave para o fim dos conflitos, uma vez que visa alcançar a raiz do problema para efetivamente solucioná-lo.

A prática terapêutica vem se expandindo cada vez mais, e atualmente, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já vem sendo aplicada em Tribunais de Justiça de 11 Estados do Brasil.

A técnica encontra respaldo na Resolução 125/2010 do CNJ, que estimula as práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.

A Constelação no judiciário é conduzida por um terapeuta especializado, buscando esclarecer para as partes o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial, podendo versar sobre questões de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

origem familiar, como a violência doméstica, o endividamento, divórcio litigioso, guarda de filhos, inventário, adoção, entre outros.

De acordo com dados do CNJ, todos os casos submetidos às sessões de Constelação, obtiveram resultados significativos, alcançando altos índices de acordo.

Na prática, geralmente, as sessões ocorrem uma semana antes das audiências de conciliação, onde são selecionados processos com temáticas parecidas ou que não obtiveram êxito em Constelações anteriores.

Além dos Tribunais, a Constelação também vem se expandido entre os advogados para resolver os conflitos trazidos pelos seus clientes, e também utilizados por outros profissionais da mediação e da conciliação, como forma de solução mais humanizada.

CONCLUSÃO

Pela observação dos aspectos analisados, é possível perceber que os conflitos entre as pessoas ou até mesmo internamente, são provocados, em geral, por causas mais profundas do que um mero desentendimento, onde os autos de um processo judicial dificilmente refletem essa realidade complexa, tratando apenas de maneira superficial. Sendo assim, uma solução simplista imposta por uma lei ou sentença judicial pode até trazer um alívio momentâneo, mas, às vezes, não é suficiente para solucionar verdadeiramente a lide e de trazer paz às pessoas. Por isso, o método da Constelação 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 do conflito.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Bianca Pizzatto – Constelações Familiares na advocacia sistêmica: uma prática humanizada / Bianca Pizzatto Carvalho. Joinville, SC: Manuscritos – Editora, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

HELLINGER, Bert – Ordens do Amor – Um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2010.

https://www.fm2s.com.br/pensamento-sistemico/

http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2004/1851

https://direitosistemico.wordpress.com/2018/04/19/a-missao/https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/30/o-que-sao-as-constelacoes-sistemicas/

http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO REAL DE LAJE

NATALIA DE OLIVEIRA:
Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PÁEZ

(Orientadora)

RESUMO: O escopo do presente artigo é aludir a respeito do Direito Real de Laje, descortinando a sua importância e benefícios trazidos a sociedade, devido à tamanha modernização estrutural ocorrida na população e seus meios de moradia. Este é o mais novo direito real, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da transformação da Medida Provisória nº 759, de 22 de novembro de 2.016, para a Lei 13.465 de 11 de julho de 2.017, produzindo mudanças na Lei de Registros Públicos e no Código Civil, cuja finalidade é tratar das irregulares ocupações de propriedades, evidenciando a senilidade existente tanto na hermenêutica, como nos institutos do Direito Brasileiro, dentre outros vários motivos que levam a propagação das ocupações fundiárias informais. Uma situação fática, a muito tempo já existente, mas positivada apenas em meados de 2.017. Apontando um meio de solução, mas não um fim para construções irregulares, visto que se trata de um problema social das cidades brasileiras.

Palavras-chave: Direito Real de Laje. Código Civil. Lei de Registros Públicos. Código de Processo Civil. Direito de Superfície.

ABSTRACT: The scope of this article is to refer to the Real Slab Law, revealing its importance and benefits brought to society, due to the great structural modernization of the population and their means of housing. This is the newest real law, introduced in the Brazilian legal system through the transformation of Provisional Measure No. 759, of November 22, 2016, to Law 13.465 of July 11, 2017, producing changes in the Public Registers Law and in the Civil Code, whose purpose is to deal with the irregular occupations of properties, evidencing the senility existing both in hermeneutics and in the institutes of Brazilian Law, among other reasons that lead to the propagation of informal land occupations. A long-standing factual situation, but only positive in the middle of 2017. Pointing out a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

means of solution, but not an end to irregular constructions, since it is a social problem of Brazilian cities.

Keywords: Real Slab Law. Civil Code. Public Registers Law. Code of Civil Procedure. Surface Law.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DO DIREITO REAL DE LAJE: A REGULAMENTAÇÃO DE MORADIA. 1.1 Conceito de laje. 2. AS ESPÉCIES DE DIREITO REAL DE LAJE E A SUA NATUREZA JURÍDICA. 2.1 As espécies de laje: laje em sobrelevação e laje em infrapartição. 2.2 A natureza jurídica da laje. 3.DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS PARTE. 3.1 Direitos e deveres do lajeado. 3.2 Direitos e deveres do lajeário. 4. A LAJE E O REGISTRO PÚBLICO IMOBILIÁRIO. 5. EXTINÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE. CONSIDERAÇÕESFINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, tem-se verificado que, inspirados nesses novos preceitos outorgados pela Carta Magna, em uma marcha cada vez mais veloz, vem ocorrendo no Brasil inúmeras mudanças nos âmbitos sociais, políticos e jurídicos.

Maiores mudanças derivaram da Lei 13.465 de 2.017, que emanou da Medida Provisória nº 759, de 2.016, provocando impactantes inovações, no tocante a regularização fundiária rural e urbana, e proporcionou a positivação do direito real de laje, no qual a muitos anos eram situações fáticas do cotidiano da população brasileira, sem regulamentação específica.

O intuito do corrente trabalho é salientar que o direito abordado nada mais é que uma realidade social comum entre a população de baixa renda, e que se trata de prática informal agregada pelo ordenamento jurídico brasileiro, através de seus institutos inerentes ao direito de propriedade no Código Civil, e também por intermédio do Estatuto das Cidades, apontando o modo de constituição deste direito, as obrigações inerentes a laje, bem como as suas causas de extinção.

Portanto, tratará a importância da regulamentação dessas propriedades irregulares, proporcionando o mais lídimo direito aos cidadãos abrangidos pela situação precária de seus imóveis, antes falha, do regramento jurídico pátrio.

1. DO DIREITO REAL DE LAJE: A REGULAMENTAÇÃO DE MORADIA

1.1 Conceito de Laje

Conforme o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, a palavra Laje significa:

> laje***s.f.*** (***1600 cf. JLuc***) 1 placa de pedra, ou de matéria dura (concreto, cerâmica, terracota etc.), não muito grossa, de superfície plana, us. para revestir pisos, paredes ou cobrir tetos de edificações2CONSTR ENG placa contínua apoiada em seu perímetro e por vezes tb, em colunas, que constitui os pavimentos e tetos de edificações estruturadas em concreto armado (DICIONÁRIO HOUAISS, 2011, p. 1714)

Em se tratando de uma definição mais primitiva e técnica da palavra, a laje é a superfície de uma edificação, constituída por pedra ou concreto, suportada por vigas e pilares, que assim, dão sustentação a casa.

Entretanto, no âmbito das relações jurídicas, a laje nada mais é que um direito derivado de uma circunstância histórica e efetiva no cotidiano de muitas famílias nas cidades brasileiras, principalmente nos grandes centros urbanos, quando, por exemplo: pais doam a seus filhos a laje de suas casas para que ali construam um novo lar após contraírem matrimônio. Este cenário durante muito tempo ocasionou grandes problemas pela falta de regramento legal, na esfera tributária e no que se refere à propriedade do imóvel.

Em uma concisa tentativa de disciplinar a situação da laje, o legislador através do Estatuto das Cidades, em seu artigo 21, abordou tacitamente a respeito da matéria, contudo, sem resolver a problemática das irregularidades destes imóveis.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nitidamente ainda carecendo de normatização mais clara e precisa, em 11 de julho de 2017 foi editada a Lei 13.465, advinda da Medida Provisória nº 759/2016, produzindo amplas inovações, dentre elas a incorporação de um novo direito real ao Código Civil Brasileiro, no rol elencado pelo artigo 1.225, inciso XIII, o direito real de laje.

A lei deu nova redação ao art. 1.510-A, do CC, onde consta categoricamente que "o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo."

Deste modo, a laje trata-se de uma propriedade que terá origem pela cessão onerosa ou gratuita, da superfície superior ou inferior de determinada construção, sendo a originária a construção-base, ou até mesmo a laje.

Não obstante, nota-se que a nomenclatura laje, serve apenas como um ajuste terminológico dado pelo legislador para tratar de forma comum, de modo que, fique evidente e habitual o tratamento despojado a este instituto. Tendo em vista que não apenas o espaço aéreo pode ser utilizado, mas também o subsolo.

Deveras, o "titular da laje" no texto legal, refere-se implicitamente ao proprietário da laje aérea e do proprietário da laje subterrânea.

2. AS ESPÉCIES DE DIREITO REAL DE LAJE E A SUA NATUREZA JURÍDICA

2.1 As espécies de laje: laje em sobrelevação e laje em infrapartição

Dentre as novidades trazidas pela Lei 13.465/17, temos as distintas viabilidades de corporificação do direito lajeário. Constituído tanto pela construção vertical superior, denominada de *sobrelevação* ou *ascendente*, quanto pela construção inferior, denominada *infrapartição* ou *descendente*.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Logo, o legislador trata expressamente deste cenário no texto legal, possibilitando que "o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção"(CC, art. 1.510-A).

Com maior especificidade, ver-se-á que a laje em *sobrelevação*, é a mais usual das formações de laje, emaranhando-se muitas vezes com o fundamento do próprio instituto.

A comparência da laje sobrelevada encontra-se adstrita à da construção-base, tanto no sentido material, como no sentido jurídico.

Ademais, deve-se salientar que a ruína da construção-base, salvo a não reconstrução em cinco anos, cominará, inevitavelmente, na extinção da laje em sobrelevação. Portanto, finda a existência da edificação antecedente, no sentido material, cessará também a permanência da laje construída sobre ela.

A laje em *infrapartição*, trata-se do inverso ao caso supramencionado, na qual a laje inferior é constituída sob outro imóvel, ou seja, a edificação se dá no subsolo.

Ademais, não existe um critério que impossibilite que a laje em infrapartição seja construída sem que esteja estruturada a construção-base superior, ainda que haja apenas um esqueleto de construção, mesmo que sem paredes, ou qualquer outra forma de acabamento.

Observe ainda que, na laje em infrapartição não há a extinção do direito com a ruína, por óbvio, já que a laje encontra-se no subsolo e assim não é afetada.

2.2 A natureza jurídica da laje

A Lei nº 13.465/17, ao dispor de nova redação aos arts. 1.225 e 1.510-A, do CC, foi explícita ao legitimar a natureza real do direito de laje sobre coisa própria, ou seja, um direito real autônomo e independente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Destaca-se a coabitação simultânea de unidades imobiliárias distintas com proprietários diferentes. Desse modo, lograrão matrículas diversas no cartório de registro de imóveis, conforme §3º do art. 1.510-A.

Não reconhecer que a laje é um novo imóvel, caracterizando assim um direito novo, seria admitir uma ruptura do fólio registral, ocasionando assim, que um imóvel único utilize duas matrículas distintas entre si, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Do mesmo modo, a laje não pode ser um direito de superfície, pois é caracterizada pela perpetuidade da propriedade, diferentemente do direito de superfície que é constituído por tempo determinado ou determinável, realçando, portanto, a sua autonomia.

Muitos juristas brasileiros, principalmente, os relacionados a temática registral imobiliária, afirmam o sólido argumento do direito real de laje como sendo um direito próprio e autônomo, como declara Francisco Eduardo Loureiro. Observe-se:

> O direito real de laje é instituto sui generis, com requisitos e efeitos próprios, que não se confundem com o direito de superfície (art. 1.369 e seguintes do CC), e nem com a amplitude da propriedade plena (art. 1.228 CC). O legislador procurou regularizar e solucionar situação de fato que aflige milhares de famílias no país, em especial as de baixa renda: o proprietário de determinado imóvel aliena a terceiros o direito de construir sobre a laje de sua edificação, e de se tornar o adquirente dono da nova construção erigida, independente daquela original, que se encontra abaixo.
> Define-se o direito real de laje como nova modalidade de propriedade, na qual o titular adquirente torna-se proprietário de unidade autônoma consistente de construção erigida sobre acessão alheia, sem implicar situação decondomínio tradicional ou edilício. (LOUREIRO, 2017)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com o reconhecimento da natureza jurídica real do direito de laje como direito de propriedade, haverá a possibilidade de transmissão hereditária, consequência do óbito de seu titular, pois versa sobre relação jurídica de teor patrimonial.

Outrossim, existe a possibilidade de se deixar em testamento a transmissão do direito da laje aos herdeiros necessários, respeitado o limite da legítima, disposto no CC, art. 1.845.

Além disso, também é possível a partilha desse direito quando de uma inesperada dissolução de casamento ou de uma união estável do proprietário, por oportuno, deve se verificar o regime de bens adotado pelo casal para que seja permitida.

Conseguinte, declarada a natureza jurídica de direito real, consequentemente, provirão de acordo com as proporções e conteúdo da laje, os devidos encargos tributários do exercício do direito de laje.

3. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS PARTES

3.1 Direitos e deveres do lajeado

Direitos

Lajeado é o titular do imóvel originário. Esta intitulação ocorre em substituição a denominação dada pela doutrina de proprietário sotoposto(de origem italiana). A inovação proposta é coerente, visto que conforme a vigente regulamentação legal pode a laje tanto estar em cima, quanto por baixo da construção-base, que conduz a depreender que a solução binária lajeado/lajeário se denota como a mais adequada e objetiva.

O primeiro direito que reporta ao laejado é o de conservar íntegra a propriedade do terreno sobre o qual se erigiu a construção-base. Não existe misto de propriedade na laje,

Por isso, não se perfaz dizer em propriedade comum e propriedade distinta ou autônoma. Em uma edificação com direitos de laje apenas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

existem propriedades individuais e autônomas. Cada proprietário/lajeário o é da sua construção, exceto o lajeado que é titular da construção-base e do terreno. De acordo com o art. 1.510-A, §4º, CC, não haverá frações ideais, portanto, não há qualquer incidência sobre o terreno principal. Desta forma, o que existe é uma absoluta separação entre a laje e o terreno, constituindo assim uma propriedade de três dimensões.

Devido a independência entre a laje e a construção-base, ocorre ainda que a nova construção não incidirá tributação para a construção principal, longe disso, cada imóvel estará submetido a contribuições e tributos próprios. A cada nova laje cedida, criar-se-á um elemento novo de tributação, não havendo, desta forma, qualquer acréscimo na área tributada do lajeado. Nesta lógica, conclui-se que fique vedado aos municípios favorecerem-sede contingente gradação no Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) para elevar a alíquota do mesmo, alegando que a laje produz acréscimo de valor na construção-base. A liberdade tributária deve ser caracterizada absoluta, não se tolerando deduzir, sob pena de bis in idem, seja qual for a categoria de melhoria para a construção-base resultante da edificação na laje.

Através da composição da laje surge para o lajeado o direito de se opor, sem arbitrariedade, à criação de novos direitos de laje. A cada lajeário é conferida a viabilidade de construir novo direito de laje sobre, ou abaixo, da que lhe couber. Todavia, é necessária a obtenção da anuência de todos os outros lajeários e do lajeado. Cabe ressaltar que a outorga de construção de nova laje é cedida ao lajeado, em concorrência com os outros legitimados, e não podendo ele exceder os limites estipulados para todo e qualquer direito subjetivo, amparados no art. 187, CC.

Compete-se verificar o direito contido no parágrafo segundo do artigo 1.510-C, do CC, que determina ser assegurado, em qualquer caso, o direito de qualquer interessado em promover reparações urgentes na construção na forma do parágrafo único do art. 249 deste Código. O direito firmado por menção ao art. 249 possibilita ao lajeado, a capacidade de, em caso de urgência, ordenar a realização da obra, para posteriormente ocorrer a cobrança junto ao que não contribuiu.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O parâmetro de urgência deve estar de acordo com os métodos naturais das benfeitorias. Este é um direito que está ligado à velocidade da resolução e não, estritamente a um conflito de interesses.

Avançando para os últimos direitos do lajeado, está a proteção às novas construções realizadas no terreno. Conforme disciplinado pelo Código Civil em seu art. 1.510-A, §1º, o direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base e, ademais no §4º do art. 1.510, verifica que a instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas.

A laje no momento de sua instituição deverá ser um espelho dos limites estabelecidos pelo contrato, não sendo permitido ocorrer projeção alguma sobre o terreno. Deste modo, o que inicialmente ocorre é a limitação da cessão original da laje, que terá de definir os espaços corretos atingidos pelo novo direito. As partes especificarão de maneira minuciosa o imóvel sobre, ou sob, o qual se construirá a laje, junto da metragem total da área. Existindo outras construções no terreno, é primordial que se especifique sobre qual, ou quais, se completa o direito, não existindo ampliação sobre os restantes. Assim como os demais direitos reais, a laje também está subordinada ao princípio da especialidade.

Dessa forma, sempre que houver uma construção nova sobre o terreno, deverá ser registrada a cessão de extensão da laje, fazendo co que conste na matrícula o trecho ampliado.

Enfim, como último direito a se incorporar ao lajeado, é *a prioridade na preferência de aquisição da laje que venha a ser colocada à venda*. Decreta o art. 1.510-D que *em caso de alienação de qualquer das unidades sobrepostas, terão direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, os titulares da construção-base e da laje, nessa ordem, que serão cientificados por escrito para que se manifestem no prazo de trinta dias, salvo se o contrato dispuser de modo diverso.*Este é um dos principais direitos do lajeado. Acaso haja intenção de alienar por parte de algum dos lajeários do direito que lhe sabe, sobretudo terá o lajeado o direito de, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

igualdade de condições, obter o bem posto à venda. Deve observar-se as particularidades da alienação da laje, tendo em vista que não podem, nem lajeado, nem lajeário, exercer o direito de transferir seus bens como instrumento para causar dano à esfera jurídica do outro.

Deveres

Boa parcela das áreas que correspondam a toda a edificação, via de regra, estarão ligadas à construção-base. No entanto, não importa ao lajeado o custeio da manutenção delas, ou até mesmo que este terá uma fração maior no rateio. A dimensão da participação não segue qualquer cota sobre a propriedade, mas sim ao benefício e serviço recebido pelo lajeado da área em questão. A escada, por exemplo, lhe terá pouca serventia, porém, os encanamentos lhe serão primordiais, assim como o telhado. Em suma, a solução em relação ao custeio de maneira proporcional, será a tipificação no contrato de cessão da forma como tais valores serão fracionados.

Será facultado as partes, apesar da não exigência legal, estabelecerem uma *convenção geral do edifício em lajes*, instituindo normas de convivência e sistema de rateios de despesas comuns.

É assegurado, ao lajeado e ao lajeário, executar reparações urgentes em áreas que correspondam a todo o edifício em lajes, e a eles tange o dever de se responsabilizarem com os custos, em modo de divisão. É preciso observar que, não há obrigatoriedade em se recorrer a via judicial para que se faça essa cobrança, visto que, o melhor trâmite será a resolução amigável da restituição. Apenas será necessário o ajuizamento da demanda, se após o cumprimento da obra houver a recusa na partilha dos gastos. Há o entendimento de que a obra urgente não necessita de autorização judicial por seu caráter emergencial.

Por fim, ao lajeado cabe um dever que, mostra-se como um ônus, na verdade. Refere-se à reconstrução da construção-base em caso de ruína. De acordo com o art. 1.510-E:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> 'Art. 1.510-E. A ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, salvo:
> (...)
> II - se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos.
> (...)(BRASIL, Lei 13.465, de 11 de julho de 2017)

O ônus definido pelo artigo citado tem por objetivo impedir que o titular da construção-base, por ventura, arrependido da construção em lajes, seja capaz, valendo-se da ocasião de um infortúnio (desmoronamento ou condenação das construções), dar outra destinação ao terreno, suprimindo *manu militari* o direito doslajeários.

Não ocorre a obrigação de reconstruir toda a construção, mas meramente a edificação que lhe concerne. Além disso, adverte-se, que a obrigação de reconstrução deve ser aplicada por analogia a todos os outros interessados.

3.2 Direitos e deveres do lajeário

Direitos

Inicia-se pelo mais polêmico dos direitos elencados, o direito a um acesso independente à laje, que era o que previa a redação original do art. 1.510-A §3º. Entretanto, o texto final convertido em lei, não deslocou o mesmo dispositivo, podendo-se concluir que não seja mais necessário para a caracterização da laje o acesso independente para a mesma. Contudo, dizer que este direito não tange ao lajeário existe uma diferença. Elucida-se.

A manutenção da exigência de acesso independente ocasionaria situações em que a impossibilidade da realização deste critério acabaria por inviabilizar toda a construção e regularização da mesma. Porque, apesar do interesse das partes na regularização e diante da inviabilidade material (física e econômica) de se constituir uma saída exclusiva, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

limitação legal seguiria em sentido negativo ante a procura de maior dignidade aos que recorreram à prática da laje para solucionar suas necessidades urbanísticas.

Em contrapartida, se existe a possibilidade de regularização da edificação sem o acesso independente, mas sendo possível o fazer, é devido assegurar que tange ao lajeário o direito de construir um acesso independente para a sua fração, sendo permitida a utilização de parte do terreno do lajeado.Não há obrigação do lajeado em colaborar com a construção. O que existe é o direito de construção do acesso autônomo no terreno do lajeado, respeitados os critérios de razoabilidade, economicidade e proporcionalidade.

A propriedade do acesso construído sobre o terreno acompanharia a regra da acessão, entretanto, como será em benefício de toda a edificação, a manutenção terá de ser patrocinada por todos os envolvidos.

Outra consequência é de que ao lajeário apenas é permitida a cobrança dos tributos e encargos que recaiam sobre a laje. Independente de ocorrer valorização a parte, contudo, compreende-se que, é vedada a tributação por projeções, também não é permitido o acréscimo sobre o valor da fração em laje, melhorias que nela não foram efetuadas. Ocorrendo alienação, poderá incidir, adequadamente, o imposto sobre o ganho circunstancial de patrimônio.

De acordo com o art. 1.510-A, §3º do Código Civil designou que *os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor.*

Alude o lajeário o direito de usar e gozar. Cuida-se da capacidade econômica indireta e material, que é possível colher sem a necessidade de desfazimento do bem.

O direito de *usar* (*jus utendi*) é o privilégio concedido ao lajeário de utilizar-se da coisa, aproveitando-a da maneira que melhor servir-lhe, evitando que terceiros façam uso.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O direito de gozar (jus fruendi) importa na capacidade de colher os frutos naturais ou civis produzidos pela coisa, tal como desfrutar de seus produtos.

O direito de *dispor* (*jus abutendi*) abrange o benefício de alienar a coisa a qualquer título ou consentir que sobre ela recaia quaisquer ônus.

O direito de *reinvindicar* (*actio rei vindicatio*) importa no benefício de buscar a coisa de quem a possua ou detenha de modo injusto.

A ação reinvindicatória tem natureza real e o proprietário pode valer-se dela para retomar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha.

O diploma legal de que trata a laje, não trouxe expressamente o direito de reinvindicar, entretanto, esta é uma situação onde se vê além da norma, tendo em vista, que o direito de laje faz parte da classe dos direitos reais sobre coisa própria, sendo possível o lajeário lograr do direito dessa tutela petitória.

Ao lajeário também é assegurado construir nova laje, se desta forma for consentida, devendo enquadrar-se nas normas de edificação e segurança, e se conseguir autorização de todos os outros lajeários e do proprietário da construção-base.

Cumpre-se admitir que a laje, acarreta posse para o seu titular, visto como direito real que é. Nesta lógica o art. 1.210 do CC certifica que o possuidor deve "ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado."

Desta forma, o uso da própria força para proteger/reaver a sua posse, só é legítima se esta for proporcional à agressão sofrida, sob pena de responsabilização pelo excesso que causar, devendo agir assim que sofrer o esbulho ou a turbação.

Importante aludir que posse e laje, além da propriedade, não podem ser confundidas, isto posto, que as ações que contemplaremos objetivam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

tão somente proteger a posse. Aliás, nas ações possessórias será abordada exclusivamente a posse, não a titularidade.

Assim, determina o §2º do art. 1.210 do CC, "não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa."

Reintegração de posse

Quando houver o esbulho, o possuidor valer-se-á da ação de reintegração de posse para que seja reintegrado de sua posse.

Caracteriza-se o esbulho no momento em que o possuidor for destituído completamente da coisa, ficando impedido de manter qualquer vínculo sobre a coisa.

Manutenção da posse

Estará reservada ao possuidor que, apesar de não estar vedado totalmente de sua posse, é vítima de turbação, ou seja, problemas que o impossibilitem de utilizá-la amplamente. A ação de manutenção de posse tem o objetivo de manter o autor em sua posse, impedindo quaisquer atos que prejudiquem o lídimo exercício de sua posse.

Interdito proibitório

Caracteriza-se pela finalidade extremadamente preventiva, instituindo providência pertinente sempre que existir a suspeita de turbação ou esbulho.

Finalmente, o último direito do lajeário, muito discutido (tanto que retomaremos a temática no último capítulo) é a oportunidade de o lajeário (laje superior) obter por consequência da não reconstrução da construção-base, a propriedade do espaço relacionado para que, levante nova construção. O art. 1.510-E, inciso segundo, do CC, disciplina que a não

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

reconstrução da base no prazo máximo de cinco anos, não acarreta na extinção do direito de laje. Se o proprietário da construção-base não fizer a reconstrução neste prazo estabelecido pelo dispositivo legal, poderá o lajeário o fazer para garantir seu direito. Ainda, o direito da reconstrução será limitado aos limites do espaço utilizado anteriormente pela construção arruinada, permanecendo o restante do terreno sob a titularidade do antigo proprietário.

Deveres

Como já mencionado nos direitos e deveres do lajeado, a laje é uma parcela independente e autônoma, portanto, a regulamentação legal evidencia que os tributos e encargos da laje serão distintos da construção-base, vide art.1.510,§2º, do CC, e são de responsabilidade do titular de cada fração. O Município, ou qualquer outro ente tributário, não pode executar o lajeário por pendências tributárias da construção-base. Do mesmo modo, não será possível a exigência de regularização dos tributos inerentes a construção-base no momento da confecção e registro da escrituração da laje, mesmo que ela já estivesse ali estabelecida.

Quanto aos critérios a respeito dos custos da manutenção da edificação, segue-se o que já foi mencionado anteriormente, também nos direitos inerentes ao lajeado. De forma que, haverá a partilha igualitária as partes, se outra maneira não houver disposto o contrato de cessão.

Outro dever também já mencionado neste capítulo é o de poder realizar obras que forem emergenciais, como previsto no art. 249 do CC, autorizando o direito de regresso em caso de oposição ao pagamento pelo corresponsável da obra.

Enfim, no tocante ainda, ao lajeado e lajeário, o direito de preferência na alienação segue os moldes estabelecidos pelo art. 1.510-D, onde o lajeário ao obter oferta de compra de seu direito terá que dar ciência aos outros interessados, para que deste modo desempenhem seu direito em 30 (trinta) dias. O contrato de cessão de laje poderá estabelecer prazo diverso maior ou menor, contudo este prazo não deve ser suprimido ou incoerente. Os lajeários e lajeados podem ser notificados por Correios,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

entregue em mãos próprias ou por atuação cartorária, de forma clara e direta, contendo as exigências completas e efetivas da proposta. Se houver qualquer diferença que lese o notificado, ficará caracterizado o inadimplemento da obrigação do direito de preferência, promovendo o ensejo à aplicação do prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias para o devido depósito do valor, conseguinte desfazimento do negócio anterior e concessão do bem pela parte lesada.

4. A LAJE E O REGISTRO PÚBLICO IMOBILIÁRIO

A Lei 13.465/17 inseriu o §9º ao art. 176 da Lei 6.015/73, dispondo a respeito da regulamentação registral da laje, observa-se:

> Art. 176.
> (...)
> § 9ºA instituição do direito real de laje ocorrerá por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca.(BRASIL, Lei 13.465, de 11 de julho de 2017)

A norma mencionada acima predomina a tripologia de princípios registrais mais relevantes, quais sejam: a especialidade, a continuidade e unitariedade matricial, além de efetuar menções quanto à matrícula da laje, carece ser combinado com o art. 1.510-A, §3º do mesmo diploma, da qual a composição textual preconiza que os proprietários da laje, poderão dela usar, gozar e dispor.

O direito real de laje gera unidades imobiliárias autônomas, conferindo, desta forma, propriedade da construção ao titular. Essas unidades terão matrícula própria e por conta da autonomia registraloutorgada pelo §1º do art. 1.510-A do CC, os seus titulares tem a plena liberdade de alienar e agravar a laje.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Ademais, pressupondo o registro do imóvel original e o terreno, a matrícula seguramente compreenderá o detalhamento das medidas perimetrais e confrontantes, por aplicação do princípio da especialidade dos registros públicos.

5. EXTINÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE

Em relação a forma de extinção do direito real de laje, o legislador foi omisso ao apresentar no art. 1.510-E a ruína como modo de extinção, e apenas duas hipóteses em que não ocorrerá a perda desse direito. Não mais elencando nenhuma orientação quanto a esta condição. Note-se:

> Art. 1.510-E. A ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, salvo:
> I - se este tiver sido instituído sobre o subsolo;
> II - se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos.
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína.(BRASIL, Lei 13.465, de 11 de julho de 2017)

O artigo apenas deu ênfase entre a conexão da ruína da construção-base e a extinção do direito aludido, não discorrendo de maneira clara a respeito das consequências e modos da extinção do direito de laje.

Em breve análise, apura-se que a primeira vista é evidente a percepção de que a laje em infrapartição não sofre qualquer efeito com a ruína da construção-base, pois, não depende dela para sua solidificação. Portanto, mesmo assim, haverá o dever de reconstrução pelo proprietário da construção-base, porém, não interferirá no direito do lajeário sotoposto, caso não seja feita, tendo em vista a autonomia da construção da laje em infrapartição e a construção-base, e a inexistência de dependência entre elas.

Em se tratando da laje sobreposta, é importante relembrar que esta modalidade de laje (construída acima) possui relação direta com a construção-base, sendo diretamente afetada na hipótese de ruína da construção.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com isso, para evitar que o proprietário da construção-base, arrependido da cessão da laje, venha se beneficiar da catástrofe e destine outro fim para o terreno, o legislador assegurou que em não havendo a reconstrução em 5 (cinco) anos, o lajeário poderá realizar a reconstrução dentro dos limites estabelecidos no contrato de cessão, para que seu direito não seja lesionado, sendo-lhe garantido o direito de eventual reparação civil contra o responsável pela ruína.

A falha do legislador em não esclarecer de forma mais clara sobre as formas de extinção, permanecerá até que o poder judiciário resolva, por exemplo, algum caso em que, nem o proprietário da construção-base, nem o lajeário possuam condições financeiras para arcarem com a reconstrução, visto que a problemática das irregularidades das construções sobrelevadas no Brasil ocorre em demasia nas periferias. Não poderá se falar em abandono do direito, tendo em vista que haveria o interesse em mantê-lo, todavia, faltariam apenas recursos financeiros para realização da reconstrução.

Ademais, como meio de solucionar o conflito da inviabilidade de reconstrução, o terreno teria que ser colocado à venda, partilhando o valor da venda em quinhões iguais entre proprietário da antiga construção-base e da laje. Entretanto, tratando-se do que já disciplina o ordenamento jurídico, essa hipótese não seria possível, visto que o terreno é propriedade do lajeado. Contudo, se for ele o responsável pela ruína, por exemplo, poderia então arcar com a restituição da propriedade ao lajeário, além da reparação civil pela ruína das construções, com a justa partilha do terreno, tendo em vista a inviabilidade de reparação de outra forma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou-se o direito real de laje introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro pela lei 13.465/17, cujo objetivo é a regulamentação acerca das irregularidades imobiliárias urbanas nas cidades brasileiras, tratando da laje como direito um autônomo.

Buscou-se a diferenciação dos meios de laje, como em sobrelevação e infrapartição, sendo caracterizadas como propriedades independentes.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Entendeu-se o direito real de laje como um direito sobre coisa própria, pela autonomia e perpetuidade que possui, estando elencada a laje no rol dos direitos reais.

Apontou-se os direitos e deveres inerentes ao lajeado e lajeário, tratando das responsabilidades tributárias, também no que toca a manutenção da construção, o dever de partilha dos encargos pelo serviço realizado.

Especificou-se o direito de preferência na alienação do direito de laje, assim como as consequências da não observância dos critérios estabelecidos pela lei.

Definiu-se sobre a forma de registro imobiliário da laje, trazendo matrículas distintas, dado o caráter de independente e autônomo da laje como propriedade.

Por fim, verificou-se como o direito real de laje é extinto no caso da ruína da construção-base, o direito de reconstrução dado ao lajeário, ainda o dever de reparação civil do culpado pela ruína da construção, a não afetação ao lajeário em infrapartição, e prerrogativa de reconstrução pela lajeário em sobrelevação na hipótese de o proprietário da construção-base assim não o fizer.

Evidenciou-se a falha do legislador em não especificar de forma mais ampla e clara os meios de extinção do direito e responsabilização do culpado pela destruição da edificação.

Denotou-se acerca da possibilidade dos proprietários tanto da construção-base, quanto da laje sobrelevada, em não possuir condições financeiras para arcar com a reconstrução estabelecida em lei, não seria possível a partilha do terreno, por pertencer apenas ao lajeado, entretanto, se este for o responsável pela ruína, além de arcar com a responsabilização civil, deveria restituir os lajeários pela perda de suas propriedades, com a justa partilha do terreno, tendo em vista a inviabilidade de reparação de outra forma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

FARIAS, Cristiano Chaves de; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio. **Direito de Laje** - Salvador:Ed. JusPdvim, 2017. 240 p.

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). **Lei de registros públicos comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 4.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, elaborado no Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda.- Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2015, vol. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.Acessoem:13abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**.Disponível em: . Acesso em: 14 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.465 de 11 de Julho de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 14 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001.**Estatuto das Cidades**. Disponível em: . Acesso em: 14 mai. 2018.

CAMARGO, Marco Antônio de Oliveira. Direito **de laje. Explicando para quem quer entender**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4963, 1 fev. 2017. Disponível em: . Acesso em: 13 abr. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito real da laje: novidade de fim de ano no direito civil brasileiro, 2017**.Disponível em: . Acesso em: 13 abr. 2018.

STOLZE, Pablo. **Direito real de laje: primeiras impressões, 2017**. Disponível em: . Acesso em: 13 abr. 2018.

VIANA, Salomão. **Direito Real de Laje: finalmente a lei**. Disponível em: <https://salomaoviana.jusbrasil.com.br/artigos/478132365/direito-real-de-laje-finalmente-a-lei>. Acesso em 13 abr. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **"Direito real de laje à luz da Lei n.13.465, de 2017: Nova lei, nova hermenêutica"**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, julho 2017 (Texto para discussão n. 238). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 13 mai. 2018.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito real de laje e superfície**. Disponível em: <http://iregistradores.org.br/direito-de-laje-e-superficie/>. Acesso em 03 abr. 2018.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE AO INQUÉRITO POLICIAL

VITOR GOMES GIACOMINI:
Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)[1]

RESUMO: Os promotores públicos são autoridades públicas que, em nome da sociedade e do interesse público, asseguram a aplicação da lei quando a violação desta implica em um crime/sanção, tendo em conta tanto os direitos do indivíduo como os necessários à eficácia do sistema judicial. Em todos os sistemas de justiça criminal, os promotores públicos, decidem se iniciam ou continua os processos; conduz processos perante os tribunais; podem apelar ou conduzir recursos de todas ou algumas decisões judiciais. Em nosso sistema judicial os promotores públicos, também podem implementar uma política nacional de criminalidade, adaptando-a realidades regionais e locais; conduz, dirigi ou supervisiona investigações (de forma externa, paralela à Policia), bem como providencia que as vítimas sejam efetivamente assistidas. No que diz respeito às investigações, o papel atribuído ao Ministério Público se encaixa em entre dois extremos, sendo um deles a completa ausência de autoridade para iniciar investigações e o outro caso em que o promotor está totalmente autorizado a investigar. Em alguns países, o promotor público normalmente age apenas quando sua atenção é atraída, geralmente pela autoridade policial investigadora quando há aparentes violações do direito penal. Outro ponto contraditório é o instituto do arquivamento implícito do inquérito policial. A Constituição atribuiu ao Ministério Público, de forma ampla, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII da CF/88). No entanto, é preciso citar que ante a manifestação do Ministério Público, existe algumas controvérsias como será visto.

Palavras-chave: ação penal, crime, inquérito policial, investigação, promotores públicos.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ABSTRACT: Public prosecutors are public authorities who, in the name of society and the public interest, ensure the application of the law when a breach thereof implies a crime / punishment, taking into account both the rights of the individual and the necessary effectiveness of the judicial system. In all criminal justice systems, prosecutors decide whether to initiate or continue prosecutions; bring proceedings before the courts; may appeal or conduct remedies of all or some judicial decisions. In our judicial system public prosecutors can also implement a national crime policy, adapting it to regional and local realities; conducts, directs or oversees investigations (externally, parallel to the Police), as well as ensuring that victims are effectively assisted. As far as investigations are concerned, the role assigned to the Public Prosecutor's Office falls between two extremes, one of which is the complete lack of authority to initiate investigations and the other case in which the prosecutor is fully authorized to investigate. In some countries, the prosecutor usually acts only when his attention is drawn, usually by the investigating police authority there are apparent violations of criminal law. Another contradictory point is the implicit archiving institute of the police inquiry. The Constitution broadly assigned the Public Prosecutor's Office to police control (article 129, VII of CF / 88). However, it is necessary to mention that before the manifestation of the Public Ministry, there are some controversies as will be seen.

Key words: criminal action, crime, police investigation, investigation, public prosecutors.

1. INTRODUÇÃO

Existem controvérsias para determinar o surgimento exato da instituição do Ministério Público na história da humanidade. Alguns autores voltam ao Egito Antigo, na figura de Magiaí, que era um operador do rei e entre suas várias funções estava aplicar punições a rebeldes, proteger cidadãos pacíficos, dar assistência a órfãos e viúvas, entre outros. Outros estudiosos citam vários funcionários da antiga Roma. No entanto, a teoria mais aceita é a do surgimento na França, no século XIV, na ordenação de 25 de março de 1302, do reinado de Filipe IV (Filipe, o Bello), no qual os chamados procuradores do rei "deveriam fazer o mesmo juramento de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

julgamento para patrocinar as causas do rei. " No entanto, foi durante o governo de Napoleão que o Ministério assumiu a forma de uma instituição (ABADE, 2015).

O Ministério Público do Brasil (MP) é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado brasileiro, que é responsável por defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127, CF/88).

O escopo do MP no Brasil não se limita ao processo criminal, mas também inclui duas características adicionais: primeiro, uma ampla gama de atribuições dentro da esfera civil e segundo uma independência institucional marcada de outros ramos do governo. O MP brasileiro passou por mudanças importantes nos últimos 30 anos e pode ser considerada a principal novidade institucional no Brasil desde o retorno à democracia. O MP ativamente promoveu a proteção de direitos difusos ou coletivos, como direitos ambientais, relações de consumo, patrimônio histórico e cultural, crianças e adolescentes, idosos, cidadãos, pessoas com deficiência, propriedade pública e controle de políticas públicas. O MP tem também desempenhou um papel significativo no combate à corrupção e, ultimamente, no crime organizado. O MP atua em todos os 27 estados do Brasil, atuando em tribunais gerais e, no nível federal, em tribunais especializados (federais, trabalhistas e militares) (CARNEIRO, 2017).

A lista de atribuições do Ministério Público sofreu modificações importantes com os princípios de diversos diplomas legais que ampliaram consideravelmente a dimensão e o alcance de sua missão social. A Lei 7.347/85 instituiu a ação civil pública e transmitiu ao Ministério Público a defesa de direitos difusos e coletivos. A Constituição de 1988 emancipou o Ministério Público no papel de defensor do Estado, instituindo à condição de defensor da sociedade atribuindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis no capítulo das funções essenciais à justiça, sem vinculação funcional dos Poderes do Estado (WALTER, 2018).

Os Estados também devem tomar medidas para permitir que os promotores públicos tenham direito efetivo à liberdade de expressão,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

crença, associação e reunião. Em particular eles devem ter o direito de participar na discussão pública de assuntos relativos à lei, a administração da justiça e promoção e proteção dos direitos humanos. Os direitos acima mencionados só podem ser limitados na medida em que este é previsto por lei e é necessária para preservar os ditames constitucionais (LOPES JUNIOR, 2016).

2. REVISÃO DE LITERATURA

O Ministério Público é um órgão com autonomia funcional e administrativa, que representa a sociedade perante os órgãos jurisdicionais para garantir o respeito aos direitos e garantias constitucionais, promovendo a ação penal pública em defesa do patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e os direitos dos povos indígenas, e julgar em casos em que iniciar ou prosseguir, não era necessário solicitar uma parte (BRASIL, 2018).

O Sistema Judiciário brasileiro é dividido não só regionalmente, mas também pelo assunto de discussão. Como tal, o Ministério Público da União está dividido em 5 filiais, destinadas a coincidir com a Divisão Judiciária. Os ramos são:

Ministério Público Federal, responsável por crimes federais e atividades civis federais. Pode-se dizer que este ramo é o "ramo padrão".

Ministério Público do Trabalho, encarregado de manter e supervisionar as leis trabalhistas

O Ministério Público Militar, encarregado de processar militares das 3 Forças Armadas brasileiras em seus delitos criminais durante as tarefas

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, encarregado da Justiça no Distrito Federal e nos Territórios Independentes da União. Desde a Constituição Brasileira de 1988, não há território ativo.

O Ministério Público Eleitoral é um ramo misto, composto por procuradores federais e estaduais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Os vários Ministérios Públicos Estaduais não estão divididos em filiais, mas seu promotor pode ser especializado em assuntos específicos. A exceção são os poucos estados com um Tribunal Estadual Militar de Apelação, já que eles têm Promotores Estaduais Militares em uma filial independente.

2.1. Dos Deveres e Atribuições

Analisado pelo escopo do art. 127 da CF/88, os princípios de atuação do Ministério Público em síntese são:

a) Defender a ordem jurídica;
b) Defender o regime democrático;
c) Defender os interesses sociais;
d) Defender os interesses individuais indisponíveis.

Pode-se colocar como primordial assegurar o respeito pelos direitos e garantias constitucionais, promovendo ações criminais públicas para defender o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos, bem como os direitos dos povos indígenas. Realizar ações criminais nos casos em que, para iniciar ou processar, não houver necessidade de uma parte, sem prejuízo do juiz ou processo judicial *ex officio*, quando determinado por lei. Corresponde também ao Ministério Público, através dos agentes fiscais, autoridades designadas e seus órgãos subsidiários dirigir a investigação dos atos puníveis e promover a ação penal pública. Para tanto, executará todos os atos necessários para preparar a denúncia e participar do procedimento, de acordo com o estabelecido neste Código e em sua lei orgânica (ROMANO, 2018).

O Ministério Público, também normalmente referido como "MP" é o órgão público constituído por promotores, tanto a nível federal (Ministério Público da União) nível de Estado (Ministério Público Estadual). Operando independentemente dos três ramos do governo (MPU, 2018). O Ministério Público não faz parte de nenhum dos três Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário. O MP tem autonomia na estrutura do Estado, não pode ser extinto ou ter os poderes revistos para outra instituição. Procuradores e promotores têm a independência funcional garantida pela Constituição.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Uma vez foi definido pelo atual presidente da República como um "Quarto Poder".

A Constituição de 1988 divide as funções do Ministério Público em três órgãos distintos: a Procuradoria Pública, a Defensoria Pública e o próprio Ministério Público, sendo cada um deles um órgão independente. Além disso, a nova Constituição criou os Tribunais de Contas, também autônomos em suas funções.

No Brasil, os promotores públicos formam um corpo de funcionários públicos autônomos - o Ministério Público - trabalhando tanto em nível federal quanto estadual. Os Procuradores da República - procuradores federais - dividem-se em três escalões, de acordo com a jurisdição dos tribunais em que oficiam, pelo que os procuradores da República oficiam junto de juízes únicos e tribunais de primeira instância, procuradores regionais da República. "(promotores que atuam perante tribunais de apelação federais) e" subprocuradores gerais da República "(promotores que atuam perante os tribunais federais superiores). O Procurador Geral da República encabeça o órgão federal e julga casos perante o Supremo Tribunal Federal (STF), o mais alto tribunal do Brasil, encarregado da revisão judicial e do julgamento de infrações penais cometidas por legisladores federais, membros do gabinete e pelo presidente. do Brasil. No nível estadual, a carreira costuma ser dividida em "promotores de Justiça", que atuam perante os tribunais de primeira instância, e "procuradores de justiça" (promotores que atuam perante o tribunal de apelação dos estados). Há também promotores militares cuja carreira, embora vinculada aos promotores federais, é dividida de maneira similar aos promotores estaduais.

2.2. Sua atuação no Inquérito Policial

O principal trabalho dos promotores no Brasil é defender a justiça. Como tal, é seu dever trazer acusações criminais e julgar casos criminais, mas também pedir a absolvição de acusações se durante um julgamento eles se convencerem da inocência de um réu. Os promotores têm a última palavra sobre as acusações criminais que são registradas, com exceção dos raros casos em que a lei brasileira permite a ação civil. Nesses casos, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

procurador age e garante que a justiça seja efetivamente entregue. Também é obrigatório que o MP participe de litígios relacionados a menores de idade.

É primordial que a atuação do MP no inquérito policial é contraditória, causa inúmeras polêmicas sobre a sua determinação. Embora a lei permita que os promotores conduzam investigações criminais, eles só o fazem em casos importantes, geralmente onde houve transgressões envolvendo a polícia ou funcionários públicos. Eles também são responsáveis pela supervisão do trabalho policial e das investigações policiais. O poder que os promotores públicos têm para conduzir investigações criminais é controverso e, embora os juízes, promotores e a população em geral a favoreçam em geral, ela está sendo contestada perante o Supremo Tribunal Federal.

A argumentação de quem fundamenta a ilegalidade da investigação realizada pelo Ministério Público se justifica, principalmente, na interpretação de elementos históricos e das disposições constitucionais, como também infraconstitucionais, conduzindo a uma análise dos efeitos práticos da adoção desse sistema, que, conforme esse ponto de vista, não se sustentam (SOUZA, 2018).

A Constituição Federal, em seu art. 144, determina que as polícias se ocuparão de apurar infrações penais, sendo elas: Polícia Civil e Polícia Federal. Elas são as autoridades competentes para a execução desse trabalho, e, uma vez a Constituição garantindo o respeito ao devido processo legal em seu art. 5º, LIII – "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (BRASIL, 1988, p. 1) –, devem ser respeitados todos os ritos estabelecidos por lei.

Os contrários a atuação do MP, baseiam-se de forma radicalizada no art. 129 da CF/88, que deixa claro que ao MP, cabe controlar, externamente, a atividade policial.

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – Promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – Defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (BRASIL, 1988, p. 1).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Não há qualquer menção ao inquérito policial ou à substituição das funções da polícia. Mesmo o papel do MP de promover ação penal não se refere, de forma alguma, a atuar na investigação criminal – pelo contrário, o texto constitucional simplesmente determina que o MP tem a obrigação de iniciar a ação, uma vez ocorrendo ilegalidade. Entender a investigação como parte da promoção da ação penal é uma interpretação extensiva que extrapola o dispositivo legal; a incumbência do MP, conforme a Constituição Federal, é promover a ação penal; das polícias, tanto estaduais quanto federal, é promover a investigação criminal. O MP pode – e deve – unicamente controla, externamente, a ação policial (BRASIL, 1988).

Ressaltando o argumento desfavorável Miranda (2010, p. 1): afirma que,

> No que concerne brevemente aos aspectos históricos no Brasil, a competência para realizar as investigações preparatórias da Ação Penal sempre foi da Polícia. Em várias ocasiões tentou-se modificar esse regime, mas as propostas foram rejeitadas. Propostas nessa linha foram rejeitadas na elaboração da Constituição de 1988, especificamente nas discussões da assembleia constituinte, o texto aprovado pretendia exatamente manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária. [...] assim sendo, a concentração de atribuições prejudicaria a impessoalidade e o distanciamento crítico que o membro do Ministério Público deve manter no momento de decidir pelo oferecimento ou não da denúncia.

Thomaz (2015, p. 1) lembra:

> [...] o delegado está impedido de, por exemplo, ajuizar ação penal, ou atuar no juízo cível (art. 129, I, 131 a 134, todos da CF, e arts. 36 a 40 e 81 do CPC, por exemplo). No entanto, ele, na qualidade de responsável pela investigação criminal, mormente a

> desenvolvida em inquérito policial, estará legitimado a postular, por meio da representação, pela decretação de medidas cautelares (cf. Art. 282, § 2º, do CPP), pela prisão preventiva (cf. Art. 311 do CPP), pela prisão temporária (cf. Art. 2º da Lei nº 7.960/89), pela interceptação de comunicações telefônicas (cf. Art. 3º, I, da lei nº 9.296/96), dentre outras.

De acordo com a Lei 12.830/2013, o delegado de polícia, como autoridade policial, é responsável por conduzir a investigação criminal no Brasil por meio de uma investigação policial, denominada "inquérito policial", ou outro procedimento previsto em lei que tenha por finalidade averiguar as circunstâncias, a materialidade e a autoria das infrações penais. Provisão semelhante também é encontrada no art. 4º do Código de Processo Penal brasileiro e no art. 144, §4º, da Constituição Federal.

A competência do MP, por sua vez, é de postular em juízo, não de coletar provas no inquérito policial, frustrando o entendimento daqueles que são favoráveis à sua atuação conjunta com a polícia. Tanto a Constituição Federal quanto o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, bem como a Lei nº 7.347/85, sobre a ação civil pública, fundamentam tal compreensão (THOMAZ, 2015).

Os contraditórios afirmam categoricamente que se trata de algo natural que ao participar do inquérito o MP, fique comprometido com o resultado, podendo agir com parcialidade, ou seja, prejudicaria a impessoalidade e o distanciamento crítico que o membro do Ministério Público deve apresentar.

Em contrapartida os defensores da posição favorável a que o Ministério Público proceda a investigações criminais também apresentam um conjunto de argumentos diversos para sustentar esta tese, argumentos estes, em via de regra, de cunho constitucional e de efeito prático.

Para Muccio (2012, p.234),

> O Ministério Público, como titular da Ação Penal Pública (art. 129, I de CF/88), não seria um mero

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> espectador da investigação perpetrada pela autoridade policial, podendo desta forma, não só requisitar diligências, como realizá-las diretamente, quando elas se mostrem necessárias. Sob o argumento doutrinário de que o inquérito policial é um instrumento facultativo e dispensável para o exercício do direito de ação.

Na verdade, é preciso ter em mente que no Brasil, o principal trabalho dos promotores é promover a justiça, como tal, eles têm o dever de não apenas julgar casos criminais, mas, se durante o julgamento, convencerem-se da inocência de um réu, solicitando que o juiz o absolva. O Ministério Público tem sempre a última palavra sobre se as infrações penais serão ou não cobradas, com exceção dos raros casos em que a lei brasileira permite a ação privada. Nesses casos, o procurador é responsável por garantir que a justiça seja realmente cumprida. Embora habilitados por lei para fazê-lo, os promotores conduzem investigações criminais apenas em casos importantes, geralmente envolvendo delitos policiais ou de funcionários públicos. Além disso, eles são responsáveis pelo controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal Brasileira) e solicitam diligências e o início de uma investigação policial (art. 129, VIII, da Constituição Federal Brasileira).

É indiscutível que nossa sociedade vive em constante alarme e consternação um aumento da criminalidade, não só em quantidade, mas também em qualidade. Mais e mais, um grau maior de violência é evidente no comportamento do agressor. Nesta situação, a intervenção do estado torna-se imperativo. Por meio das penalidades previsto nas leis, o estado está tentando desencorajar este comportamento prejudicial tornando a coexistência pacífica da sociedade.

É verdade que é o estado que possui a função de detectar, processar e julgar crimes, porque é impossível hoje em dia pensar em termos de vingança privada. No entanto, deve ser ter um equilíbrio entre a penalidade ou punição imposta ao transgressor e a ausência de abuso do poder público. Para evitar abusos, o estado deve ter um instrumento que está sujeito à lei (o Princípio da Legalidade).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A natureza do crime de hoje requer um procedimento rápido e eficaz que responde a uma estratégia uniforme, principalmente para combater crime convencional, em que grandes organizações criminosas estão envolvidas, portanto, é difícil lutar.

Pela visão da sociedade, é fundamental que aqueles que lutam contra o crime não pode desperdiçar recursos na busca de questões irrelevantes, e deve-se direcionar esforços contra comportamentos que seriamente ferem a sociedade.

É desejável encontrar uma estratégia unificada para combater o crime em todas as esferas das sociedades. Além disso, isso poderia facilitar a obtenção de mais controle entre investigadores e juízes, resultando na criação do estado *"ius puniendi"*.

A investigação atribuída a um promotor permite que cada pessoa assuma o papel correspondente no processo: o julgar, atente para o cumprimento de sua legalidade e, consequentemente, que os direitos das partes estão protegidas, inclusive, de claro, o acusado; e o promotor, agindo em nome da sociedade, recolhe todos evidência que liga o acusado ao crime e, em geral, combate ao crime.

Reforça os princípios da evidência oral e imediata, porque ao comparecer em juízo, o promotor conhece cada prova que servirá como base para a acusação; e o juiz só saberá deles quando apresentado no julgamento. Outra vantagem do promotor na investigação é que diminui atrasos na administração da justiça por eliminar a obrigação de um documento escrito e procedimento formal, pois em muitas ocasiões as pessoas são forçadas a enfrentar um longo processo: meses ou mesmo anos.

A flexibilidade na investigação por promotores permitirá que eles concentrem suas atenções sobre os comportamentos realmente prejudiciais de grupos sociais. Como é apontado muitas ocasiões, atividade criminosa supera a capacidade da comunidade de lutar, nenhum sistema punitivo pode atacar todo o crime cometido contra ele. Consequentemente, aparece a necessidade de criar uma triagem da função punitiva estatal, por meio da qual os crimes são punidos.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É verdade que quando se fala de uma investigação confiada a um promotor, supõe-se que ele ou ela deva ter um objetivo e ser neutro. Ele deve respeitar todos os direitos e garantias do réu e das partes. Além disso, é necessário que o Promotor mantenha excelentes relações com a polícia, já que os promotores essencialmente vinculam/mediam juízes e policiais. Outra relação importante a ser mantido é aquele entre o procurador e a vítima, dado que esta última cobra a procurador com o resgate dos seus direitos. Para tanto, o promotor encarregado do caso deve fazer o melhor uso de sua humanidade e de seus recursos materiais, a fim de localizar a prova correspondente e apresentá-lo para o tribunal de forma adequada. Depois, o juiz é responsável pelo julgamento final.

Após muitas discussões travadas pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, o Supremo Tribunal Federal praticamente consolidou entendimento no sentido de que os membros do Ministério Público também possuem atribuição para conduzir investigações criminais. O referido posicionamento é fruto de debates acalorados, que abordou assuntos complexos e não se limitou a uma discussão linear acerca de opiniões doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais (VIEIRA, 2018).

2.3. O relacionamento do promotor com a polícia.

Um esforço coordenado e boas relações entre promotores e policiais permiti o sucesso em investigações e, em particular, no combate ao crime. Ambos constituem o longo braço da lei e como é materializado. O Brasil tem uma força policial judicial que também depende do Poder Judiciário, mas tem independência administrativa. Nesse sistema, é muito comum para os policiais ter relações diretas com promotores e juízes, dos quais solicitam diferentes ordens. É interessante que a polícia mantenha contato direto com a promotoria informando o promotor de todos os atos criminosos, em seguida, definindo as diretrizes a serem seguidas em uma investigação. Para resolver essas preocupações, os promotores têm trabalhado muito para informar o polícia que eles vão continuar com a seu papel administrativo, e que as direções dos promotores são apenas para casos sob investigação. Além disso, é necessário fortalecer as relações humanas entre ambos os grupos para que cada um execute as suas funções nas melhores condições de boa comunhão e cooperação mútua.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O relacionamento com a vítima, parece apropriado, pois como a noção de vingança privada se torna inaceitável, e o conceito de que o Estado é a única entidade autorizada a punir cria raízes, a informação para a vítima é omitida. Nos tempos modernos, a "vitimologia" tenta devolver à vítima seus direitos, lembrando ele que eles nunca tinham sido perdidos. A vitimologia presume que a vítima deposita seus direitos nas mãos do promotor, e que este último é obrigado a preservar tais direitos, informando a vítima e considerando todos os aspectos que a vítima quer dar testemunho sobre, porque, afinal, ele é quem sabe até que ponto a ofensa afetou.

Ninguém pode negar que os promotores enfrentam um importante desafio não só porque as técnicas desenvolvidas por os criminosos são mais sofisticadas a cada dia, mas também porque as normas representam uma oportunidade para alcançar a aplicação justa e eficiente.

É desejável que mudanças sejam introduzidas na legislação produzir uma justiça criminal eficiente e de alta qualidade, onde o direito de defesa pode ser claramente exercido por qualquer das partes, e onde este poder não fica restrito somente a uma das partes, já que estas unidas, apresentam maior eficiência. Além disso, deve ser usado para fortalecer a democracia e melhorar coexistência. No entanto, nunca deve ser usado como um instrumento de dominação.

É evidente, a partir de uma análise das funções específicas dos procuradores públicos nos diferentes Estados membros, que eles podem ser vistos como formando uma série de círculos concêntricos. O círculo interno contém os deveres comuns aos procuradores em todos os sistemas de justiça criminal, as tarefas que tem sido o foco principal das deliberações da comissão. Em primeiro lugar, os procuradores públicos desempenham o papel de liderança na instauração e prossecução de processos judiciais, embora esse papel seja diferente, dependendo se o princípio do trabalho deriva de um sistema obrigatório ou discricionário. Em segundo lugar, o negócio formal de conduzir uma acusação e discutir o caso em tribunal é a prerrogativa do promotor público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Por último, o direito de recurso contra decisões judiciais está intimamente ligado à função geral do procurador público, porque é um dos meios para garantir a aplicação da lei e, ao mesmo tempo, ajudar a tornar o sistema mais eficiente, particularmente com no que diz respeito à coerência nas decisões judiciais e, por extensão, na aplicação da lei. Neste ponto, deseja-se que os promotores públicos tenham amplo espaço para a realização de suas funções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fatos constitutivos do crime são males que uma sociedade democrática quer evitar, impedindo sua atuação e reprimindo os responsáveis, com pleno respeito às garantias constitucionais. Então, poder-se-ia supor que o objetivo geral dessas propostas de política pública seria, claro, reduzir esses males, isto é, buscar uma redução significativa na taxa de crimes cometidos.

É quase comum dizer que aqueles que estão de algum modo envolvidos na administração de políticas públicas ligadas à atividade criminosa são mais propensos a supor que seu aumento é devido a fatores sociais ou pessoais incontroláveis e, ao contrário, a serem atribuídos como uma conquista de suas atividades. gestão própria do declínio das taxas de criminalidade. No entanto, apesar do fato de que os fatores atribuídos ao aumento e à diminuição da atividade criminosa são múltiplos e de origem diferente, eles não são tantos que renunciem a seu estudo, nem tão alheios aos estímulos criado.

A melhor maneira de o Ministério Público aproveitar a oportunidade é sugerir políticas públicas em matéria de prevenção e repressão ao crime, é explicitar e fixar sua própria política de processo penal, direcionando-a para objetivo de reduzir a atividade criminal, de modo que, com base no conhecimento proporcionado pela pesquisa criminológica com base científica e empírica, sejam estabelecidas estratégias locais, regionais e nacionais para atender a esses objetivos, juntamente com os estímulos institucionais necessários para que seu desempenho diário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Promotores públicos são autoridades públicas que, em nome da sociedade visa garantir a aplicação da lei quando a violação da lei traz uma sanção penal, tendo em conta tanto os direitos do indivíduo como a necessária eficácia do sistema de justiça criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, D.N. **Garantias do Processo Penal Acusatório – O Novo Papel do Ministério Público no Processo Penal de Partes**. São Paulo, Renovar, 2015.

BRASIL. **Saiba mais sobre o Ministério Público do Brasil**. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/governo/2010/01/ministerio-publico. Acesso em abril de 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/constituição/Compilado. Acesso em 12 fev. 2016.

CARNEIRO, J.R.G. **O Ministério Público e suas investigações independentes**. São Paulo, Malheiros Editora Ltda, 2017.

LOPES JÚNIOR, A. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4º ed. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2016.

MIRANDA, M.A. **O Papel do Ministério Público no Inquérito Policial**. 2010. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4227. Acesso em 11 fev. 2016.

MPU – Ministério Público da União. **Dúvidas sobre o MP**. Disponível em: http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/duvidas. Acesso em abril de 2018.

MUCCIO, H**. Inquérito Policial**: Teoria e Prática, 2012.

ROMANO, R.T. **Do Inquérito Policial e da investigação criminal promovida pelo Ministério Público**. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

em: https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina. Acesso em março de 2018.

SOUZA, E.H. **Ministério Público e inquérito policial.** Disponível em: https://ericmsouza.jusbrasil.com.br/artigos/430183765/ministerio-publico-e-inquerito-policial. Acesso em março de 2018.

THOMAZ, T.H.B. **MP pode investigar, mas delegado preside inquérito e comanda persecução.** 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jun-07/thiago-thomaz-mp-investigar-delegado-preside-inquerito Acesso em 4 nov. 2016.

VIEIRA, F. ***A Participação do Ministério Público no Inquérito Policial: O Princípio da Obrigatoriedade e o Arquivamento Implícito****. Disponível em:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D11926%26revista_caderno%3D6?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15738&revista_caderno=22. Acesso em abril de 2018.*

NOTA:

[1] Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade Brasil, Brasil (2015). Advogado do Escritório de Advocacia, Brasil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONCENTRAÇÃO DOS ATOS NA MATRÍCULA DO IMÓVEL

HELOISA DIEGUES DE LIMA: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(Orientador)

RESUMO: O objetivo do trabalho é analisar o Sistema Registral, como é o procedimento, como é aplicado o princípio da Concentração dos Atos, bem como o Princípio da Publicidade. Abrange os aspectos gerais da Concentração dos Atos. Procura evidenciar de forma sucinta a segurança jurídica que a Lei nº 13.097/2015 trouxe.

Palavras-chave: Sistema Registral. Princípio. Publicidade. Concentração.

ABSTRACT: The objective of the work is to analyze the Registration System, as is the procedure, how the principle of Concentration of Acts is applied, as well as the Advertising Principle. It covers the general aspects of the Concentration of Acts. It seeks to summarize the legal certainty that Law 13.097 / 2015 brought.

Keywords: Registral System. Principle. Publicity. Concentration.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITOS REAIS E SISTEMA REGISTRAL NO BRASIL. 2. FUNÇÃO DO SISTEMA REGISTRAL. 3. ESCRITURAÇÃO. 4. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS NA MATRÍCULA. 5. PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI Nº 13.097/2015 E ALTERAÇÃO DA LEI DE DOCUMENTAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende ressaltar às questões referente aos atos averbados na matrícula do imóvel, a segurança jurídica que a Lei 13.097/2015 (BRASIL, 2015) trouxe nesse aspecto, uma vez que o credor, o litigante, tendo interesse, pode requerer que os dados da ação que está em curso, seja averbado na respectiva matrícula, informando assim ao possível

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

adquirente de um imóvel, que uma possível transação imobiliária, pode ser desfeita, pois existe uma ação em curso, não podendo o adquirente alegar desconhecimento.

A averbação/registro é de essencial necessidade, onde este trabalho evidencia essa necessidade, devido à segurança jurídica que traz. Também nos mostra o sistema registral, e o sistema registral no Brasil, sua história, como funciona os trâmites dentro do Cartório. Traz alguns aspectos com relação à Lei 6.015/73 (BRASIL, 1973).

Assim, com este trabalho pretende-se fixar a importância do princípio da Concentração dos Atos, bem como o princípio da publicidade, a cautela que o registrador deve ter no momento da qualificação do título, as consequência decorrente de uma falso registro.

A elaboração deste artigo, se baseia em doutrinas civilistas, na rotina de um cartorário, na Lei nº 6.015/73 (BRASIL, 1973), principalmente na Lei nº 13.097/2015 (BRASIL, 2015) e também outros dispositivos legais que regulamentam o tema

1 DIREITOS REAIS E SISTEMA REGISTRAL NO BRASIL

Direito Real é uma subdivisão do Direito Patrimonial, onde as pessoas se relacionam através de negócios jurídicos, como aquisição de propriedade, partilha aos herdeiros após a morte, ou seja, em Direito Patrimonial as pessoas se relacionam com as coisas e o Direito Real, trata desta relação, porém com algum interesse econômico.

O objeto do direito real são as coisas apropriáveis uteis e raras, que perante o interesse econômico podem vir a ser objeto de propriedade. Se exclui da relação de bens apropriáveis a água do mar, o ar, a ilha, a luz do sol, as coisas públicas, dentre outras.

> "somente pode ser objeto desse direito aquilo que pode ser apropriado". (VENOSA, 2009, p.3).

Para que as coisas sejam apropriadas, deve se haver como ponto de partida uma relação jurídica contratual ou uma ocupação, onde se tratando

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de aquisição decorrente de contrato, se pode dizer que é derivada, uma vez que há no histórico a relação de proprietários anteriores, já a aquisição por meio da ocupação, se diz originária, uma vez que não possui proprietários anteriores.

As coisas apropriáveis, são objeto de propriedade que é o mais amplo do direito real, onde esse direito à propriedade é relativo, uma vez que o proprietário da coisa, do imóvel, antigamente podia fazer de tudo e de qualquer forma dentro do imóvel, sem qualquer tipo de intervenção de pessoas ou do estado, porém, em muitos casos havia abuso de autoridade, ferindo o direito de outrem, portanto a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIII, esclarece que a propriedade deve exercer a sua função social e ainda o artigo 186 da Constituição Federal, esclarece o que vem a ser função social, que dispõe:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I - aproveitamento racional e adequado;
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, podemos dizer que o Direito Real, é um tema atual, pois antigamente não se possuía nem o direito a propriedade, uma vez que com a descoberta do Brasil em 1.500, as terras passaram ao domínio público, e a Coroa portuguesa cedia a posse da propriedade, havia uma doação da propriedade para que as pessoas que já habitavam aqui pudessem cultivar e habitar, tornando a propriedade produtiva, sistema este chamado de sesmaria e aqueles que não cultivassem perdia a posse. Os anos foram se passando e ás doações vieram a gerar um grande problema, onde as autoridades corriam o risco de doar terras já doadas, uma vez que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

sesmeiros (os que possuíam a posse para produção) não faziam as demarcações e nem as confirmações de doação.

Diante de tudo isso, D. Pedro I, suspendeu as doações, as sesmarias e com a criação da Lei de Terras, as sesmarias foram revalidadas, houve a legitimidade da posse pacífica e se criou um critério de produtividade para o controle das sesmarias.

Portanto foi se criando um cadastro imobiliário, onde foram criadas diversas Leis, dentre elas a Lei nº 1.237/64 (BRASIL, 1964), que instituiu o registro da propriedade imobiliária, o Código Civil de 1916, onde o registro se tornou obrigatório.

O sistema registral brasileiro possui duas fases, sendo a primeira fase a parte documental, elaboração de escritura pública, contratos e a segunda fase a publicidade, onde os títulos são levados a registro. No sistema brasileiro, quem não registra não é dono, portando a propriedade só é adquirida por meio do registro.

A necessidade do registro se tornou essencial desde a antiguidade com relação aos direitos reais, as garantias, os encargos, uma vez que com o registro, o ato se torna público. Nosso sistema registral é regulamentado por diversas Leis, dente elas a Lei nº 8.935/94 (BRASIL, 1994), que é a Lei dos Notários e Registradores e também pela Lei nº 6.015/73 (BRASIL, 1973), a Lei de Registros Públicos, que tem como finalidade a constituição de um direito real sobre um imóvel, fazendo assim a inscrição do respectivo título, garantindo segurança em uma relação jurídica.

Com relação ao registro de direitos reais temos também a Lei nº 13.097/2015 (BRASIL, 2015), onde a referida Lei foi criada para segurança jurídica dos adquirentes de imóveis de boa fé, uma vez que na matrícula do imóvel serão averbados os atos jurídicos pendentes de decisão, serão feitos os registros de citações reais e etc, tudo isso para garantir segurança jurídica contra aqueles que entram em uma relação jurídica com a má fé, com interesse de fraudar.

2 FUNÇÃO DO SISTEMA REGISTRAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A função de registrar imóveis e direitos reais, vai muito além de apenas tutelar a propriedade privada, como também, a função do registro imobiliário, dos serventuários privativos, é a de combater a fraude, a má-fé, a clandestinidade.

O Oficial de Registro ou registrador é um profissional do direito que tem fé pública, e garante a legitimidade através do registro, onde seus atos são escriturados na respectiva matrícula do imóvel.

O registro imobiliário se utiliza de diversos princípios para que haja o registro dos títulos protocolados na circunscrição imobiliária, quais sejam: o da legalidade, disponibilidade, continuidade, especialidade, unitariedade, territorialidade e rogação/, e após o ato do registro temos os princípios relacionados aos efeitos deste, como sendo o da publicidade, presunção, fé pública, oponibilidade, prioridade, legitimação, etc.

> "O direito registral imobiliário, ramo do direito real, consiste num complexo de normas jurídico-positivas e de princípios atinentes ao registro de imóveis que regulam a organização e o funcionamento das serventias imobiliárias; a atividade cartorária do oficial titular e de seus prepostos que agem por delegação do Poder Público, conferindo-lhes fé pública em todos os atos que autonomamente praticarem, atendendo ao interesse da coletividade". (DINIZ, 2007, p.13 e 14).

O registro só é feito por provocação da parte, onde o artigo 13, da Lei nº 6.015/73 (BRASIL, 1973) deixa claro que só será feito o registro, salvo as averbações e anotações obrigatórias, por meio de requerimento da parte interessada, ordem judicial ou a requerimento do Ministério Público, quando autorizado por lei, mas os demais atos a serem praticados são de competência do oficial.

No momento da qualificação dos títulos será utilizado todos os princípios para registro, onde o oficial irá analisar a legitimidade, a continuidade, uma vez que só será objeto de registro o título que tiver informações relacionadas com a constante no registro imobiliário,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

observando que se deve garantir a segurança jurídica, onde se utiliza o princípio da legalidade, com relação a autenticidade do título, a validade, a eficácia, não se admite lacunas, dúvidas no trâmite do processo de registro.

O oficial durante o estudo do documento, deve analisar tudo minuciosamente uma vez que este tem responsabilidade inerente ao registro, devendo recusar o registro dos títulos que não cumprem as formalidades legais, ou se houver suspeita de má-fé, onde se assim fizer não será responsabilizado pelos danos de uma anulação de registro ou averbação, não podendo haver conflito entre o banco de dados e o título que está para registro.

3 ESCRITURAÇÃO

Antes da edição da lei 6.015/73 (BRASIL, 1973), a chamada Lei de Registros públicos, o cartório realizava apenas três atos, sendo o da transcrição, inscrição e averbação.

> "A transcrição era a trasladação do documento para o livro oficial público, e a inscrição, a trasladação do extrato ou sumário do negócio imobiliário" (DINIZ, 2007, p.46).

A Lei 6.015/73 (BRASIL, 1973), instituiu a matrícula, onde se tornou obrigatória a abertura de uma matrícula para imóvel, sendo a abertura o início de tudo, o início da história do imóvel, onde se dá o seu nascimento, devendo conter na mesma, a localização, especialização, área, denominação, dentre outras qualificações referente ao imóvel, onde também na matrícula, o proprietário do imóvel deve estar devidamente qualificado.

A obrigatoriedade na abertura da matrícula começou a ser exigida nos casos de primeiro registro, fusão do imóvel, averbação no livro das transcrições, a requerimento do proprietário ou de ofício, após o registro de loteamento, desmembramento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> "A matrícula refere-se unicamente ao imóvel, caracterizando-o e confrontando-o" (DINIZ, 2007, p.49).

Portanto a matrícula é a identificação jurídica da existência do imóvel.

4 PRINCIPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS NA MATRÍCULA

A Lei 13.097/2015 (BRASIL, 2015), tem como finalidade, a prevenção de futuros conflitos, e essa Lei veio como reforço para o chamado Princípio da Concentração, onde o interessado, pode dar publicidade à algum ato, seja de ação de cobrança, restrição administrativa, ação executiva, ação de alimentos etc, e a matrícula é o documento pelo qual se dá a publicidade dos atos.

A referida Lei nos diz que, o que não estiver averbado ou registrado na referida matrícula do imóvel, não poderá ser oposto aos atos jurídicos pendentes de terceiros de boa-fé, e ela também nos traz as hipóteses que podem vir a ser registradas, como segue no Artigo 54, da Lei 13.097/2015 (BRASIL, 2015):

> Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: (Vigência)
>
> I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;
>
> II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;
>
> III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e
>
> IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.
>
> Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nosarts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

O Princípio da Concentração dos Atos na matrícula do imóvel, já era conhecido através da interpretação da Lei de Registros Públicos, mas não existia previsão legal expressa, onde o objetivo principal, é o de concentrar qualquer tipo de ato relacionado à imóveis, na matrícula do respectivo, mas vale ressaltar que o Princípio da Concentração se deriva do Princípio da Publicidade, uma vez que todas as situações que atinjam um direito real, deverão ingressar no Cartório de Registro Imóveis.

De acordo com esse princípio, se o ato foi averbado, por exemplo o direito de um credor, e o adquirente alienar o bem, não poderá este adquirente se opor perante o terceiro, uma vez que não houve ausência da publicidade, mas se o ato não foi averbado, presume-se boa-fé do adquirente.

> **AV.11/1.393**, feita em 21 de março de 2018.- (PREMONITÓRIA). Pelo requerimento feito em Ribeirão Preto-SP, datado de 23 de fevereiro de 2018 e certidão expedida em 28 de agosto de 2017, assinada pelo Coordenador do Cartório da 1ª Vara

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Cível desta Comarca, Harlei Barreto Gomes, a vista dos autos do processo nº 1006965-36.2016.8.26.0189, procede-se a presente **averbação premonitória**, nos termos do artigo 828, do Código de Processo Civil, para constar o ajuizamento da Execução de Título Extrajudicial - Contratos Bancários, promovida por **HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO**, CNPJ nº 01.701.201/0001-89, contra **1) MARIA HELENA MARTINS**, CNPJ nº 169.824.098-80; **2) LEONEL JOSÉ DE QUEIROZ**, CNPJ nº 240.149.406-59; e, **3) PALÁCIO DECORAÇÕES FERNANDÓPOLIS LTDA EPP**, CNPJ nº 68.372.051/0001-88, qual foi distribuída e admitida em juízo no dia 07 de outubro de 2016, sob o nº de processo 1006965-36.2016.8.26.0189, com valor da causa de R$ 140.673,78. Protocolo nº 194.603, de 19/03/2018.- O Oficial: _____ (Ricardo Alexandre Barbieri Leão).-
>
> Emolumentos: Ofic.R$16,06- Est.R$4,57- Ipesp.R$3,12- Reg.Civil.R$0,85- T.Just.R$1,10- MP.R$0,77- ISS.R$0,64- Total.R$27,11.- (Matrícula 1.393, CRI Fernandópolis)

Com o advento desta Lei, garantiu maior segurança jurídica e desburocratização dos procedimentos dos negócios imobiliários, prevenção contra a má-fé, fraude.

5 PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI Nº 13.097/2015 E ALTERAÇÃO DA LEI DE DOCUMENTAÇÃO IMOBILIÁRIA

A lei 13.097/2015 (BRASIL, 2015), alterou alguns artigos da Lei de Documentação Imobiliária que diz respeito às certidões que são necessária para que haja uma transação imobiliária, essas alterações vieram para facilidade tanto os negócios imobiliários como o registro imobiliário, garantindo mais segurança jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Houve o ressalto que se na matrícula não houver a averbação/registro de gravames, ela se encontra livre, uma vez que não poderá ser contestada por credores, interessados e/ou litigantes, mesmo que quando da transação já havia ação judicial em curso, salvo em caso de usucapião e sociedade em processo de falência.

No caso de uma transferência de imóveis, quando se tem em curso ação judicial, o credor, o interessado e/ou litigantes, devem adotar medidas judiciais, para resolver este conflito, uma vez que também os direitos dos credores não pode vir a ser prejudicado.

Com relação à segurança jurídica, antigamente não se tinha, uma vez que os negócios podiam ser desfeitos com maior facilidade, ficando então aquele ponto de interrogação, aquela incerteza, porém com o advento desta Lei, todos os atos devem estar averbados/registrados na matrícula do imóvel, atos esses que impliquem algum prejuízo à terceiro de boa-fé, uma vez que aquilo que não estiver na matrícula, não pode ser oposto à terceiros.

O principal aspecto que a Lei 13.097/2015 (BRASIL, 2015) trouxe foi a segurança jurídica para os negócios imobiliários, uma vez que também promoveu a alteração na Lei da Documentação Imobiliária, não sendo, mais exigidos às certidões judiciais, apenas às negativas de ônus, certidões fiscais, conforme dispõe o artigo 59, da Lei 13.097/2015 (BRASIL, 2015)

> "O tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão intervivos, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada sua transcrição"

Portando para que seja lavrado o traslado, deve-se apresentar tais documentos, sendo dispensada a apresentação das certidões judiciais, uma vez que estes devem estar averbados na respectiva matrícula do imóvel.

CONCLUSÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Buscou-se com o presente trabalho monográfico analisar o direito imobiliário, trazendo o conceito de direitos reais e como é o sistema registral no Brasil, sua trajetória desde a descoberta do Brasil em 1500, onde antigamente se adotada as sesmarias, havia doações de terras, com o encargo de ser a terra produtiva.

Também foi abordado a responsabilidade do registrador, uma vez que este deve combater a fraude, a má-fé, e evitar prejuízos de terceiros, analisando o título, com obediência a todos os princípios inerentes ao registro imobiliário, e logo após esta análise é feito o registro/averbação e é dada a publicidade ao ato.

Também analisamos o advento da Lei 6.015/73 (BRASIL, 1973), uma vez que ela trouxe a escrituração, onde se tornou obrigatória a abertura de matrícula para cada imóvel, sendo a matrícula a identidade do imóvel e é nesta matrícula que se concentra os atos, onde são feitas as averbações de ações reais, as premonitórias etc.

Com a criação da Lei 13.097/2015 (BRASIL, 2015), as transações imobiliárias tiveram mais segurança, uma vez que todas as ações, interesses de terceiros, podem ser averbados/registrados na respectiva matrícula.

Por fim, conclui-se que a Lei 13.097/2015 (BRASIL, 2015), foi a revolução no direito imobiliário, e trouxe alterações significativas, não sendo mais necessária a juntada de várias certidões do judiciário, apresentando apenas aquilo que o artigo 59 da respectiva lei, traz como necessário.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena, Sistemas de registros de imóveis. 4. ed. ver. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm› . Acesso em: 21/05/2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm› . Acesso em: 21/05/2018.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em:https://reginapedroso.jusbrasil.com.br/artigos/121944192/caracteristicas-gerais-do-sistema-notarial-e-registral› . Acesso em: 17/05/2018.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: http://www2.videolivraria.com.br/pdfs/8698.pdf› . Acesso em: 17/05/2018.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em:https://ccdias.jusbrasil.com.br/artigos/180434560/resumo-direitos-reais› . Acesso em: 15/05/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL E ASPECTOS RELEVANTES PARA SUA CONCESSÃO

BEATRIZ CRISTINA ALVES TEIXEIRA: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo acerca do instituto da Progressão de Regime, previsto no Código Penal, bem como na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a lei de Execução Penal, de modo que será necessária a análise desde a finalidade da pena, seguido dos requisitos para a concessão do benefício da progressão, tanto objetivo, como subjetivo, demonstrando e defendendo a adoção do exame criminológico como complemento do requisito subjetivo, além da importância da licença progressiva, frente à atual situação de superlotação carcerária e a estigmatização vivida pelo condenado, sendo de máxima relevância sua ressocialização em âmbito social.

Palavras-Chave: Progressão de pena; execução penal; finalidade da pena; exame criminológico.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the Institute for the Progression of Regime, provided for in the Criminal Code, as well as in Law No. 7,210, of July 11, 1984, the Criminal Execution Law, so that it will be necessary to analyze from the purpose of the sentence, followed by the requirements for granting the benefit of progression, both objective and subjective, demonstrating and defending the adoption of the criminological examination as a complement to the subjective requirement, as well as the importance of the progressive license, given the current situation of prison overcrowding and the stigmatization lived by the condemned, being of maximum relevance its socialization in social scope.

KEYWORDS: Scheme progression; penal execution; purpose of the penalty; criminological examination;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. FINALIDADE DA PENA. 2. REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA. 3. DA PROGRESSÃO DE REGIME. 3.1. Requisito Objetivo. 3.2. Requisito Subjetivo. 3.2.1. Da importância do exame criminológico. 4. PROGRESSÃO DE REGIME COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO GRADATIVA DO CONDENADO. 5. PROGRESSÃO DE REGIME COMO SAÍDA PARA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico prevê, tanto no Código Penal, como na lei de execução penal, a adoção do sistema progressivo prisional como garantia do preso que cumpre pena privativa de liberdade.

O estudo pretende disciplinar, através do conceito e defesas de doutrinadores, bem como da análise da letra da lei, os principais pontos do benefício, destacando a grande importância na atual sociedade, além dos princípios e teorias que defendem o cumprimento da pena e sua finalidade.

Inicialmente, é necessário dispor acerca da finalidade da pena, conceituando as teorias criadas e suas diferenças, além da aplicação na atualidade. Isto posto, o estudo passa a disciplinar os regimes atuais de cumprimento da pena, trazendo características peculiares de cada um deles, bem como de requisitos legais.

Logo após, inicia-se a exposição da progressão de regime, mostrando requisitos, tanto objetivos, como subjetivos, afora a explanação sobre a importância da adoção do exame criminológico para melhor aferir as condições do condenado, que, de volta a sociedade, se readaptaria a ela.

Por fim, o estudo busca mostrar a importância da concessão da progressão, frente à problemática social da superlotação carcerária e ressocialização do condenado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

1. FINALIDADE DA PENA

Com o intuito de se obter uma pesquisa mais profunda e um entendimento mais amplo do sistema progressivo, é necessário, primeiramente, abordar a finalidade da pena.

No decorrer dos anos, o Direito Penal teve diversas respostas no sentido de solucionar a questão da criminalidade. Tais resoluções receberam o nome de Teoria da Pena, que possuem o condão explicativo através de opiniões específicas no tocante a pena, que é a principal forma de reação ao delito, visto que, atualmente, há outras formas mais eficazes do que a pena em si e, deste modo, essas resoluções são de suma importância para a questão finalística da punição, haja vista seu papel de destaque no Direito Penal.

Assim, no decorrer dos anos, várias foram as teorias discutidas sobre o assunto, tanto absolutas, defendendo a retribuição ou expiação, quanto relativas, que trazem a busca pela prevenção geral, especial ou individual. Além destas, emais atuais, as teorias mistas ou unificadoras, que trazem uma combinação das teorias absolutas e relativas, sustentando as ideias da retribuição pelo ato praticado e de prevenção da realização de outros delitos.

A pena vem da consumação de uma conduta ilícita, antijurídica e culpável, aplicada àquele que não obedeceu ao ordenamento jurídico, sendo do Estado a responsabilidade de aplicar a norma jurídica ao caso. Isto é, o Estado é quem exerce a jurisdição, inserindo uma conduta abstrata a algo concreto, impondo o princípio secundário à ação considerada ilegítima.

Assim explica Luiz Regis Prado:

> Em síntese: a justificativa da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que se deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social - ultima *ratio legis*, mas também

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena, sobre tudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. (...) O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa. (PRADO, Luiz Regis Prado, 2005, p. 567).

De acordo com o jurista, a pena é uma maneira de prevenção em que se busca punir e, concomitantemente, reduzir a realização de condutas criminosas.

Neste passo, as teorias proporcionam condições extralegais na aplicação da pena, incumbindo ao juiz, na prolação de sentença, basear-se, primeiramente, na legislação penal e, em seguida, no caso, na busca de elementos unicamente subjetivos.

Ademais, deve-se ter em mente que a pena não somente encarcera, mas possui um fim específico, daí porque os estudos da finalidade da pena e, consequentemente, as teorias.

No Brasil, a pena tem finalidade tripla: retribuitiva, preventiva geral e especial, e reeducativa ou ressocializadora. Vale destacar que as finalidades da pena ocorrem de forma gradativa e em etapas, ou seja, cada finalidade tem seu tempo, respeitando o princípio da individualização da pena.

A preventiva geral acontece no momento da aplicação da pena em caráter abstrato e dirige-se à coletividade. Já na sentença, onde ocorre a aplicação da pena em concreto, o magistrado a aplica com intuito de retribuição e prevençãogeral, de modo a evitar a reincidência do sentenciado. Por fim, tem-se a concretização da retribuição, prevenção e ressocialização na execução penal, através da reintegração do condenado à sociedade.

A finalidade da pena deve estar condizente com a democracia e a Constituição Federal e, por esse motivo é importante para o Direito Penal.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A pena só pode ser recorrida quando a conservação da lei não seja assegurada através de outros meios.

2. REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

O ordenamento jurídico Brasileiro dispõe que as penas privativas de liberdade serão cumpridas em regime aberto, semiaberto e fechado. O regime irá depender da quantidade da pena aplicada ao caso concreto, fixado pelo juiz no momento da prolação da sentença.

Em penas privativas de liberdades iguais ou superiores a oito anos, de reclusão ou detenção, o condenado, inicialmente, será submetido ao estabelecimento de segurança máxima ou média, ou seja, em regime fechado.

Já a sentença que definir uma pena igual a quatro e não superior a oito anos, determina o cumprimento em regime semiaberto, a ser feito em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

As características físicas do prédio são similares às penitenciárias de regime fechado, no entanto, proporcionam ao sentenciado a vivência exterior, com trabalhos, cursos profissionalizantes e até mesmo ensino fundamental e médio. Deste modo, o preso tem certa liberdade para a vida social em horário diurno, devendo retornar à colônia em horário determinado para o recolhimento noturno.

Por fim, há o regime aberto, que atualmente é alvo de discussão no que se refere à devida execução da reprimenda, já que confere ao condenado liberdade muito maior em relação aos regimes anteriormente disciplinados, portanto, neste caso, é necessário, e de grande importância, o senso de autodisciplina e responsabilidade do agente.

No regime aberto, em sentenças inferiores a quatro anos, o condenado goza de liberdade diurna, exercendo atividades cotidianas sem qualquer fiscalização, permanecendo recolhido no período noturno e dias de folga em estabelecimento próprio ou, na falta dele, em sua própria residência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Destaca-se que na França, Suíça e Estados Unidos essa divisão de regimes é inexistente, de modo que confere ao condenado o cumprimento da pena tão somente em regime fechado. Isto porque, nesses países, a ótica da execução possui um olhar muito mais rigoroso do que no Brasil.

3. DA PROGRESSÃO DE REGIME

A lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, disciplina e organiza o cumprimento da execução de sentença penal condenatória, além de proporcionar ao preso direitos e deveres inerentes à execução, através de condições harmônicas entre ele e o internato.

Dentre estes institutos proporcionados, está a chamada progressão de regime:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
>
> § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor
>
> § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Neste passo, a pena do condenado deve ser empregada de forma progressiva, ou seja, transferindo o indivíduo de um regime mais gravoso para um menos rigoroso, depois de atendidos alguns requisitos – subjetivos e objetivos -, dispostos em lei, abordados em sequência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

3.1. Requisito Objetivo

Consiste o requisito objetivo, principalmente, no cumprimento de determinada fração da pena no regime anterior.

Assim, não sendo caso de lei específica, a legislação determina que o condenado tenha cumprido 1/6 da pena no regime mais grave para fazer jus ao benefício.

Em contrário, no caso, por exemplo, de crimes hediondos (lei 8.072/1990), é necessário o cumprimento de ao menos dois quintos (2/5) da pena, se for primário, e três quintos (3/5), se reincidente.

Além disso, nos casos de crimes contra a administração pública, o Código Penal prevê que a progressão de regime estará condicionada à reparação do dano causado.

3.2. Requisito Subjetivo

A parte final do artigo 112, da LEP, apresenta como requisito subjetivo o bom comportamento carcerário, através de certidão emitida pelo diretor do estabelecimento prisional, como forma de comprovação da conduta do indivíduo.

Para Cezar Roberto Bitencourt, o mérito do condenado:

> É a capacidade, a aptidão, é a comprovação da existência de condições que façam presumir que ele, condenado, está preparado para ir conquistando progressivamente a sua liberdade, adaptando-se a um regime mais liberal, sem prejuízo para fins da execução da pena (Bitencourt, Cezar Roberto, 2009, p. 496).

Ainda, para Capez:

> Bom comportamento carcerário significa o preenchimento de uma série de requisitos de ordem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> pessoal, tais como a autodisciplina, senso de responsabilidade do sentenciado e esforço voluntário e responsável em participar em conjunto das atividades destinadas a sua harmônica integração social, avaliado de acordo com seu comportamento perante o delito praticado, seu modo de vida e sua conduta carcerária (Capez, Fernando, 2011, p. 392).

Portanto, o reeducando deve demonstrar o merecimento, a fim de provar que, em sociedade, estaria preparado para lidar com a vida, com responsabilidade.

Ademais, a Lei de Execução Penal ainda ostenta requisitos específicos de progressão para o regime aberto. Neste interim, o preso que almeja a progressão para o regime aberto poderá gozar do benefício quando estiver trabalhando ou comprovar a realização do trabalho, ou seja, a possibilidade de realizá-lo, além de apresentar, através dos antecedentes ou exames a que for submetido, bons indícios de que cumprirá a pena devidamente, com senso de responsabilidade e autodisciplina.

3.2.1. Da importância do exame criminológico

Com a adoção da Lei 10.792/2003, o exame criminológico tornou-se uma faculdade do Magistrado, ou seja, cabe a ele, quando achar necessário, vincular o condenado a referido exame para concessão de benefícios em lei, dentre eles a progressão de regime.A única exceção é no que tange dos crimes hediondos, pois, após a edição da sumula vinculante 26, o STF passou a aceitar a exigência de exame criminológico aos condenados por crimes hediondos, desde que se mostre necessário, de acordo com a peculiaridade do caso.

A partir das mudanças, o atestado de bom comportamento tomou o lugar do exame.

Neste diapasão, ensina Guilherme Nucci (2008):

> Portanto, cabe ao juiz da execução penal determinar a realização do exame criminológico, quando entender necessário, o que deve fazer no caso de autores de crimes violentos contra a pessoa,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> bem como a concretização do parecer da Comissão Técnica de Classificação. A requisição do exame e do parecer fundamenta-se não apenas no preceito constitucional de que ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário, mas também na clara norma da Constituição Federal a respeito da individualização da pena, que não se limita à aplicação da pena na sentença condenatória. (Nucci 2008, p. 1013 – 1014).

No entanto, surgem-se questões acerca do tema, acerca da importância deste exame criminológico e de sua essencialidade para a concessão de benefícios.

O exame criminológico está disposto no artigo 8º da LEP (Lei de Execução Penal), e tem por principal objetivo a aplicação da pena de forma individualizada, adequando-se as características pessoais de cada pessoa. A análise comporta questões de caráter psicológico e psiquiátrico do preso, a fim de se descobrir o grau de agressividade, maturidade e periculosidade, com o propósito de antever se o indivíduo estaria sujeito, por ora, a capacidade de novas práticas criminosas.

A vida dentro do regime penitenciário é totalmente diferente do convívio social. O condenado passa por diversas situações que, em coletividade, não seria normal, portanto, não é possível saber as reais condições psicológicas do condenado para a vida em sociedade.

Neste sentido, nota-se a importância do exame criminológico. O atestado de bom comportamento é medida meramente simples, visto que expor o condenado à análise é, antes mesmo de pensar nas condições do recluso, pensar na sociedade que o receberá, já que estará exposta a um indivíduo que, teoricamente, deveria e estaria melhor para uma vida harmônica.

Assim, ensina Cezar Bitencourt:

> Individualizar, na execução penal, significa dar a cada preso as melhores condições para o cumprimento da sanção imposta; é conceder-lhe oportunidade e elementos necessários e suficientes para conseguir a sua reinserção social. A individualização, modernamente, deve ocorrer técnica e cientificamente. E, como a finalidade do exame

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> criminológico é exatamente tornar possível essa individualização, era imperioso que o estendesse ao maior número possível de apenados, visto que foi criado em benefício do condenado e não contra este. (Bitencourt, Cezar Roberto, 2009, p.501).

Insta esclarecer que o atestado de bom comportamento também é figura importante para a obtenção de mais segurança em sociedade, afinal, o exame criminológico garante complemento na busca de se aferir as reais condições do condenado em conviver com os demais indivíduos. A análise psicológica mostra-se adequada para a aplicação de um programa individualizado e, principalmente, para a harmonia entre o preso e o grupo social.

4. PROGRESSÃO DE REGIME COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO GRADATIVA DO CONDENADO

A Lei de Execução Penal inicia sua redação exibindo o grande objetivo do cumprimento da pena, conforme expõe o artigo 1º: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.".

Deste modo, percebe-se que existe uma dupla finalidade: dar cumprimento na pena em caráter humanitário e reinserir o condenado na sociedade, evitando assim a reincidência.

Neste viés, ensina Bitencourt:

> A Lei de Execução Penal (LEP), já em seu art.1º, destaca como objetivo do cumprimento de pena a reintegração social do condenado, que é indissociável da execução da sanção penal. Portanto, qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, com observância apenas do primeiro, mostra-se ilegal e contrária à Federal. (Bitencourt, Cezar Roberto, 2012, p.130).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Observa-se, portanto, que é papel do Estado adquirir medidas didáticas e ressocializadoras que possuam o condão de oferecer ao sentenciado orientações e condições humanas enquanto presos, e não somente o encarceramento, de modo a proporcionar condições de reintegração à sociedade, atenuando os índices de reincidência e, consequentemente, civilizando o preso através de capacitação profissional, atendimento psicológico, educação e amparo social.

Um indivíduo é condenado à prisão em decorrência da prática de ato ilícito que contraria as normas legais, através do julgamento feito pela sociedade de quemcometeu um crime. Tal atitude pretende afastar o acusado do convívio social a fim de proteger a coletividade de crimes novos e proporcionar oportunidade ao condenado de corrigir-se. Assim, é através da progressão que o indivíduo consegue, gradativamente, se readaptar ao âmbito social.

Uma vida inteira "atrás das grades" não proporciona ou possibilita a ideia de ressocialização. É preciso conferir ao condenado a chance de, aos poucos, voltar às relações pessoais e interpessoais, pois, do contrário, volta-se aos primórdios da finalidade da pena, em um retrocesso da lei e de sua humanização.

Acrescenta Oliveira:

> [...] os caminhos estão abertos. Pois, não pode a pena de prisão, apenas excluir o condenado da sociedade, mas, sobretudo, buscar em sua exclusão caminhos para ressocializá-lo, através do trabalho e da educação, por exemplo. (Oliveira, Odete M, 2003, p. 226).

Na contemporaneidade, sabe-se que os presídios não são totalmente preparados para receber e cumprir fielmente a finalidade da pena, de modo que a progressão é mais do que justa, como forma de melhor ressocializar o condenado de maneira paulatina.

5. PROGRESSÃO DE REGIME COMO SAÍDA PARA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Outro ponto importante a ser destacado é a progressão como meio para resolução da problemática da superlotação carcerária.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Sobre o tema, esclarece Luiz Flavio Gomes:

> O crescimento no número de presos no Brasil é espantoso. Na última década (2003/2012), houve um aumento de 78% no montante de encarcerados do país. Se considerados os últimos 23 anos (1990/2012), o crescimento chega a 511%, sendo que no mesmo período toda a população nacional aumentou apenas 30%.

O jurista aponta um grande fato social brasileiro: o caos do sistema carcerário que só cresce.

O sistema carcerário atual acaba por conferir ao condenado dupla penalização, visto que além de sofrer os impactos da pena privativa de liberdade, também o expõe a situação degradantes, precárias e ainda desumanas, de modo a ferir sua saúde física e mental. É desta forma que um problema gera outro impasse, já que a superlotação afeta diretamente a qualidade de vida dos indivíduos reclusos.

Não obstante à limitação de direitos, não pode o condenado ser privado de suas garantias fundamentais resguardadas pela Constituição Federal de 1988.

Atualmente, muito se fala sobre este problema, buscando-se maneiras de explicá-lo, no entanto, é visto como uma dificuldade sistêmica e estrutural, de árdua restauração, haja vista que mais pessoas são presas e menos saem do cárcere. Dado isso, mostra-se plausível a transferência de regime prisional, não só como forma legal e garantida, mas como forma de tentar, mesmo que pouco, desafogar o sistema prisional.

CONCLUSÃO

Em vista do exposto, procurou o presente trabalho destacar o instituto da progressão de regime, bem como defender sua importância.

O condenado, como qualquer pessoa, embora influenciado por fatores sociais, conserva seu livre-arbítrio e, quando infringe as normas, deve receber proporcionalmente a pena pelo delito causado. Proporcionalidade é o propósito. A punição do criminoso ocorrerá na medida estrita fundamental para a custódia dos bens indispensáveis à coletividade, tais como: liberdade, vida e prosperidade. Nem menos, nem mais. A proteção em demasia torna-se o arbítrio do Estado em oposição ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

indivíduo, à medida que a precariedade de custódia deixa a sociedade à mercê dos delinquentes, sendo preciso encontrar o equilíbrio entre esses dois limites.

Neste passo, a progressão é medida assecuratória. Quando é possível, pretende-se que o indivíduo busque uma análise profunda, a qual lhe provoque o senso de arrependimento e, consequentemente, a mudança da postura frente à vida em sociedade. Tal fato, perante o sistema carcerário frustrante e desumano atual, não é possível, haja vista que sentimentos maiores são provocados no preso e a chance de voltar a delinquir é muito maior, prejudicando a sociedade e a si mesmo. Portanto, deve ser propiciada ao indivíduo ao menos a sensação de oportunidade, adquirida quando se passa por regimes gravosos até regimes mais brandos.

Igualmente, é imprescindível também conhecer seus traços psicológicos, por isso a defesa do exame criminológico como requisito subjetivo do instituto progressivo. Ao dar este passo a segurança é muito maior, visto que, além de provar o comportamento dentro do cárcere e o conhecimento do sentenciado, através de suas particularidades, produz e confirma que sua reintegração social é possível.

Ademais, diante de situações preocupantes, como o estudo demonstrou acerca da ressocialização e da superlotação carcerária, ostenta a progressão de regime significativa relevância, a fim de que, mesmo que gradativamente, consiga-se superar os limites da problemática.

Logo, encerra-se o presente artigo esperando ter disponibilizado a análise e importância sobre o tema, de grande relevância aos juristas, bem como todos aqueles que buscam garantir o cumprimento da Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 1, 14º edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 1 – 17. Ed. Rev., ampl. E atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil 1988.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.Acesso em: 25 Mai. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 2.048, de 07 de Dezembro de 1940: Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25 Mai. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 Julho de 1984: Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 Mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Vol. 1.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luís Flávio. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/luiz-flavio-gomes-populacao-carceraria-cresceu-68-seis-meses. Acesso em 30/05/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1013 – 1014.

OLIVEIRA, Odete M. **Prisão: um paradoxo social**. 3. Ed. Florianópolis: UFSC, 2003.PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Volume 1, 5º edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOTA:

[1] http://lattes.cnpq.br/4428702481856069

www.conteudojuridico.com.br

A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESIDIOS E O DEVIDO CUMPRIMENTO DA PENA

JAIR PEDROSO JUNIOR: Discente do Curso de Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Brasil. Fernandópolis-SP.

ADAUTO JOSÉ DE OLIVEIRA1

(Orientador)

RESUMO: Estudos populacionais registram um crescente aumento na população carcerária, o que somado a uma administração errônea, cheia de falhas ocasionam inúmeros problemas entre eles a superlotação, constantes rebeliões e fugas, tornando impossível a reabilitação e consequente retorno adequado do apenado ao convívio em sociedade. Tem-se o cumprimento da pena em condições que contrariam o princípio da dignidade humana e dos direitos humanos. Por esse motivo o sistema penitenciário brasileiro é alvo de diversas críticas por parte de membros da sociedade, organizações nacionais e internacionais, é um sistema incapaz de proporcionar a ressocialização do condenado, gerando um número exacerbado de infratores reincidentes.

Palavras-chave: pena; presídios; reincidência; superlotação.

ABSTRACT: Population studies have recorded a steady increase in the prison population, which added to an erroneous administration, flawed cause numerous problems including overcrowding, constant riots and escapes, making it impossible to rehabilitation and consequent adequate return the convict to life in society. It has been serving his sentence in conditions that go against the principle of human dignity and human rights. For this reason the Brazilian prison system is subject to various criticism from members of society, national and international organizations, is a

1 Docente do Curso de Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Brasil. Fernandópolis-SP.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

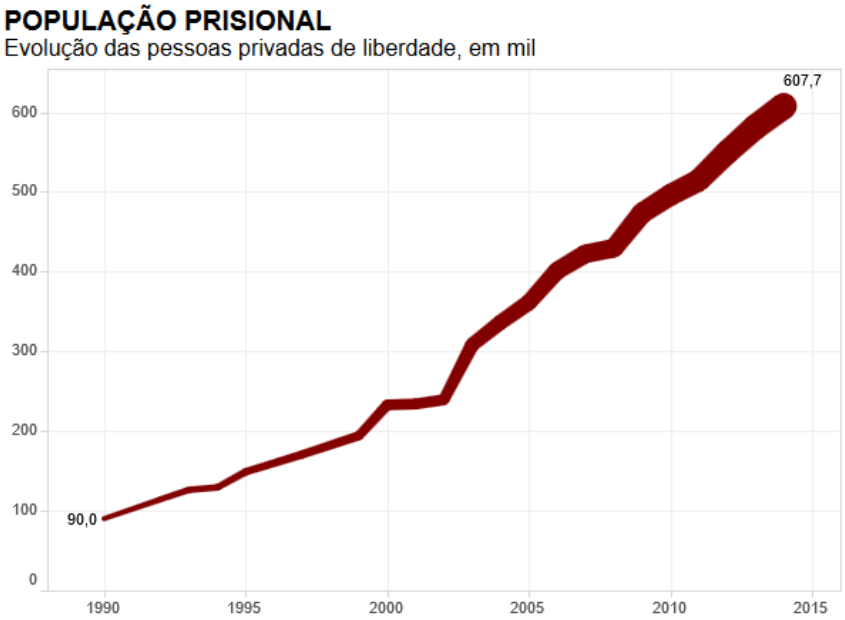
Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

system unable to provide the rehabilitation of the convict, generating an exaggerated number of repeat offenders.

Keywords: feather; prisons; recurrence; overcrowding.

INTRODUÇÃO

No mês de junho de 2015 foi apresentado um relatório do Infopen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), requisitado e divulgado pelo Ministério da Justiça. Neste relatório registrou-se um crescimento de 7% ao ano no número de detentos, portanto atualmente a população carcerária soma-se 607.731 pessoas (gráfico 1), o que significa cerca de 300 pessoas a cada 100 mil habitantes. O documento reúne dados desde junho de 2014, e através deste foi possível averiguar um crescimento de 161% no total de presos desde 2000, o país contabilizava 233 mil encarcerados, os dados revelam que não havendo mudanças o Brasil irá ter cerca de um milhão de presos até 2022 (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015).



Grá os a partir
ça

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Os dados apresentados pelo Ministério da Justiça, revelam uma realidade assustadora, pois diante deste crescimento, tem-se um sistema prisional totalmente falho, incapaz de reabilitar o condenado.

Desde os tempos remotos, o objetivo era organizar um sistema judiciário coercitivo necessário e adequado para a defesa dos direitos privados e público, porém pode-se afirmar que nosso sistema penitenciário atual está falido.

Dentre as mais variadas críticas aos sistemas prisionais brasileiros, ocorre devido a ineficácia na ressocialização ao detento, pois o presídio, não apresenta condições de infraestrutura, bem como é carente de profissionais para trabalhar com tal situação.

Diante de tal afirmação é possível concluir que a ressocialização do preso é dever predominante do Estado, já que também é deste que parte o direito de punir os atos infracionais. Recorrendo a legislação, em especifico o art. 41 da Lei de Execução Penal (*in verbis)*, tem-se os direitos assegurados ao apenado.

> **"Art. 41 - Constituem direitos do preso:**
>
> I - Alimentação suficiente e vestuário;
> II - Atribuição de trabalho e sua remuneração;
> III - Previdência Social;
> IV - Constituição de pecúlio;
> V - Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
> VI - Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
> VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
> VIII - Proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
> IX - Entrevista pessoal e reservada com o advogado;
> X - Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
> XI - Chamamento nominal;
> XII - Igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
> XIII - Audiência especial com o diretor do estabelecimento;
> XIV -Representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
> XV - Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
> XVI - Atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 13.8.2003).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento".

Em suma os direitos assegurados ao apenado, é a preservação da integralidade física e psicológica do indivíduo, devendo respeitar seus direitos, sua liberdade e autodeterminação, enfim, proporcionar a ele existência digna e honesta. Todavia a realidade está bem distante da previsão legal, vez que dentre os problemas encontrados no sistema prisional tem-se a superpopulação carcerária, falta de higiene, condições deficientes de trabalho, ou o ócio completo, deficiência nos serviços médicos ou absoluta inexistência, regime alimentar deficiente, elevado índice de consumo de drogas, reiterados abusos sexuais, ambiente propício à violência, onde sempre se impõe o mais forte.

Segundo EDUARDO NETO (2015, p 2),

> "Está muito longe de serem atingidos os verdadeiros objetivos do Estado, ou seja, promover a segurança pública ou do próprio interno. O certo é que uma gestão pública modernizada e plenamente articulada com os demais segmentos da organização pública e privada é o caminho mais coerente a ser traçado".

É fato que se verifica um impasse resolver o problema da segurança da sociedade e não violar princípios e garantias constitucionais dos presos, portanto o foco não é a prisão como consequência de um delito, mas o cumprimento da pena, de forma eficiente e bem administrada pelo Estado. "*A falência da gestão do Estado aliou-se à ideologia da chamada terceira via para dar corpo à proposta da privatização dos presídios como saída supostamente eficaz para reestruturação do sistema"* (MAURICIO, 2011, p.13).

Diante do exposto é impreterível adotar medidas efetivas diante da crise do sistema prisional, pois a prisão tem de estar preparada para a tarefa de reabilitação e, ao final, devolver à sociedade pessoas preparadas para a convivência harmônica com os demais cidadãos. Vez que o sistema penitenciário é de responsabilidade do Poder Público, que até hoje não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

demonstrou preocupações com a ressocialização dos detentos, a privatização das penitenciárias poderia ser uma alternativa eficaz para o problema (RABELO; VIEGAS; RESENDE, 2015, p.7).

1.1. Conceito de Privatização

Para DUARTE (2015, p. 31) privatizar,

> É transferir do setor público ao particular o ônus do gerenciamento da coisa pública, passando o controle a alguém cujo capital não venha do tesouro. Os programas de privatização implementados em todo o mundo tiveram duas motivações principais sendo eles, de aumentar a eficiência da economia e colaborar com o ajuste das contas públicas, a motivação fiscal tem prevalecido, sendo usualmente adotada por governos com dificuldades financeiras.

Segundo DI PIETRO (2011, p.05-06), em um sentido mais amplo, privatização significa adotar medidas que diminuam a abrangência do Estado, compreendendo, fundamentalmente:

> a) A desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); b) A desmonopolização de atividades econômicas; c) A venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização); d) A concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo); e) Os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras de prestação de serviços); é nesta última forma que entra o instituto da terceirização".

No Brasil, a implementação da terceirização dos presídios foi proposta em 1992 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mas em decorrência da divergência em relação à sua viabilidade a proposta foi arquivada. Entretanto, alguns Estados passaram a discutir a questão isoladamente, tendo o Estado do Paraná criado o primeiro presídio administrado por particulares, a Penitenciária Industrial do Guarapuava (MATTOS, 2009, p. 484).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1.2. A privatização através das parcerias público-privadas

O conceito de privatização vem sendo aplicado desde a década de 80, na época trata-se de uma ideia neoliberal, na visão da maioria dos autores, o intuito é abster o Estado através da transferência de diversas atividades à iniciativa privada. Os EUA, destacaram-se inicialmente no que diz respeito a adoção dessas medidas, cujo objetivo era melhor a prestação dos serviços públicos no setor prisional e redução dos gastos públicos. O modelo norte-americano, a privatização das prisões era o gênero do qual eram espécies três modelos: o arrendamento das prisões, a administração privada das penitenciarias e a contração de serviços específicos com particulares (DUARTE, 2015, p.37).

O sistema de arrendamento consiste em empresas privadas financiar e construir as prisões, seguidamente arrendavam-na ao governo federal, passado um período de tempo a propriedade passava a ser do Estado. Na administração privada, a iniciativa privada tanto construía como administrava as prisões. O terceiro modelo consistia na contratação de empresas privadas para a execução de determinados serviços. Era essencialmente uma terceirização. O Estado fazia um contrato com o particular que abrigava, alimentava e vestia os presos, tendo como contraprestação o seu trabalho. Em todos esses modelos o preso era tido como terceiro beneficiário do contrato realizado entre o poder público e a empresa particular, sendo que ele poderia compelir juridicamente o empresário a cumprir com as obrigações estabelecidas no referido contrato (ASSIS, 2010, p. 32).

Esses sistemas também são vivenciados em alguns países da Europa, para muitos as prisões constituem um mercado extremamente atraente para os grupos privados, visto que a população carcerária não para de crescer em todos os países (MAURICIO, 2011, p. 103).

No Brasil as parcerias público-privadas são regulamentadas pela Lei n. 8.987/95, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Obedecendo a legislação as parcerias público-privadas instituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular, o ente privado encarrega-se de implantar e desenvolver a obra, o serviço ou empreendimento público, gerindo as atividades destas decorrentes, recebendo para tanta remuneração. De forma simplória pode-se afirmar que o parceiro privado contribui com recursos e gestão, enquanto o parceiro público promove a satisfação do interesse público, aqui encontra-se o equilíbrio entra a prestação do serviço e a redução dos investimentos públicos em infraestrutura (CONTE, 2015, p. 8).

Quando se trata do termo “privatização dos presídios” algumas dúvidas são fomentadas, a principal reside no fato, o correto é privatizar, terceirizar ou realizar parcerias. Para muitos o certo seria determinar uma parceria entre o público e o privado (CABRAL, 2006, p.114).

1.3. Argumentos contrários e favoráveis a privatização no Brasil

Argumentos contrários a privatização são vários, mas os dois principais focam se na questão da moralidade e na reinserção social do apenado. Quando se fala na questão moral, os opositores afirmam que a privatização tem como base a lucratividade, portanto o capitalismo seria prioridade, quanto maior o lucro melhor, corre-se o risco de falar até mesmo em trabalho escravo, tendo essa visão capitalista diminui-se a preocupação em reinserir o apenado ao convívio social.

Os opositores a privatização reforçam a importância dos princípios éticos, jurídicos e políticos, tornando estes obstáculos reais a privatização. Dar ao privado o controle da execução penal, seria uma seria infração ao dever constitucional do Estado (OTERO, 2006, p.36).

Os obstáculos éticos esbarram no próprio princípio ético da liberdade individual, consagrado em nossa Constituição Federal como a garantia constitucional do direito à liberdade. De acordo com esse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

princípio, a única coação moralmente válida seria aquela imposta pelo Estado através da execução de penas ou outras sanções, sendo ainda que o ente estatal não estaria legitimado a transferir esse poder de coação a uma pessoa física ou jurídica. Dessa forma, sob o ponto de vista ético, o Estado não poderia transferir a atividade executiva penal a um particular, ademais quando este viria a auferir uma determinada vantagem econômica decorrente do trabalho carcerário (FARIA, 2008, p.19-21).

Para falar em obstáculos jurídicos voltamos ao ético, vez que nossa Carta Magna tem como princípio a mesma filosofia moral, o resguardo dos direitos fundamentais da pessoa, no que tange a legalidade, o obstáculo está vinculado a Lei de Execução Penal, vez que esta tem como premissa o caráter jurisdicional da atividade executiva penal do Estado. Embora os órgãos e agentes do aparelho executivo penal estejam vinculados ao poder executivo, entendem que suas atribuições são de natureza jurisdicional, trabalhando como uma continuidade do juízo da execução, ou seja, tratando se de uma atividade exclusiva e de responsabilidade do Estado está não poderia ser delegada a um particular, a tornaria inconstitucional (D'URSO, 2000, p. 44).

Para Assis (2010, p.38), *" o que pode ser privatizado em um Estado é o serviço público, o qual é prestado pela administração pública aos seus administrados. Já a função pública (função do Estado) é indelegável, pois se constitui na própria essência do Estado".* Esse princípio pode versar ainda sobre o Direito Administrativo Brasileiro, vez que a execução penal ser tida como um serviço público de caráter jurisdicional, este seria um serviço próprio da administração pública, o qual não poderia ser objeto de concessão mediante contrato administrativo.

Ao buscar o conceito de política entende-se que está trata-se de arte ou ciência de governar é importante que além de punir o Estado seja capaz de recuperar, ressocializar o apenado, torna-lo apto a conviver em sociedade, partindo deste princípio, os opositores afirmam que a privatização é a transferência dessa responsabilidade a um particular, e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

com isso os interesses econômicos podem tornar-se prioritários. Todavia as privatizações dos presídios não possuem apenas opositores, há quem defenda veemente essa alternativa, e o primeiro argumento utilizado por este é que há muito o Estado não investe no sistema penitenciário e em decorrência disso este tornou-se um caos, os defensores afirmam que as prisões são verdadeiras universidades do crime, constituindo um sistema antiético e desumano. Outro argumento muito utilizado está na disponibilidade e agilidade que a empresa particular dispõe para retirar a morosidade burocrática na rotina das instituições estatais (NOGUEIRA, 2006, p.56).

Aos defensores ainda é legitimo o argumento de que em penitenciarias privadas, o preso pode tornar-se produtivo consecutivamente este estaria contribuindo beneficamente para o sistema, não havendo mais a necessidade de investir verbas na construção, manutenção e gestão desses presídios é possível destinar verbas para outros setores, tais como a educação, criando uma nova política de prevenção contra a delinquência (CORDEIRO, 2006, p.99).

Em relação a administração dos presídios, os defensores frisam que é dever do Estado, não há transferência da função jurisdicional do Estado para o privado, uma vez que a este compete somente exercer a função material da execução penal e que, por um custo reduzido, a iniciativa particular permite maior eficácia no cumprimento da pena. Sendo assim o Estado deve estar atento para evitar desvios no cumprimento das obrigações contratuais, e que a própria empresa terá interesse em mostrar zelo e eficiência. Acreditam que nesse quesito o interesse principal da empresa que vir a administrar seja garantir a manutenção do contrato, bem como ascender a sua credibilidade pública (THOMPSON, 2012, p.45).

Como defensores da privatização temos o saudoso criminalista D'URSO (2008, p.3), que defende a privatização do sistema penitenciário, à semelhança do modelo francês, onde o administrador privado trabalha em parceria com o Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ou o exímio doutrinador Fernando Capez, que acredita que a privatização do sistema penitenciário é a melhor solução para melhora das condições de vida dos detentos.

Diante das oposições e das aquiescências a privatização o objetivo desta na verdade seria criar uma gestão entre o privado e o público capaz de proporcionar ao apenado sua ressocialização gerando retornos em diversas dimensões da sociedade. É de extrema urgência que se encontre uma solução intermediária que não privilegie o cárcere nem a desumanidade no cumprimento da pena, espalhando a ideia da impunidade. Parece que esta solução se encontra exatamente na privatização dos presídios (SILVA e BEZERRA, 2018).

1.4. As propostas de privatização *versus* a realidade brasileira

Como veemente defensor da privatização dos presídios Luiz Flavio Borges D'URSO (2008, p.8), em todos os seus estudos salienta sobre a importância de implantar uma gestão mista entre a administração pública e a administração privada. Seu esforço é demonstrar que o dever do Estado deve ser totalmente preservado. O mesmo autor salienta que a iniciativa privada, caberia a função material da execução, onde ao grupo ou empresa privada a função material da execução, onde ao grupo ou empresa privada incumbiria:

> Implementar o fim pedagógico de reinserção moral e social do encarcerado, sempre de acordo com a lei de execução Penal. Constituir e manter o funcionamento do estabelecimento prisional em prazos pré-fixados; fornecer o mobiliário e equipamentos, mantendo-os em bom estado de funcionamento, e renovando-os, quando necessários. Aplicar técnicas de auxílio à segurança e à vigilância, exercidas pela administração pública, no estabelecimento. Responsabilizar-se pela hotelaria, envolvendo higiene pessoal, vestuário, alimentação (café da manhã, almoço e jantar), lavanderia e cantina. Assumir a comercialização da cantina, bem como a venda de mercadorias de uso pessoal e consumo, vendidas aos internos, manter o serviço de transportes. Propiciar escolaridade e cursos de formação profissionais aos internos. Oferecer assistência social e psicológica aos internos,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> cuidar da saúde oferecendo tratamento médico ambulatorial dentro do estabelecimento, encaminhando os casos de doenças graves sujeitos a internação, para estabelecimentos hospitalares públicos. Oferecer condições de trabalho, cuja remuneração estará por conta do Estado que poderá agenciá-lo, mas sempre com objetivo de formação profissional do preso. Proporcionar atividades de lazer e entretenimento aos mesmos. Exigir o cumprimento das obrigações assumidas pela administração pública, conforme as regras estabelecidas no contrato de funcionamento do programa de gestão mista (D'URSO, 2008, p.9).

Desta forma analisando todas essas necessidades conjunturais, o programa de gestão mista poderia ser implantado tanto em estabelecimentos para presos provisórios como em estabelecimentos destinados a presos condenados por sentença transitada em julgado, todavia dando preferência aos que atendem presos civis e provisórios (DUARTE, 2015, p.26).

1.5. A privatização *versus* a função indelegável do Estado

Como visto a privatização dos presídios é tema divergente no mundo inteiro, no plano teórico e prático, sendo necessária sua profunda análise. Traçando um paralelo entre a possibilidade de privatizar presídios e a legalidade deste ato, é preciso recorrer a alguns princípios constitucionais, entre eles o princípio da legalidade, previsto no art. 5º da CF.

Logo, o princípio da legalidade é corolário do Estado Democrático de Direito, na medida em que estabelece a obrigação de o Estado, apenas e tão somente, exigir ações dos particulares ante a aprovação de leis em sentido amplo, respeitando o processo democrático e representativo, previsto no art. 1º, Parágrafo Único, da Constituição Federal. O princípio constitucional da legalidade é o fundamento básico do Estado Democrático de Direito, nesse diapasão somente a lei obriga de forma eficaz e validamente às pessoas físicas ou jurídicas, a fazer ou deixar de fazer algo. Porque pressupõe que a lei seja a manifestação clara da vontade da maioria, obviamente que tudo deve ocorrer em conformidade com o devido processo legislativo, indispensável ao Estado de Direito. Constata-se, que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

esse princípio constitucional, é plenamente possível sua aplicação ao caso da terceirização da execução da pena, isto é, para impedi-la, haja vista, que, em nenhum momento o Congresso Nacional, por meio de suas casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, editou qualquer espécie legislativa visando a tão falada terceirização, ou mesmo a privatização do Sistema Prisional. Há registros, nos anais das casas do Congresso Nacional, principalmente na Câmara dos Deputados, de várias tentativas parlamentares nesse sentido, porém, não exitosas (CAMARGO, 2002, p.29).

É fato público e notório no meio acadêmico da área do Direito, que o princípio da legalidade possui, ao menos, dois entendimentos de aplicabilidade. Com relação aos particulares todas as limitações, quer sejam positivas ou negativas devem estar expressas em lei. Já no que diz respeito à administração pública, o mesmo fundamento se apresenta ao contrário, pois, a garantia para agir em determinada situação, só será lícita se amparada no ordenamento jurídico, isto é, se calcada expressamente em lei. A lei para o particular significa, pode fazer assim, enquanto que para o poder público significa, deve fazer assim. O Estado não pode agir ao arrepio da lei, sob pena de violar a legalidade constitucional mencionada. Além do princípio da segurança jurídica que é indiscutivelmente a base primeira do Estado Democrático de Direito (COUTINHO, 2015, p.7).

Essa conclusão, nada mais é do que decorrência lógica do também princípio da legalidade, insculpido no caput, do art. 37, da CRFB/88.

Nesse mesmo diapasão, ou seja, de que a execução penal, é função indelegável do Estado, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), editou Resolução em dezembro de 2002, recomendando a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro, embora tendo admitido a possibilidade de terceirização ou privatização de alguns serviços, mas excetuando destes os de assistência jurídica, psicológica, social, segurança, disciplina

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

e administração.

A decisão do CNPCP não poderia ser outra, senão essa em obstaculizar o desejo de governos e empresários em privatizar atividades indelegáveis do Sistema Penitenciário, de responsabilidade exclusiva do Estado. O ponto fulcral está nas afirmações do documento, quando demonstra de maneira clara e concisa, ser aquela pretensão inconstitucional, já que a prestação jurisdicional relacionada à Segurança Pública é atribuição indelegável do Estado, bem como a "incompatibilidade entre, de um lado, os objetivos perseguidos pela política penitenciária, em especial os fins da pena privativa de liberdade (retribuição, prevenção e ressocialização) e, de outro, a lógica de mercado, ínsita à atividade negocial". Entretanto, para que haja a possibilidade de privatização no país, deve-se em primeiro lugar analisar qual o tipo de atividade que a iniciativa privada pode intervir sem que contrarie a constituição e as normas infraconstitucionais, ou seja, para que haja vigência, validade e eficácia (COUTINHO, 2015, p.9).

Depreende-se que a atividade jurisdicional e a atividade administrativo- judiciária permanecem absolutamente indelegáveis pelo Estado, entretanto, no tocante à atividade administrativa extrajudicial, relacionada com: saúde, trabalho, estudo, limpeza, vestuário, lazer, construção de presídio ou parte dele etc., pode ser oportunizada ao ente privado (CHACHA, 2009, p.8).

CONCLUSÃO

A situação do sistema penitenciário brasileiro é caótica, apresentando inúmeros problemas que vão desde a superlotação, disseminação de doenças, rebeliões, fugas. Tais fatos colaboram com o impedimento da reabilitação do apenado, impedindo o retorno adequado ao convívio social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Porém a privatização dos presídios surge como uma alternativa, cujo objetivo é proporcionar maior eficiência as atividades prisionais, minimizar os gastos estatais e possibilitar a reabilitação dos detentos através de um sistema eficaz e livre de corrupção, todavia a mesma é motivo de divergência, entre estudiosos e doutrinadores. Durante o decorrer dos anos, muito tem-se estudado e houve até mesmo algumas tentativas, contudo, frustradas.

Com a realização deste artigo a possível concluir que o ideal seria uma parceria entre o Poder Público e o Setor privado, agindo de forma cautelosa, através de uma análise aprofundada, isso dar-se-ia através de um contrato público-privado. Este sim poderia trazer alguns benefícios, entre eles: atender aos preceitos constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLIX, da Constituição da República) e de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, da CF); buscar a reinserção do preso, consecutivamente a diminuição da reincidência; reduzir gastos ao poder público, criar uma política de prevenção da criminalidade por fim diminuir a situação de superlotação e seus derivados.

Entretanto é necessário avaliar a questão legal, os princípios constitucionais, e verificar a possibilidade de separar as atividades inerentes à execução das atividades administrativas nos presídios (gestão organizacional), da execução penal e reabilitação do preso.

REFERENCIAS

ASSIS, R.D. Privatização de prisões e adoção de um modelo de gestão privatizada. 5ª ed. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 26 ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAMARGO, A.L.C Sistemas de Penas, Dogmático Jurídico- Penal e Política Criminal. São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 29.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CAPEZ, F. Direito Público em Pauta. Entrevistas por Vilbégina Monteiro. 2009. Disponível em: http://www.datavenia.net Acesso em maio de 2018.

CHACHA, L. Aspectos críticos sobre a privatização dos presídios no Brasil. 15 de abril de 2009. Disponível em:< http://www.lfg.com.br. Acesso em maio de 2018.

CONTE, C.P. Breves considerações sobre a privatização dos presídios brasileiros. Disponível em: http://www.consideracoes+sobre+a+privatizacao+dos+presidios+brasileiros. Acesso em maio de 2018.

CORDEIRO, G.C. Privatização do Sistema Prisional Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora: Livraria Freitas Bastos S.A. – 2006.

COUTINHO, J.T. A execução da pena como função jurisdicional e indelegável do Estado. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/25020/a-execucao-da-pena-como-funcao-jurisdicional-e-indelegavel-do-estado#ixzz3rqxz2QIh. Acesso em maio de 2018.

DERANI, C. Privatização e Serviços Públicos, As Ações do Estado na Produção Econômica, 1ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 110.

DI PIETRO, M.S.Z. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUARTE, J.C. Privatização das Prisões. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9661. Acesso em maio de 2018.

D'URSO, L.F.B. Direito criminal na atualidade. São Paulo: Atlas, 1999.

D'URSO, L.F.B. Administração Privada de Presídios. Consulex - Revista Jurídica, Brasília, ano 3, vol. 1, n. 31, p. 44-46, jul. 1999.

D'URSO, L.F.B. Privatização de Presídios. Revista Consulex. Ano III, n. 31, p. 44-46, Jul. 2000.

D'URSO, L.F.B. Privatização Das Prisões Mais Uma Vez A Polêmica. 2008. Disponível em: http://www.oabms.org.br/noticias/lernoticia.php?noti_id=137. Acesso em maio de 2018.

FARIA, José Eduardo. Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo. São Paulo: Max Limonad, 2008.
FERREIRA, M.L. A privatização do sistema prisional brasileiro. 83 fl. TCC (monografia) - Faculdade de Direito de Presidente Prudente – SP. 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

FERREIRA, P.G. A estrutura do sistema prisional brasileiro frente aos objetivos da teoria da pena. 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12093. Acesso em maio de 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. População carcerária cresce 7% ao ano e soma hoje 607 mil pessoas. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1646639-com-607-mil-presos-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml. Acesso em maio de 2018.

HULSMAN, L.; CELIS, J. Penas Perdidas, p.63.eEd. Impetus. 2004.

MATTOS, G.T. A inconstitucionalidade da privatização dos presídios. Anuário de Direito Constitucional. Ano XV. Montevideo, 2009.

MAURICIO, C.R.N. A Privatização do Sistema Prisional. [Dissertação de Mestrado]. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.

NETO, E. Aspectos sobre a Privatização dos Presídios no Brasil. Artigo publicado em Ministério Público do Paraná. Disponível em: http://www.pgj.ce.gov.br. Acesso em maio de 2018.

NOGUEIRA, C.R.F. Privatização do sistema prisional brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio De Toledo”. Presidente Prudente /SP, 2006.

OTERO, P. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública, Op. cit. 2006, p. 36.

RABELO, C.L.A.; VIEGAS, C.M.A.R; RESENDE, C.J. A privatização do sistema penitenciário brasileiro. www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032383.pdf. Acesso em maio de 2018.
.
SILVA, C.C.; BEZERRA, E.B. A Terceirização de Presídios a Partir do Estudo de Uma Penitenciária do Ceará. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6541>. Acesso em maio de 2018.
THOMPSON, A. A questão penitenciária. 5º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ESPORTE COMO MEIO DE RESGATAR E RESGUARDAR O JOVEM DA PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS

SABRINA BALDOINO DA SILVA: Acadêmica de Direito na Universidade Brasil.

RODRIGO SONCINI DA OLIVEIRA GUENA

(Orientador)

RESUMO: No Brasil tem crescido a participação de jovens na criminalidade de modo alarmante, isso tem gerado uma preocupação para tentar achar soluções que possa inibir esse crescimento. A maioria dos jovens que escolhem essa vida são de periferia e muitas vezes negros. A causa disso é o contexto social em que vivem muitas vezes favoráveis para que o jovem se envolva na criminalidade. Atualmente nesse meio o crime com maior incidência de participação de menores é o de tráfico de drogas, pela facilidade de ganhar dinheiro e os retornos que proporciona. No entanto, além da problemática surgem algumas soluções como, por exemplo, a prática de esportes. Muitos atletas que se destacaram por suas conquistas em campeonatos nacionais e internacionais foram apresentados ao esporte ainda na periferia e fizeram deste meio de buscar uma saída melhor do que a criminalidade. Então, este trabalho visa apresentar essa solução com base nos atletas que tiveram essa saída como alternativa.

Palavras-chave: políticas públicas; prevenção; ressocialização; vulnerabilidade social.

ABSTRACT: In Brazil, youth participation in crime has grown in an alarming way, which has generated a concern to try to find solutions that can inhibit this growth. Most of the young people who choose this life are peripheral and often black. The cause of this is the social context in which they live, often favorable for the young to engage in crime. What crime is is the increased incidence of child participation in drug trafficking, the ease of earning money, and the intended returns. However, in addition to the problematic arise some solutions such as, for example, a sports practice. Many athletes who stood out for their achievements in peasants and

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

international were taken to the sport still in the periphery and stopped in this means of search. So, this work aims to present this solution based on the athletes who had this exit as an alternative.

Keywords: public policies; prevention; Resocialization; social vulnerability.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 Conceito de Criança e Adolescente; 2.1 O direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; 2.2 A falta de espaços de lazer para os jovens; 2.3 O encontro do sustento de prazeres na criminalidade; 2.4 O imposto de renda contribuindo com projetos sociais; CONSIDERAÇÕES FINAIS; Referência Bibliográfica**.**

---

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal atribui um inovado significado jurídico sobre as crianças e adolescentes, junto com os tratados internacionais, contribuindo para formar um novo cenário para a formulação de uma nova legislação no tocante ao Direito das Crianças e do Adolescente.

Atualmente, os jovens gozam de direitos previstos no ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), porém, nem sempre foi assim, para alcançar este resultado e ser reconhecido pelo Estado como um sujeito de direito e ter um código somente para si, eles tiveram que traçar uma longa caminhada.

Deste modo, em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) é publicado, rompendo com o Código de Menores (BRASIL,1979) - que falava sobre a "situação irregular" do jovem - adotando uma nova visão de proteção ao jovem.

> "Significa dizer que a legislação referente a crianças e adolescentes que vigorava até então não continha qualquer previsão para regulamentar direito que possibilitassem seu desenvolvimento digno e saudável. A doutrina da situação irregular concebia

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> crianças e adolescentes não como pessoas sujeitos de Direito, mas sim como objetos de tutela e intervenção dos adultos, o que deveria ocorrer em caso de se encontrar o menor de 18 anos na mencionada " situação irregular", definida pelo artº 2 do antigo Código de Menores, como a privação de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória; submissão a maus-tratos ou castigos imoderados; exposição a " perigo moral"; privação de representação ou assistência legal; e ainda incluindo o desvio de conduta " em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária" e a prática de infração penal." (LENZA; ZAPATER, 2017)

No entanto, mesmo com a legislação que tem o dever de proteger e garantir uma vida digna para esses jovens, ainda ocorre diversas agressões diárias e muitas restrições aos seus direitos. Podendo ser citados como exemplo exclusão e o preconceito social algo ainda muito presente no Brasil.

Existem vários meios de sanar esses problemas e um deles é a criação de projetos sociais em regiões periféricas das cidades, levando esporte, cultura e lazer aos jovens, de modo que ao invés de buscarem na rua distração e diversão eles utilizem seu tempo vago para obter conhecimento de novas áreas de modo útil e eficaz, não ficando expostos a situações vulneráveis aprendendo novas práticas delituosas.

2 Conceito de Criança e Adolescente

Para este trabalho é importante conceituar criança e adolescente, atualmente, a definição pode ser encontrado no "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"; do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), ou seja o próprio código conceitua fazendo uma distinção entre criança e adolescente , para o qual criança é aquela que possui 12 anos incompletos,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

e adolescente que já completou 12 anos e ainda não completou 18 anos. Após, completar 18 anos significa que alcançou a maioridade civil.

> "O ECA utiliza a faixa etária para essa distinção, para facilitar e regulamentar alguns institutos como, por exemplo, a aplicação a classificação dos atos infracionais e a aplicação das medidas socioeducativas Criança e adolescente. O artigo menciona a diferença técnica entre criança e adolescente. Criança é o menor entre 0 e 12 anos e adolescente, o menor entre 12 e 18 anos. A convenção sobre os direitos da criança de 1989 considerava criança todo ser humano menor de 18 anos. A expressão child em inglês é mais abrangente, envolvendo toda pessoa menor de 18 anos." (ISHIDA, 2015)

2.1 O direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer

Desde a criação do Estatuto da Criança e do adolescente, os direitos e deveres e as responsabilidade do futuro das novas gerações passa a ser do Estado, da sociedade e da família, que devem tratar as crianças e os adolescentes com prioridade absoluta sobre politicas públicas e destinação e liberação de recursos financeiros.

As garantias e direitos fundamentais da criança e do adolescente teve origem na Declaração dos Direitos Humanos, sendo fortalecida por outros documentos legais que surgiram em razão dessa Declaração, sendo eles, Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Constituição da República Federativa do Brasil, até resultar no que hoje é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

> "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária." (BRASIL, 1990)

Alguns doutrinadores costumam repartir e o organizar o Estatuto da Criança e do Adolescente em eixos. Assim, Antonio Carlos Gomes da COSTA (1995), classifica como eixo central o desenvolvimento pessoal da criança e do adolescente, o Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer, nesse sentido,

> "Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:
>
> I-igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> II-direito de ser respeitado por seus educadores;
>
> III-direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
>
> IV-direito de organização e participação em entidades estudantis;
>
> V-acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
>
> Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais." (BRASIL, 1990)

A educação é um direito exclusivo dos seres humanos, sendo obrigatório que as crianças recebam educação básica para seu bom desenvolvimento como cidadão e qualificação profissional. Entretanto, a Educação engloba processos formativos mais amplos, porém, nossa sociedade é marcada pela desigualdade social, de modo que nem todos recebem uma boa educação, ainda mais com a desvalorização da rede pública de ensino, que possui déficits e limitações, situação que leva a negligência do Direito fundamental à Educação e ao Lazer.

> "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988)

É importante que o Estado invista em programas de Educação, Cultura, Esporte e Lazer, para todos os que dele necessitam, adequando-os para a realidade social em que vivem, proporcionando uma nova perspectiva de vida para esses jovens, retirando eles da vulnerabilidade social a qual estão acostumados.

A teoria da vulnerabilidade na qual o indivíduo comete o delito porque foi desprovido de condições sócio educacionais que contribua para sua formação, não tendo a proteção familiar e orientação cultural distorcida. Não sendo vinculada a situação financeira, mas sim o contexto que o agente é criado.

> “A Teoria da Vulnerabilidade tem o intuito de conter as sanções, devendo sempre reduzir o limite da clássica culpabilidade pelo injusto. Serve como compensação ou contenção do poder do Estado e sua desigualdade perante as classes e raças.” (DAMASCENO, 2014)

Existe um vínculo entre o injusto e o autor que se da pela forma em que ocorre a periculosidade no sistema penal, podendo ser definida como uma maior ou menor probabilidade de criminalização, esse grau de periculosidade para cada pessoa no sistema penal ocorre pelos componentes do estado de vulnerabilidade, este por sua vez se forma pelo de acordo com o status social, classe, profissão, renda, enfim, pela escala social em que a pessoa se encontra.

Existe a possibilidade de dizer que a pessoa de maiores renda e mais próximas ao poder correm menos risco de partir para a criminalidade, pois, o estado de vulnerabilidade é menor, no entanto, para os de baixa renda e que quase não tem contato com o poder o risco é considerável. A sociedade infelizmente ainda continua tendo os desníveis sociais; a pobreza em massa é a principal causa da violência urbana criminal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> "No Brasil, por exemplo, podemos observar o exemplo do tráfico de entorpecentes. Não se nega que o tráfico continue merecendo combate e nem que ele é a causa, direta ou indireta, de variadas formas de criminalidade. Por outro lado, constata-se que o aprisionamento em massa não diminuiu e nem mesmo afetou as grandes organizações criminosas. Basta verificar que o Brasil nunca teve tantos presos por envolvimento com drogas e, mesmo assim, nunca o Estado criou mecanismos para a tamanha endemia no consumo de crack e de outras substâncias ilícitas." (VIANNA,2012)

O princípio da intangibilidade da dignidade humana visa garantir o respeito pelo ser humano, porém o atual cenário social de longe honra esse princípio, uma vez que, a vulnerabilidade social demonstra bem que existe um grande desnível entre as bases sociais, causando um aumento na criminalidade, sendo que é dever do Estado tentar de algum modo diminuir essa diferença.

2.2 A falta de espaços de lazer para os jovens

Uma das críticas mais comuns registradas pela imprensa é sobre a falta de espaços que proporcionam uma variedade de atividades para o jovem, desde lazer, a capacitação profissional.

Em alguns momentos o Estado ou até mesmo o Município criam projetos voltados para os jovens, no entanto, esses projetos tem um pequeno período de duração, sendo que na maioria das vezes dependem financeiramente do poder público e os recursos para esses programas são escassos, o que dificulta a manutenção e fornecimento de materiais e equipamentos.

É comum vermos reportagens sobre a falta de espaço para os jovens como mostra a reportagem na revista EOnline, que entrevistou duas especialistas no assunto, sendo elas Lívia de Tommasi, doutora em Sociologia, professora no curso de políticas públicas da UFABC e do programa de pós-graduação em Ciências Humanas e Sociais da mesma Universidade e Regina Novaes cientista social, foi Secretária Nacional de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Juventude – Adjunta e Presidente do Conselho Nacional de Juventude de 2005 a 2007. Em resposta ao pedido da EOnline para falar sobre o jovem na periferia e as consequências dos estereótipos ao redor do jovem e as consequências para a construção de políticas públicas, disse que é necessário parar de classificar o jovem como "problema" e parar com o binarismo de repressão pelas políticas públicas com intervenção policiais buscando acabar com a "violência" que esses jovens supostamente apresentam; por outro lado, as políticas públicas financiam ONGs procurando estimular comportamentos positivos. Em comentário à revista Regina Novaes, fala sobre quais deveriam ser o objetivo dos programas e ações públicas voltadas para a juventude que seria o combate à exclusão, valorização da diversidade e efetivação de direitos. (JOVENS, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIBERDADE, 2017)

E por causa dessa carência eles buscam meios alternativos de passar o tempo, ou de buscar renda mensal, sendo através de emprego ou práticas delituosas, os mais recorrentes, furto, roubo e tráfico de entorpecentes.

2.3 O encontro do sustento de prazeres na criminalidade

No momento atual é comum encontrar jovens que em algum momento de suas vidas se envolveram em alguma prática delituosa, pois, o ambiente em que se encontram e a situação vulnerável contribuem diretamente para isso.

O jovem atualmente convive em uma sociedade de ostentação e essa imagem que é passada, ou até mesmo vendida para eles faz com que busquem meios para buscar e sustentar esse padrão de vida. Os meios encontrados, às vezes são positivos, assim como na maioria das vezes negativo.

Por causa do preconceito o jovem, não consegue ingressar no mercado de trabalho e as oportunidades são tiradas dele desde sua infância, assim, ele busca através tráfico ilícito de entorpecentes, furto e roubo conseguir recursos financeiros. Nas comunidades carentes dos grandes centros urbanos, esse tipo de ação é a única que jovem tem contato e acha ser

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

correto, uma vez que na comunidade em que vive comum a prática reiterada de delitos.

2.4 O imposto de renda contribuindo com projetos sociais

O Jornal da Record traz um documentário chamado Tão Jovens que apresenta a realidade dos jovens, na reportagem do dia 20/03/2017 as informações de pesquisa e levantamento dados onde os jovens são muito mais vítimas do que autores de crimes. No Brasil por dia 29 mil crianças e adolescentes são assassinados, de uma media anual de 60 mil mortes , 20 mil são crianças de que estão na faixa etária entre 14 e 25 anos sendo a maioria negros de periferia. Segundo dados do IBGE entre 1980 e 2014 os jovens representavam 26% da população total do país, mas eram 58% das vitimas de homicídios registrados nesse período, dados de pesquisas demonstram que homens negros entre 13 e 20 anos são as maiores vitimas de homicídio, isto faz com que os jovens fiquem vulneráveis ao crime de tráfico de drogas, roubo, entre outros crimes, atualmente custa para o Estado R$1.700,00 para manter um jovem na Fundação Casa por mês e R$500,00 por mês para mantê-lo na escola. (FREITAS, 2017)

Com base, nesses dados podemos perceber que existe sim a desigualdade e o preconceito com jovens de periferia, principalmente se forem negros, de modo que as chances e possiblidades de uma vida melhor para ele fique mais difícil e eles optam por caminhos mais fáceis, como por exemplo, o da criminalidade.

Um problema que pode ser identificado é a dificuldade financeira dos projetos sociais, muitas vezes o projeto que consegue manter-se de portas abertas por um determinado tempo é porque recebe doações. No entanto, se torna inviável que um projeto resista à dificuldade financeira, sendo que inicia suas atividades, mas, em pouco tempo já fecha as portas, pela dificuldade financeira em comprar materiais, comida, pagar impostos, água, luz, telefone entre outros serviços básicos e necessários.

O esporte pode auxiliar o jovem a não se envolver no crime de tráfico de drogas, uma vez que, os jovens que moram em regiões pobres ficam vulneráveis a determinadas condutas, até por conta de sua realidade social,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

sendo que, algumas condutas criminosas acabam sendo muito mais comuns do que atividades de lazer ou até de desenvolvimento profissional. Os jovens algumas vezes esquecem-se de pensar no futuro como vivem em um contexto social que não lhes proporciona sonhar com algo melhor para si, enxerga nessas condutas uma solução para os problemas que tem.

Então, é preciso demonstrar aos jovens de periferia que existem outras opções e saídas para as dificuldades que passam, como a fome, o descaso, a desigualdade, discriminação, falta de dinheiro, o não reconhecimento dele como cidadão, através de projetos sociais que tenham como atividade modalidades esportivas:

> "O esporte desenvolve as habilidades motoras, socializa e pode ser o início da vida profissional da criança e do adolescente. É comum ouvirmos histórias, principalmente de jogadores de futebol, que depois de privações na infância hoje têm reconhecimento profissional. Além disso, a prática esportiva é atual aliada da saúde. O exercício estimula o bom colesterol, melhora a capacidade cardiorrespiratória, diminui a obesidade quando aliada a uma alimentação racional." (MACIEL et al., 2013)

A solução encontrada para o problema financeiro dos projetos sociais é o que está previsto no art. Art. 1º A partir do ano calendário de 2007 e até o ano calendário de 2022, inclusive, poderão ser deduzidos do imposto de renda devido, apurado na Declaração de Ajuste Anual pelas pessoas físicas ou em cada período de apuração, trimestral ou anual, pela pessoa jurídica tributada com base no lucro real os valores despendidos a título de patrocínio ou doação, no apoio direto a projetos desportivos e paradesportivos previamente aprovados pelo Ministério do Esporte. (Redação dada pela Lei nº 13.155, de 2015),

§ 1º As deduções de que trata o caput deste artigo ficam limitadas:

I - relativamente à pessoa jurídica, a 1% (um por cento) do imposto devido, observado o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

26 de dezembro de 1995, em cada período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 11.472, de 2007)

II - relativamente à pessoa física, a 6% (seis por cento) do imposto devido na Declaração de Ajuste Anual, conjuntamente com as deduções de que trata o art. 22 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997." disposto na Lei 11.438/06 (BRASIL,2006)

Ou seja, o objetivo é fazer com que o projeto social possa sobreviver com doações do imposto de renda para fins desportivos, como previsto na Lei 11.438/06 existe essa possibilidade. Já faz algum tempo que as leis federais incentivam pessoas físicas a destinarem até 8% do seu Imposto de Renda para projetos sociais devido às iniciativas sociais, esportivas, de saúde e lazer e culturais, já para as empresas existe a possibilidade de doar até 2% sendo possível escolher qual área irá apoiar.

Esse gesto poderá ocorrer em dois momentos, o primeiro é na declaração e o segundo é a antecipação do Imposto de Renda até o fim do ano referente a declaração e só depois ser abatido, o diferencial é a destinação, uma vez que ao invés de ir para o governo federal, vai para uma causa social e desse modo então fazer algo pela sociedade e ajudar a diminuir a participação dos jovens em condutas ilícitas

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi apresentado, podemos concluir que o jovem de periferia sofre com o preconceito e com a desigualdade gerada pelo contexto social em que vive, convivendo com a criminalidade. Além disso, o jovem passa pela dificuldade de não ter áreas de lazer disponíveis ou espaços para ocuparem seu tempo de forma saudável, quando não estão na escola. É comum no contexto familiar pais que trabalham o dia todo e o jovem fica com outro familiar, ou até mesmo sozinho o dia todo, diante dessa liberdade, o jovem gasta seu tempo vagando na rua tendo contato com vários ações delituosas, até mesmo ficando vulnerável ao assédio de marginais, para que ingressem na vida criminosa.

Analisando esse contexto, é necessário que programas sejam criados para dar bons exemplos ao jovem, para que eles queiram ostentar, mas que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

a renda para isso venha de um trabalho lícito, mas para que o jovem possa trabalhar é preciso que oportunidades sejam dadas.

O esporte geralmente costuma apresentar melhorias na vida do jovem, desde que este o pratique com disciplina e responsabilidade deixando para trás hábitos delituosos e se abra para um novo contexto social no qual será inserido, poderá dentro de um prazo significativo demonstrar melhorias.

Projetos sociais costumeiramente são visto como uma possível complementação na formação do cidadão, pois algumas crianças e adolescente enxergam nesses projetos uma segunda casa. Algumas famílias não possuem renda familiar ou meios de obtê-la e nas residências dessas famílias não tem a alimentação adequada, roupas, calçados, entre outros bens necessários para sua formação, bem como, estrutura familiar, assim, os jovens encontram nos projetos sociais o que necessitam para sua sobrevivência, enxergando ali uma porta de saída para a situação em que vivem e contribuírem de forma positiva para sua família.

O esporte é um canal de socialização positivo que contribui para a inclusão social, bem como para educação e a formação do jovem como cidadão. A combinação entre projetos sociais e esportes é ótima, pois o jovem que passa a maior parte do seu tempo dentro de um projeto social se dedicando ao esporte, além de ser afastado de práticas delituosas, tem grandes chances de ser reinserido na sociedade e através disso conseguir oportunidades de ter um contexto social diferente, conseguindo uma renda fixa mensal de forma honesta, sem precisar ingressar no meio do tráfico de drogas, e possivelmente se tornar um atleta profissional ou chegar a disputar uma olimpíada talvez.

Entretanto, algumas dificuldades necessitam ser superadas, uma delas é a dificuldade financeira que muitos projetos sociais sofrem, sendo que muitas vezes ele é levado a fechar as portas, e os jovens retornam as ruas e voltam à situação de vulnerabilidade e partem para a criminalidade.

Enfim, diante dessa situação é necessário que medidas sejam tomadas e embora atualmente no Brasil existam muitos projetos sociais, não só com esporte, acabam não conseguindo sobreviver e continuar por mais de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

alguns anos, e é por isso que a doação de rendas se faz importante, pois é melhor investir em projetos sociais, do que tentar remediar a situação após o jovem iniciar sua vida " criminosa" e ingressar nas fundações casa, ou casa abrigo, que irá requerer mais investimento do Estado, do que um projeto necessitando de materiais esportivos.

Referência Bibliográfica

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Direitos Difusos e Coletivos IV:** Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 2012. 127 p. (Saberes do Direito).

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em . Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.438, de 29 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre Incentivo ao Desporto.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11438.htm> . Acesso em: 21 abr. 2017

BRASIL. Lei nº 6.697, 10 de outubro de 1979. **Dispõe sobre o Código de Menores.**Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em . Acesso em: 28 mar. 2017.

DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. **O que se entende por teoria da vulnerabilidade?** 2014. Disponível em: . Acesso em: 30 mar. 2017.

FONSECA, Júlia Brito. **Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2015. Disponível em: . Acesso em: 29 mar. 2017

FREITAS, Celso. **Tão Jovens.** Realização de Jornal da Record. São Paulo: Rede Record, 2017. Youtube, son., color. Disponível em: . Acesso em: 29 mar. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

HAJE, Lara; ARAUJO, Newton. Número de crimes cometidos por adolescentes vem aumentando, diz promotor. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília, p. 1-1. 17 jun. 2015. Disponível em: . Acesso em: 28 mar. 2017.

JOVENS, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIBERDADE. São Paulo: Sesc, 07 ago. 2017. Mensal. Disponível em: . Acesso em: 08 abr. 2018.

LEMOS, Clécio. Culpabilidade por vulnerabilidade. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, p. 16-17, mai., 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1237 p.

MAURO, Renata Giovanoni di. **Procedimentos Civis no Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PRESSOTO, Lourenso. **Uma brevíssima análise da culpabilidade e suas teorias.** 2013. Disponível em: . Acesso em: 29 mar. 2017.

VIANNA, Leonardo Lobo de Andrade. Teoria da vulnerabilidade de Zaffaroni: bases sociológicas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3266, 10 jun. 2012. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR): SISTEMA DE "CAUSA-PILOTO" OU SISTEMA DE "PROCEDIMENTO-MODELO"?

BRENDA JANINA FALCÃO GOMES: Analista Judiciária - Área Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Especialização Lato Sensu em Direito Público pela AVM - Faculdade Integrada.

Resumo: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), positivado de forma inovadora no novel estatuto processual civil, representa instituto que guarda peculiaridades procedimentais ainda pendentes de pacificação. Assim, sem o objetivo de esgotar o tema, busca-se no presente artigo delinear o incidente e explanar as posições doutrinárias existentes no tocante ao sistema adotado no IRDR, se "causa-piloto" ou "procedimento-modelo".

Palavras-chave: Microssistema processual de recursos repetitivos. Técnicas de julgamento. IRDR. Sistema de "causa-piloto". Sistema de "procedimento-modelo".

Sumário: 1. Introdução. 2. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas

---

1. Introdução

Hodiernamente, diante da pluralidade de demandas que abarrotam o Poder Judiciário, revela-se possível identificar litígios recorrentes, que debatem a questão jurídica pelo mesmo viés.

Dessa forma, exsurgiu a necessidade de aplicação de técnicas de julgamento que resolvam as contendas de maneira coerente, possibilitando a prestação jurisdicional a inúmeros jurisdicionados que figurem em situações semelhantes, zelando pelo tratamento uniforme e célere, bem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

como pela uniformização de entendimentos que emprestem credibilidade aos órgãos julgadores.

Dentre elas, destaca-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), técnica de importância ímpar para o ordenamento jurídico, positivada no novel Código de Processo Civil (arts. 976 a 987).

Em razão da inserção inovadora do instituto e das possíveis heranças arraigadas no direito comparado, faz-se necessária melhor análise no tocante à seara procedimental do incidente, mormente quanto ao sistema adotado, se "causa-piloto" ou "procedimento-modelo", com o fito de aprimorar os métodos para solução da litigiosidade massificada que se contextualiza na sociedade contemporânea.

2. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro

Consoante preconiza o Código de Processo Civil, o IRDR se revela cabível nas hipóteses de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e, simultaneamente, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Nos termos do art. 977 do CPC, o pedido de instauração do incidente dirigir-se-á ao presidente do Tribunal por meio de ofício do juiz ou do relator ou, ainda, por petição das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Distribuído o incidente, o estatuto processual prevê que o órgão colegiado indicado pelo regimento interno responsável pela uniformização de jurisprudência analisará os pressupostos de admissibilidade para instauração, o que confere liberdade de escolha aos Tribunais na atribuição de competências orgânicas. A título de exemplo, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios atribui-se à Câmara de Uniformização a referida competência (art. 18, II, do RITJDFT)[1].

Ademais, estatuiu-se que o referido órgão julgará não apenas o incidente, com a devida fixação da tese jurídica para aplicação nos múltiplos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

processos, mas, também, julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Diante de tal cenário, verifica-se que, por um lado, a legislação legitimou o juiz para requerer a instauração do incidente (art. 977, I, do CPC), o que permite a conclusão de se revelar desnecessária a existência de um caso concreto vinculado ao julgamento do IRDR. Por outro lado, o diploma processual incumbiu ao órgão colegiado do Tribunal o julgamento da tese e do recurso (art. 978, parágrafo único, do CPC), o que possibilita a inferência quanto à imprescindibilidade de um caso específico para admissibilidade do incidente.

Por consectário, paira na doutrina divergência quanto ao sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, no tocante ao IRDR, dentre aqueles existentes para o julgamento de casos repetitivos: sistema de "causa-piloto" ou sistema de "procedimento-modelo".

Quanto às espécies, faz-se oportuna a clara lição do ilustre Antonio do Passo Cabral, que, com maestria, esquematiza-as nos seguintes moldes:

> A respeito destes incidentes, dois padrões tem sido visualizados, tanto no Brasil quando no direito estrangeiro, que podem ser agrupados em um gênero que chamamos de "incidentes de resolução de processos repetitivos". O primeiro é aquele das chamadas "causas piloto" ou "processos-teste", uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais pela multiplicação da decisão. Este formato revela unidade cognitiva (o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário) seguida da reprodução da tese definida no incidente (a *ratio decidendi* do julgamento da questão comum é replicada para todos os processos em que esta mesma questão esteja sendo objeto do debate), algo como um "julgamento por amostragem" da causa-piloto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> (...) O segundo formato é aquele dos "processos-modelo": neste, no incidente são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário. Ou seja, o que se observa neste segundo formato é a cisão cognitiva e decisória (existe uma divisão de competências entre o órgão que decide o processo originário em todas as questões que lhe são próprias) e incorporação da tese definida do incidente aos processos repetitivos (a decisão do incidente é tomada como questão prévia pelo órgão que julgará o caso, e deverá ser adotada como premissa às considerações sobre as demais questões de cada processo).[2]

Assim, no sistema de "causa-piloto", adotado na Inglaterra, por meio do *Group Litigation Order*, e na Áustria, por meio do *Pilotverfahren*[3], tem-se que o órgão julgador elege um caso concreto para submeter a julgamento e, a partir deste, fixa parâmetro decisório e abstrato a ser replicado nos demais.

Assim, depreende-se que se trata de modelo aplicado pelo CPC para o julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos, pois, à luz do art. 1.036 do CPC, afeta-se recurso específico para apreciação pelo c. Superior Tribunal de Justiça ou pela Excelsa Corte.

Lado outro, no sistema de "procedimento-modelo", adotado na Alemanha sob a denominação de *Musterverfahren*[4], há uma cisão de julgamento, pois a tese é fixada para aplicação em número expressivo de processos nos quais os jurisdicionados figurem em situações semelhantes, sem que haja, contudo, a escolha de um caso concreto para exame

Quanto ao assunto, no anteprojeto do CPC/15, os juristas assinalaram expressamente a influência do instituto alemão na criação do IRDR, com identificação de demandas que tramitassem ainda no primeiro grau de jurisdição, o que acarretaria a adoção do sistema de "procedimento-modelo". Confira-se o excerto de interesse, *litteris*:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.
>
> O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.[5]

Portanto, poder-se-ia cogitar um contexto de inúmeras demandas correntes no primeiro grau de jurisdição, com instauração do incidente no âmbito do Tribunal respectivo e fixação da aludida tese, sem afetação de qualquer recurso específico na segunda instância. Ademais, corrobora-se o entendimento em razão de se conferir a legitimidade para pleitear a instauração do incidente, concorrentemente, ao próprio juiz, conforme delineado alhures.

Outrossim, consoante ensina Luiz Guilherme Marinoni, o substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados quanto ao anteprojeto do CPC/15 intentou incluir a pendência de causa em trâmite no tribunal como requisito do IRDR, não logrando êxito. Nas palavras do doutrinador:

> o substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados (Substitutivo n. 8.046, de 2010) acrescentou um parágrafo ao primeiro artigo que tratava do IRDR, exigindo que, para a instauração do incidente seria necessária a pendência de qualquer causa de competência do tribunal. Esse preceito, porém, foi suprimido na versão final do código, o que indica a intenção do legislador em não manter essa imposição. Por isso, não parece lógico pretender extrair do art. 978, p.ú, interpretação que exija a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> pendência de causa perante o tribunal para que se viabilize o incidente.[6]

Contudo, verifica-se que a redação do CPC/15 não apresentou as nuances contidas na exposição de motivos no tocante à identificação de causas no primeiro grau de jurisdição.

Assim, os eminentes processualistas Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha lecionam que o julgamento do IRDR rege-se pelo sistema de "causa-piloto", pois se revela imprescindível a existência de um caso concreto no âmbito do Tribunal para que se instaure o incidente. Veja-se o teor da doutrina mencionada, *litteris*:

> (...) é preciso que haja causa pendente no tribunal. O IRDR é instaurado a partir de um caso que esteja no tribunal, seja um processo originário, seja um recurso (inclusive a remessa necessária). Somente cabe o IRDR enquanto pendente causa de competência do tribunal. A causa de competência do tribunal pode ser recursal ou originária. Caberá o IRDR, se estiver pendente de julgamento no tribunal uma apelação, um agravo de instrumento, uma ação rescisória, um mandado de segurança, enfim, uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não cabe mais o IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada.[7]

No mesmo sentido, dispõe o Enunciado n. 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civil que "*a instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal*".

Nesse diapasão, argumenta-se que, caso não haja a necessidade da existência de ao menos um processo tramitando em segunda instância, inviabiliza-se a disposição contida no parágrafo único do art. 978 do CPC.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Entende-se que a ausência de demanda na segunda instância deturparia a natureza de incidente processual conferida ao instituto, porquanto fabricar-se-ia, por meio de legislação infraconstitucional, competência originária de Tribunal, nada obstante não conste disposição nesse sentido na Constituição Federal. Assim, irretorquível que o instituto macular-se-ia de inconstitucionalidade. Nessa toada, abalizada doutrina defende que:

> se não houver caso em trâmite no tribunal, não se terá um incidente, mas um processo originário. E não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais. As competências do STF e STJ estão previstas, respectivamente, no art. 102 e 105 da Constituição Federal, as dos tribunais regionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125, §1º, CF).[8]

A despeito das ilustres posições doutrinárias divergentes, em uma análise sistemática dos dispositivos que preveem o instituto, verifica-se que o sistema adotado pelo IRDR é *sui generis*. Nas palavras de Daniel Amorim Assumpcão Neves, o incidente possui feições peculiares próprias no ordenamento jurídico brasileiro. Veja-se:

> (...) o IRDR é um sistema inovador, já que não adotou plenamente nenhum dos sistemas conhecidos no direito estrangeiro. Julgará o recurso ou ação e fixará a tese jurídica. Parece ser o sistema de causas-piloto, mas não é, porque exige a formação de um incidente processual, não sendo, portanto, a tese fixada na "causa-piloto". E não é um procedimento-modelo porque o processo ou recurso do qual foi instaurado o IRDR é julgado pelo próprio órgão competente para o julgamento do incidente. Um sistema, portanto, brasileiríssimo.[9]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Contudo, a despeito da caracterização distinta do incidente, revela-se incontroversa sua maior proximidade com o sistema de "causa-modelo", pois, numa interpretação sistemática dos dispositivos do CPC (arts. 986 a 987), mostra-se crível que o legislador optou pela imprescindibilidade de ao menos uma causa pendente no Tribunal para julgamento do IRDR, sob pena de inutilizar a disposição contida no art. 978, parágrafo único, do CPC.

3. Considerações finais

Em decorrência do amplo acesso à justiça, decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário deparou-se com situação de litigiosidade em massa na sociedade contemporânea. As contendas judicializadas, mesmo que cingidas aos mesmos debates jurídicos, muitas vezes encontravam soluções divergentes, acarretando descrédito aos órgãos julgadores e desigualdade aos jurisdicionados. Construiu-se, inclusive, o conceito de "loteria judicial", que consiste na prestação jurisdicional favorável ao particular por eventualidade.

Desse modo, o IRDR surgiu no Código de Processo Civil de 2015 com o fito de conferir uniformização aos entendimentos em casos repetitivos que versem sobre a mesma questão de direito e, simultaneamente, ofereçam risco à isonomia e à segurança jurídica. Contudo, ainda que previsto expressamente no novel estatuto processual, remanescem dúvidas quanto ao procedimento do incidente.

Ante aos limites delineados no presente trabalho quanto à aludida técnica de julgamento, aparenta-se crível que o sistema adotado pelo ordenamento jurídico é *sui generis,* aproximando do sistema de "causa-modelo", pois se depreende que, ainda que o pedido de instauração do incidente possa ser feito por um juiz, a existência de ao menos um processo em segunda instância é requisito implícito do instituto, abstraído de uma interpretação sistemática dos dispositivos do CPC/15, mormente o art. 978, parágrafo único. Entretanto, entendimentos doutrinários divergentes incitam o debate sobre o tema, encontrando-se pendente manifestação jurisprudencial que resolva a controvérsia.

4. Referências Bibliográficas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. v. 39, n. 231, maio 2014

DIDIER JR.; Fredie; BUENO, Cássio Scarpinella; BASTOS, Antônio Adonias. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Revista de Processo. - São Paulo: RT, 2014, v. 227

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manuel de Direito Processual Civil: volume único. 8. ed. - Salvador: JusPodiVm, 2016

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Regimento Interno. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/regimento-interno-do-tjdft/regimentoInternoTJDFT.pdf. Acesso em 26/5/2018.

NOTA

[1]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Regimento Interno. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/regimento-interno-do-tjdft/regimentoInternoTJDFT.pdf. Acesso em 26/5/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[2] CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. v. 39, n. 231, maio 2014. p. 201-223.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manuel de Direito Processual Civil: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.415

[4] RALF-THOMAS WITTMANN. Il "contenzioso di massa" in Germania, in GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo, Milão, Giuffrè, 2008, p. 178 *apud* BRASIL. Congresso Nacional. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p.28

[5] BRASIL, Congresso Nacional. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. págs. 28-29

[6] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 576

[7] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 628

[8] DIDIER JR; Fredie; BUENO, Cássio Scarpinella; BASTOS, Antônio Adonias. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, v. 227, p. 435

[9] NEVES, op. cit., p. 1.416

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

DELAÇÃO PREMIADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MARIA GABRIELLE CELESTINO DIAS:
Graduanda do terceiro período curso de direito da UEPB .

RESUMO:O presente trabalho tem por intento a análise geral do instituto da delação premiada no contexto do Estado Democrático de Direito, mais especificamente no que diz respeito à compatibilidade ou incompatibilidade daquele instrumento de persecução penal com dogmas inerentes ao Estado configurado sob a ordem constitucional vigente. Após discussão sobre os conceitos de colaboração premiada e delação premiada, foi feito um estudo a partir do cotejo dos fundamentos desta com aspectos do devido processo legal, mais especificamente do processo penal; com a legitimidade ética de sua aplicação; com os princípios da culpabilidade e da segurança jurídica para aqueles que são indevidamente implicados em delações; assim como com a questão da suposta impunidade daqueles que recebem os benefícios previstos em lei como contrapartida pelas informações prestadas em delação.

Palavras-chave: delação premiada; Estado Democrático de Direito; persecução penal.

1. INTRODUÇÃO

É anseio de toda a sociedade ver cumpridas e efetivadas suas leis – mormente as normas penais –, no que se tem uma afirmação de seus valores e poder político firmados no ordenamento jurídico. O Estado, como detentor legítimo do *jus puniendi,* ao mesmo tempo em que é titular do direito de infligir sanções é também responsável por saciar a necessidade de justiça ínsita em sua comunidade.

A esses propósitos, dentre outros, servem o direito penal e o direito processual penal, este viabilizando a aplicação daquele, e num contexto em que se busca aliar um direito penal garantista à luz do arcabouço constitucional com uma aplicação eficaz, eficiente e efetiva em prol da solução de conflitos na seara penal, surgem diversos métodos destinados

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ao aprimoramento da persecução penal, dentre eles o instituto da colaboração premiada, acerca do qual muito se debate em sua vertente delação premiada.

Embora tenha estado em destaque recentemente, notadamente pelas grandes operações policiais que têm dominado os noticiários[1], a chamada delação premiada, espécie do gênero colaboração premiada, como será visto adiante, há tempos foi albergada pelo direito brasileiro. Atualmente, está detalhadamente prevista na Lei nº 12.850 de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova – dentre os quais a delação premiada –, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Justifica-se o exame desta temática, primeiro, devido à relevância de se debater a constitucionalidade e a legitimidade dos meios e técnicas dos quais se valem as autoridades responsáveis pela persecução criminal, passando pelo inquérito policial e pelo processo propriamente dito, seja como meio seja como fonte de aquisição de prova, já que, apesar da necessidade e do clamor pela justiça e o repúdio à impunidade, não se podem olvidar as garantias e direitos fundamentais do indiciado ou acusado. Segundo, não se pode ignorar a repercussão em todo o país que tem sido causada pelas investigações e processos referentes a diversos crimes "de colarinho branco", quase sempre relacionados a violações ao patrimônio público e à moralidade administrativa, bem como à essência democrática e republicana, pois foi nesse cenário que a utilização da delação premiada chegou ao seu auge, e nada mais natural que se tornem acendradas as discussões sobre seu uso, efeitos e eficácia.

Nesse diapasão, a questão fundamental que se busca problematizar, nesta oportunidade, é acerca da compatibilidade da delação premiada com aspectos do Estado Democrático de Direito. Como objetivos deste trabalho, buscar-se-á examinar a técnica da colaboração premiada, mais especificamente da delação, com os fins de explorar o conceito de colaboração e delação premiada e de discutir as implicações de sua aplicação no Estado de Direito que se propõe a ser democrático, observador da dignidade humana, da justiça e da cidadania e, mais do que prever, se propõe igualmente a efetivar direitos fundamentais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2. DELAÇÃO OU COLABORAÇÃO PREMIADA?

Numa visão histórica da delação premiada, há registros do manejo de técnicas similares, quiçá idênticas, já nas Ordenações Filipinas, em pelo menos dois dispositivos[2]. O primeiro, disposto no Título VI ("Do Crime de Lesa Magestade"), item 12, trata do perdão que deve ser atribuído ao participante e delator do crime de lesa majestade, desde que ele não tenha sido o principal organizador da empreitada criminosa. O segundo dispositivo cuidou da delação premiada no Livro V das Ordenações Filipinas, Título CXVI ("Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros á prisão"), cuja redação trata do perdão das penas do delator que relatar a participação de outrem com quem se associou na empreitada para crimes especificados na norma. Vale ressaltar que não deixaram de ser frequentes os exemplos, na legislação brasileira, de instrumentos em que o réu ou investigado que colaborar em alguma medida com os órgãos responsáveis pela persecução penal receberá prêmios legais correspondentes[3].

É notável a confusão feita quando do empego das expressões "delação premiada" e "colaboração premiada", por vezes empregando-se a primeira de forma indiscriminada e, portanto, atécnica. Conforme a técnica da Lei 12.850/13, na dicção do seu artigo 3º, I, o instituto previsto é a colaboração premiada, gênero do qual a delação é espécie.

A colaboração é um procedimento que se desdobra em cinco modalidades, de maneira que o investigado ou acusado – e até mesmo o condenado – pela prática de infração penal decide confessar a prática do delito e, além disso, aceita colaborar com a investigação ou com o processo fornecendo informações que irão ajudar, de forma efetiva, a) na obtenção de provas contra os demais autores dos delitos; b) na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) na prevenção de novos crimes; e d) na recuperação do produto ou proveito dos crimes ou e) na localização da vítima com integridade física preservada. É no artigo 4º da referida lei que se encontra esse detalhamento dos tipos de colaboração, e, no seu inciso I, há a previsão específica da delação premiada como espécie de colaboração na qual a cooperação do delator permite "a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O delator, em contrapartida, recebe determinados benefícios penais, quais sejam (art. 4º, caput, §4º e §5º): a) não oferecimento da denúncia, desde que a colaboração seja efetiva e voluntária, o delator não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva cooperação; b) perdão judicial, mediante representação ao juiz pelo Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia, se a colaboração prestada for muito relevante; c) redução da pena, sendo que, se a delação ocorrer antes da sentença, a pena poderá ser reduzida em até 2/3; se ocorrer após a sentença, a pena poderá ser reduzida em até metade; d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo que não estejam presentes os requisitos do art. 44 do CP; e e) progressão de regime, ainda que não tenha atingido o requisito objetivo.

Convém, ainda, atentar para a natureza jurídica da colaboração premiada como instituo geral e, consequentemente da delação premiada, sua espécie, se seria fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova. Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 950-952) ensina que a expressão fonte de prova é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova; deriva do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, ou seja, são anteriores ao processo, sendo que sua introdução no processo se dá através dos meios de prova. Esses, por sua vez, são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo, dizendo respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes. Finalmente, os meios de obtenção de prova, ou meios de investigação de prova, referem-se a certos procedimentos, em regra extraprocessuais, regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que normalmente são realizados por outras autoridades que não o juiz, tais quais os policiais; são técnicas de investigação.

Nesse sentido, a colaboração premiada – e, por consequência, a delação premiada – funciona como importante técnica especial de investigação, um meio de obtenção de prova. Por força dela, o investigado, o acusado, ou o condenado presta auxílio aos órgãos oficiais de persecução penal na obtenção de fontes materiais de prova. Como exemplo, se o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

acusado resolve colaborar com as investigações em um crime de lavagem de capitais, contribuindo para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, e se essas informações efetivamente levam à apreensão ou sequestro de tais bens, a colaboração terá funcionado como meio de obtenção de prova, e a apreensão como meio de prova apto a introduzir no processo as fontes de prova obtidas.

3. DO PROCEDIMENTO ATÉ A ASSINATURA DO ACORDO DE DELAÇÃO

O investigado, o acusado, ou o condenado, assistido por advogado, negocia o acordo de delação premiada com o Delegado de Polícia ou com o Ministério Público, não podendo o juiz participar, em hipótese alguma, das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de delação, consoante o parágrafo 6º do art. 4º da Lei 12.850/13, já que, se o magistrado interagisse nas negociações, haveria uma grave violação do sistema acusatório e um seríssimo risco de contaminação da sua imparcialidade.

É de se ressaltar que o acordo pode ser firmado na fase de investigação e na fase processual, inclusive após trânsito em julgado de sentença condenatória. Além disso, conquanto a literalidade do dispositivo supramencionado conceda ao Delegado de Polícia o poder de negociar e assinar acordo de colaboração premiada com o colaborador, uma interpretação sistemática desse dispositivo leva à conclusão de que, sendo a autoridade policial desprovida de capacidade postulatória e legitimação ativa, não se poderia admitir que um acordo por ela celebrado com o acusado venha a restringir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público.

Caso as negociações tenham êxito, as declarações do colaborador serão registradas (em meio escrito ou audiovisual) e será elaborado um termo de acordo de delação premiada, a ser assinado por todas as partes e, então, remetido ao juiz para homologação.

4. DA (IN) COMPATIBILIDADE ENTRE A DELAÇÃO PREMIADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Doravante, passa-se ao exame dos pontos controvertidos em torno da delação premiada. Serão abordados o conflito ético; a harmonização da delação com o direito ao silêncio, com os princípios da culpabilidade e da obrigatoriedade da ação penal; as supostas coerção e impunidade; e, finalmente, o problema dos inocentes implicados em delação premiada.

4.1 DO CONFLITO ÉTICO

Uma das mais corriqueiras oposições levantadas contra a delação premiada diz respeito ao suposto conflito ético que seu manejo pelo Estado implicaria. Estando a ética, de uma forma geral, na base dos preceitos normativos ao determinar implícita ou explicitamente o que não se deve fazer para que outrem não venha a sofrer danos, sendo, portanto, um ponto de convergência entre as normas e a liberdade do próximo, o Estado, ao abonar a delação, estaria indo de encontro aos padrões éticos que regem uma sociedade democrática e cidadã, uma vez que se institucionalizaria a traição.

Para Heráclito Antônio Mossin (2016, p. 29), "o que se conclui é que o Estado se aliou ao delinquente para ambos lutarem em oposição à criminalidade", já que, procurando superar a debilidade dos órgãos de combate à criminalidade, a própria incompetência do Estado em reprimir as práticas delitivas, buscou-se uma alternativa, para alguns, de legitimidade questionável, uma vez que obriga o aplicador do direito a conferir recompensa ao criminoso que denuncia seu comparsa, quer diminuindo sua pena na eventualidade de ser condenado, quer, de maneira extrema, conferindo-lhe o perdão judicial. Para o autor, é a prostituição da delinquência em que o Estado incentiva o antiético, o que, em hipótese alguma, poderia ser contemplada com premiação.

Não obstante a pertinência desses questionamentos, é preciso reconhecer o fracasso do Estado no combate à criminalidade, especialmente a organizada, em todos os aspectos, e, de modo ainda mais claro, na investigação e no processo penal, os quais compõem o caminho para que alguém seja devidamente julgado e, eventualmente submetido à reprimenda cominada em lei. Todavia, o fato de serem escancaradas essas falhas quando se recorre à utilização da delação premiada não deve obstar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

a que esse mesmo Estado se beneficie daquele meio de obtenção de provas, o que pode, inclusive, suprir muitas das defasagens da persecução penal, defasagens essas que poderiam servir para reforçar a necessidade do uso da delação premiada.

Quanto ao suposto conflito ético, inadmitir a delação com base no argumento de que o Estado estaria fomentando comportamento antiético por parte daqueles que colaboram é se permitir um nível de devaneio utópico que não se coaduna com as necessidades práticas de combate à criminalidade organizada.

Não é mais legítimo o Estado cingir-se do manto do falso moralismo, em nome de um pretenso comportamento ético quando for lidar com criminosos pertencentes a organizações milimetricamente estruturadas, do que buscar maior sucesso no deslinde do processo e das investigações por meio de um acordo previsto em lei, o qual não busca vulnerar os direitos e garantias fundamentais dos colaboradores – e nem poderia –, mas sim, em vista das limitações estatais que a experiência atesta, objetiva a concretização do direito penal por meio de sacrifícios/concessão de benefícios na medida do possível.

4.1.1 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Há quem entenda haver incompatibilidade entre garantias do devido processo legal e a delação premiada, tendo em vista que alguns dos fundamentos do processo penal estariam sendo desconsiderados.

Considerando que é pressuposto para firmação de acordo de delação premiada que o sujeito confesse sua participação no delito, fala-se em vulneração do direito a não autoincriminação, ou direito ao silêncio.

Com a atribuição de benefícios penais ao delator, a sanção penal a ele cominada será necessariamente abrandada, e, para alguns críticos, torna-se irrisória, devido a concessões demasiado generosas de vantagens penais aos delatores, o que culminaria na quebra do nexo de proporcionalidade entre o delito cometido e a pena aplicada, repassando para a sociedade uma sensação de impunidade; tudo isso numa clara

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

violação ao princípio da culpabilidade ou proporcionalidade da pena à gravidade do delito.

> Sem nenhuma censura, em determinadas situações na "Lava-Jato", o sentimento que se tem é que determinadas vantagens conferidas a delatores geram a sensação de impunidade, dando a entender que o mais importante, o mais relevante, é o conseguimento de todos os nomes que se encontram na linha de propina, bem como na possível recuperação dos valores desviados daquela estatal [Petrobras], que, quando muito, deveriam unicamente servir para efeito de quantificação da sanctio legis, pouco importando sobre o nível de punição que merece o 'dedo duro'. (MOSSIN, 2016, p. 242)

Além disso, argui-se a possibilidade de a delação premiada ser usada como ferramenta de coerção do investigado/acusado, uma vez que ele estaria sob constante pressão para cooperar com o deslinde da persecução penal, sob pena de um "recrudescimento da pena", por exemplo, ou movido pela "visão de liberdade iminente" em decorrência da delação, de modo especial quando o delator em potencial se encontra em prisão provisória[4].

Argumenta-se, também, que o papel constitucional do acusador – o Ministério Público – estaria sendo desvirtuado, já que é possível até mesmo o não oferecimento da denúncia, o que estaria em desacordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Desse modo, seria de constitucionalidade duvidável o § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13, que prevê a possibilidade do não oferecimento da denúncia.

Pois bem. De fato, nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito de silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (§ 14 do art. 4º da Lei 12.850/13). Contudo, essa é uma decisão livre e consciente do réu/investigado, uma vez que ele não é obrigado a colaborar e, consequentemente, a abrir mão do seu direito ao silêncio, direito esse que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

não é indisponível dentro do processo penal pátrio, já que em outras situações o réu também pode decidir dele dispor, como na confissão, por exemplo. Quanto à suposta violação do princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do delito, segundo Frederico Valdez Pereira (2003, p. 330), o aspecto limitador daquele se destina, fundamentalmente, a impedir a aplicação da pena para além da responsabilidade pessoal do acusado, de maneira que mesmo as exigências da função preventiva da sanção, que poderiam ensejar utilização da pena com alto rigor excessivo, estarão sempre limitadas à concreta culpabilidade manifestada no fato praticado pelo agente.

Assim, não se pode falar em ofensa àquele princípio, já que a culpabilidade visa a evitar a exacerbação e não o abrandamento da pena, e os benefícios legais da delação premiada são condições para o alcance de maiores proveitos para a persecução penal, os quais dificilmente seriam galgados sem a sua utilização, cenário em que a impunidade, de fato, teria mais probabilidade de imperar. Quanto à concessão demasiado generosa de benefícios ao colaborador, conquanto, infelizmente, se verifique na realidade, resta-nos buscar guarida no bom senso do magistrado responsável pela homologação do acordo de delação premiada, oportunidade em que pode ser exercido o controle sobre eventuais desproporcionalidades ou excessos do Ministério Público, tudo para que não reste indevidamente maculado um instrumento de considerável relevância para a atividade persecutória do Estado.

De igual modo, o mau uso da delação premiada, como forma de coerção do acusado/investigado, em especial quando este se encontra em prisão provisória, no intuito de obter delação a todo custo, tornando-a um fim em si mesma, chegando-se ao ponto de todos ou quase todos os investigados/acusados em uma mesma ocasião firmarem acordo, sem que disso possa restar, obviamente, maiores vantagens para o Estado, deve ser uma utilização combatida veementemente, nos moldes e pelos motivos anteriormente expostos. De se observar que essa forma de desvirtuamento da delação não deve bastar para que ela seja incompatibilizada com o Estado Democrático de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

No que se refere ao argumento da ofensa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, trata-se de um caso muito específico em que o Ministério Público pode deixar de oferecer denúncia, considerando que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração. Leva-se em conta o proveito angariado pelo Estado, que deve ser máximo e inatingível de outro modo, assim como o incentivo para a prestação de uma delação com a maior efetividade possível; além de tudo, inexiste prejuízo à coletividade pela ausência da denúncia. É um juízo de razoabilidade e proporcionalidade realizado pelo legislador, que, em uma interpretação teleológica e sistemática, não ofende à Constituição.

4.1.1.1 OS INOCENTES

Outra controvérsia levantada é a questão dos inocentes. Alerta-se para o fato de que a expectativa de ganho de benefício com impacto atenuador relevante na sanção penal, assim como a possibilidade de ocorrência do inverso, caso não seja firmado acordo de delação, ou firmado, seja inócuo, podem ser motivadores que levem o delator a professar declarações falsas, cujo teor implique pessoas inocentes, alheias à investigação ou ao processo, causando, assim, transtornos não só ao terceiro prejudicado, como à administração da justiça, em um claro impacto negativo na segurança jurídica, uma vez que tudo isso desaguaria, inexoravelmente, no surgimento de graves erros judiciários. No exemplo da Operação Lava-Jato é observado que

> As recompensas distribuídas nos processos da "Lava-Jato" têm sido muito generosas, podendo, indubitavelmente, servir de instrumento, de motivo, de incentivo para que o delator implique criminalmente pessoa inocente, ou que não tenha uma responsabilidade criminal no importe posto na delação ou que venha atender o interesse particular de quem a provoca. O que pode bastar para o cooperador é unicamente o prêmio que será por ele recebido, o que por sinal, é o primeiro móvel, o primeiro tom de provocação a ele dirigido, para que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> ele delate outras pessoas, muitas vezes que não tenham nenhum liame, nenhuma ligação com o empreendimento delituoso. (MOSSIN, 2016, pág. 239)

Conquanto a reverberação negativa da delação premiada na vida dos inocentes implicados, seja uma crítica mais do que relevante, deve-se enfatizar que não basta a simples declaração do delator para que um terceiro seja afetado, já que a Lei 12.850/13 fala em colaboração efetiva, ou seja, as informações prestadas devem levar os órgãos estatais a alcançar os resultados elencados em seu art. 4º. Além disso, o art. 19 da lei supramencionada, criminaliza a falsa imputação, sob pretexto de colaboração com a Justiça, da prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas, com pena de reclusão, de 1 a 4 anos, e multa.

Desse modo, ao ensejar a responsabilização criminal do delator, há um desencorajamento daquele tipo de atitude, e uma preocupação do legislador com os inocentes que sejam vítimas de delações inverídicas. Dispõe, ainda, o parágrafo 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 que nenhuma condenação será proferida com base, exclusivamente, nas palavras do delator. Assim, a prolação de uma sentença condenatória jamais deixará de se respaldar em provas, restando ineficaz, para efeito de condenação, as informações prestadas pelo delator que não estejam em consonância com as demais provas dos autos.

Não deixa de ser uma questão que merece análise mais detida, eis que ao firmar o acordo de delação, de certa forma o delator tem a possibilidade de direcionar o curso das investigações e até do processo, podendo, além de causar transtornos a terceiros alheios aos crimes investigados, acarretar dispêndio desnecessário de recursos e falhas ainda maiores no combate ao crime organizado. Entretanto, é um risco a que está sujeito o Estado, ao visar à otimização da persecução penal por meio da delação de corréus e investigados. Nesse sentido

> (...) parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar coautores e partícipes. No universo de seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por *leis* esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais. (Nucci, 2008, p. 418)

5. CONCLUSÃO

Após a discussão do tema, limitada pelos fins a que se propõe este trabalho, conclui-se que a delação premiada, nos termos da Lei 12.850/13, é uma espécie de colaboração com a justiça em troca de determinados benefícios legais. Consiste num meio de obtenção de provas, e formaliza-se por meio de acordo, sujeito à posterior homologação judicial, firmado na fase de investigação ou na fase processual, ou, ainda, na fase de execução penal, sendo imperativo que o investigado/réu, de forma voluntária e efetiva, preste informações que permitam às autoridades, especificamente, a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas.

Quanto às controvérsias que circundam o instituto da delação premiada, há vozes no sentido de que, ao admitir a delação premiada, o Estado Democrático de Direito estaria declarando sua incompetência em matéria de persecução penal e combate ao crime, ao mesmo tempo em que criaria uma contradição ética inaceitável, ao se aliar ao criminoso, premiando-o em troca de sua traição para com seus comparsas. Ocorre que, a falência das instituições estatais no desempenho de suas atribuições não é empecilho ao emprego da delação premiada, mas sim uma razão a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

mais para que esse instrumento seja aproveitado na persecução penal; de igual modo, não é de proveito algum que o Estado se reserve a um pretenso moralismo em face de um acordo legal com benefícios para ambas as partes, sem o qual o combate ao crime organizado perderia ainda mais chance de êxito.

Sustenta-se, também, a violação do princípio da não autoincriminação, do princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do delito e do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Entretanto, não há violação àquelas normas, vez que a) não há obrigatoriedade de pactuação de acordo de delação premiada, de maneira que é o investigado/réu quem decide se, consequentemente, abrirá mão de seu direito ao silêncio ou não; b) não se verifica desproporcionalidade entre a pena e a gravidade do delito, já que o objetivo do princípio é coibir os excessos do poder punitivo estatal, e não impedir o abrandamento das sanções, além do fato atenuador de o delator contribuir com a persecução; c) não ocorre, outrossim, ofensa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, já que se trata de um caso muito específico em que o Ministério Público, em vista da razoabilidade e não havendo prejuízo à coletividade – pelo contrário –, nos termos da lei, pode deixar de oferecer denúncia contra delator.

Outra crítica contumaz é a de que a delação premiada transmite à sociedade a sensação de impunidade, devido à concessão de benefícios legais a delinquentes, por vezes demasiado generosos. Contudo, deve-se ter em mente que o Estado abre mão de parte de seu poder punitivo visando a uma maior eficiência no combate ao crime organizado, área de notável defasagem estrutural. Nesse diapasão, têm-se mais vantagens ao se conceder alguns benefícios aos colaboradores, e assim otimizar a atividades de persecução penal, do que dispensar a delação em nome do recrudescimento das reprimendas penais.

Argui-se, também, a possibilidade de sérios transtornos em termos de segurança jurídica e violação à esfera jurídica de outrem, no caso de delações inverídicas, cujo intento é apenas a obtenção dos prêmios legais, mas sem contrapartida efetiva, assim como o uso coercitivo da delação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

premiada, em especial quando o investigado/acusado está submetido à prisão provisória.

Em relação à implicação de pessoas inocentes em delações inverídicas, a própria Lei 12.850/13 tipifica tal conduta como crime, punível com reclusão, além disso, caso a delação se baseie em inverdades, o delator não alcançará os prêmios legais. No tocante ao emprego da delação premiada como forma de coerção e a concessão de benefícios desproporcionais, conquanto sejam práticas inadmissíveis, são desvirtuamentos do instituto que não fazem parte de sua essência, e, portanto, não podem ser usados para combatê-lo. O que deve ser feito é a coibição de tais arbitrariedades, notadamente quando da homologação judicial do acordo de delação premiada.

Não se pode ignorar o potencial da delação premiada em termos de aprimoramento da persecução penal, notadamente pela deficiência estatal no combate ao crime organizado. Por tudo o que foi exposto, não há que se falar em deturpação do Estado Democrático de Direito num mecanismo de obtenção de provas, cujo escopo é esfacelar organizações marginais, essas sim responsáveis por ferir de morte o arcabouço programático de direitos característico da Constituição de 1988, de um modo ainda mais repugnante as organizações criminosas infiltradas nos Poderes estatais, responsáveis pela violação do pacto democrático.

6. REFERÊNCIAS

LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

_____. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSI, Júlio César O. G. . **Delação Premiada – Aspectos Jurídicos**. 2ª edição. São Paulo: J. H. MIZUNO, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. São Paulo: RT, 2008.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Delação Premiada**. Revista dos Tribunais, vol. 929, São Paulo, mar. 2013.

http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delacaona-lava-jato-ja-reduz-penas-em-326-anos,10000063321. Acesso em 24/01/2018, às 22:30.

http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1153.htm. Acesso em 18/01/2018, às 21:00.

http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1272.htm. Acesso em 18/01/2018, às 20:00.

NOTAS:

[1]. A principal referência das mencionadas operações policiais é a denominada Operação Lava-Jato, concebida no âmbito da Polícia Federal e do Ministério Público Federal de Curitiba-PR, e desenvolvida, inicialmente, perante a Justiça Federal daquela cidade, desde 2014. Após a adoção em larga escala da delação premiada como meio de obtenção de provas, a operação, que possuía como foco inicial esquemas de lavagem de dinheiro envolvendo operadores de câmbio, desdobrou-se em diversas outras investigações, alcançando, especialmente, um largo esquema de corrupção envolvendo o superfaturamento de contratos da Petrobras. Vide <http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html>.

[2]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1153.htm e http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1272.htm>

[3]. Podemos citar algumas previsões embrionárias de colaboração premiada em diversos dispositivos legais pátrios esparsos, tais quais:

•Código Penal: desistência voluntária (art. 15); arrependimento eficaz (art. 16); a atenuante genérica decorrente de ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (art. 65, III, d); e, no crime de extorsão mediante sequestro, quando cometido em concurso, se o concorrente o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços (159, § 4º).

• Crimes contra o Sistema Financeiro: Lei 7.492/86 - o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços (art. 25, § 2º).

• Lei dos Crimes Hediondos: Lei 8.072/90 - o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços (art. 8º, parágrafo único).

• Lei de Drogas: Lei 11.343/2006 - o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços (art. 41).

[4]. Tem-se notícia de críticas à Lava-Jato pela suposta utilização de prisão provisória para forçar a delação premiada. Em entrevista ao Estadão, o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, atualmente advogado, Gilson Dipp, critica que "acabou por ser a única forma de obtenção de provas, a partir de prisões preventivas ou temporárias atemporais". Portal Estadão. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delacaona-lava-jato-ja-reduz-penas-em-326-anos,10000063321>

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

RESSARCIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS ATRAVÉS DA ESCRITURAÇÃO FISCAL

ADRIANA SILVA DÁCIA: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis/SP.

ADAUTO DE OLIVEIRA

(Orientador)

RESUMO: Trata-se de artigo científico com o objetivo primordial de expor o instituto do ressarcimento da substituição tributária do ICMS, por meio da conceituação, finalidade e devida aplicação do tema dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, demonstra o método mais utilizado atualmente para o ressarcimento, sendo este por meio da compensação escritural, na qual os valores são lançados por homologação e não exige há necessidade da aprovação do fisco, limitando-se apenas ao regime de apuração lucro real ou lucro presumido. No mais, apresenta as novas alterações trazidas pela portaria CAT nº42/2018, que garantiu maior segurança jurídica ao fisco e ao contribuinte, além de abranger outros regimes de apuração e outras modalidades além da compensação possibilitando transferência.

Palavras-chave: Substituição Tributária, Ressarcimento, Compensação, Regime de Apuração;

ABSTRACT: It is a scientific article with the primary objective of exposing the institute of reimbursement of ICMS tax substitution, through the conceptualization, purpose and due application of the subject within the Brazilian legal system. In addition, it demonstrates the most commonly used method for reimbursement, which is through book-entry compensation, in which the amounts are released by homologation and do not require the approval of the tax authorities, being limited only to the real profit or profit calculation regime presumed. In addition, it presents the new changes brought by Administrative Rule no. 42/2018, which ensured greater legal certainty for the tax authorities and the taxpayer, in addition to covering

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

other taxation regimes and other modalities besides compensation allowing transfer.

Keywords: Tax Replacement, Reimbursement, Compensation, Determination Regime;

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar e esclarecer o contribuinte quanto aos seus direitos, tendo vista que a substituição tributária é aplicada em diversas situações, na qual o contribuinte realiza o recolhimento de forma antecipada e por fatores diversos não se concretiza o fato gerador do ICMS, qual seja a circulação da mercadoria.

O primeiro tópico deste trabalho disserta sobre o ICMS, conceituando-o de forma técnica e demonstrando sua finalidade, aplicação e forma pela qual é solicitado pelo Estado.

Para tanto, posteriormente é apresentado as modalidades da substituição tributária e explicado o referido instituto, sendo a substituição progressiva a ora em discussão neste artigo cientifico.

Ademais, faz uma abordagem quanto ao ressarcimento do ICMS, através da escrituração fiscal, seu procedimento e as possibilidades autorizadas pela lei de serem realizadas, sendo a mais comum a compensação, que até então só pode ser aplicada em alguns regimes de apuração anual.

Ainda, apresenta as mudanças na legislação com a Portaria CAT nº42/2018, que de forma mais abrangente, garantiu maior segurança jurídica e possibilitou a utilização de créditos, em outras modalidades além da compensação, admitindo a transferência.

Por fim, será possível verificar que as novas medidas adotadas facilitam a recuperação do credito pelas empresas e asseguram ao fisco uma facilidade na ora de confrontar as informações apresentadas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SOBRE O ICMS

Primeiramente, antes de adentrarmos no tema primordial, devemos saber claramente o que é o ICMS, ou seja, **Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação**, e é um imposto oriundo do Brasil que advém a propósito de a circulação de produtos e mercadorias de forma unânime.

A finalidade do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações) é somente averiguar e fiscalizar, e o fundamental fator gerador são a circulação de mercadoria e produtos, levando em conta as que estreiam no exterior. O ICMS incide em distintos sujeitos de ocupações e serviços, assim como: transporte intermunicipal, telecomunicação, e interestadual, entrada e prestação de serviços, e etc.

Ademais, o ICMS implica na circulação de produtos e mercadorias como cosméticos, bebidas e alimentos, eletrodomésticos dentre outros.

A requisição do ICMS é de encargo de cada estado do Brasil, pois eles necessitam estabelecer importâncias de pecúnia já tabeladas para os produtos e as mercadorias.

O ICMS é codificado através da Constituição com a Lei Complementar 87/1996 (conhecida por Lei Kandir), compondo a modificação porvindoura das leis 92/97, 99/99 e 102/2000.

Aglomeradas as fases de movimentação de mercadorias e em toda cota de serviço que se submetem ao ICMS, carecendo do envio da nota fiscal (que é de suma importância). Pode-se destacar também que em outros estados, o ICMS possui uma valiosa mina de recursos financeiros.

Esse imposto não influencia sobre nenhum tipo de intervenção com jornais, livros, ou até mesmo as que se destinem ao exterior dos produtos, intervenções concernentes ao petróleo e a energia elétrica, operações com ouro, operações de além do arrendamento mercantil.

DA MODALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS

No que concerne a substituição tributária, é possível afirmar que trata-se de um método de arrecadação criado pelo governo, na qual é atribuído a uma terceira pessoa que não tem relação pessoal e direta com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

fato gerador, a obrigação do pagamento do tributo, sendo que o dever nasce na figura do contribuinte e é transferido, após a ocorrência do FG ao responsável tributário.

Igualmente conclui Sabbag:

> *Quando a lei determina que o responsável (substituto) ocupe o lugar do contribuinte (substituído), desde a ocorrência do fato gerador, de tal sorte que, desde o nascimento da obrigação tributária, aquele – o responsável – já é o sujeito passivo. Assim, "o* ***contribuinte é logo esquecido, não sendo ele nem sequer indicado sujeito passivo, pois o legislador já o 'substitui' pelo responsável****". (...) Vale destacar, ainda, que "o* ***substituto legal tributário tem não só a responsabilidade pela obrigação principal, como também pelas acessórias****, incumbindo-lhe praticar todos os deveres instrumentais do Fisco" (SABBAG, 2013, p. 710).*

Tal instituto tem o intuito de facilitar a arrecadação pelo fisco, de forma a procurar impedir uma evasão fiscal, e evitar uma dupla tributação.

O referido instituto, a Substituição Tributária, pode ser realizada de diversas formas, sendo importante citar neste artigo a substituição tributária regressiva, (para trás) e a progressiva (para frente).

Sendo que a Substituição tributária regressiva, nada mais que é que o adiamento do recolhimento do tributo com relação ao momento pretérito em que ocorreu o FG.

Enquanto a substituição progressiva, possui previsão Constitucional no art. 150, §7º da CF, e se caracteriza pela antecipação do recolhimento do tributo cujo fato gerador ocorrerá em momento posterior, ou seja, cobra-se o tributo na origem antes que o fato gerador ocorra.

> *Art. 150 § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

*pelo pagamento de **imposto ou contribuição**, cujo **fato gerador deva ocorrer posteriormente**, assegurada a imediata e preferencial **restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador** presumido.*

Ademais, resta necessário definir ainda, a figura do contribuinte substituto e do contribuinte substituído, sendo o primeiro, aquele que possui a atribuição de fazer a retenção ou o recolhimento do ICMS em qualquer operação, quanto ao substituído é o que recebe o produto com a carga tributária referente ao ICMS, devidamente paga, ficando dispensado de tal recolhimento para que não ocorra a bitributação.

DO RESSARCIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS ATRAVES DA ESCRITURAÇÃO FISCAL

O Fisco Estadual Paulista vem utilizando a substituição tributária que é abarcada pela nossa Carta Magna (artigo Art. 150 § 7º), como meio de tornar mais simples e melhorar a fiscalização, o que culmina em maior eficácia da arrecadação do ICMS.

O ICMS é um imposto que incide nas várias etapas da produção e da comercialização das mercadorias, que resulta na venda da mercadoria para o consumidor final.

Há incidência se dá de modo não cumulativo, sendo que o contribuinte deve recolher ao Fisco o imposto calculado sobre o valor da venda, porém, deduzido daquilo que já foi pago a título de ICMS na operação anterior.

No caso da substituição tributária a lei determina que a responsabilidade pela retenção e pagamento do ICMS devido nas operações seguintes seja recolhido antecipadamente pela contribuinte substituto.

Para melhor visualização pratica imaginamos que o acontece na verdade é o imposto retido na fonte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Assim o recolhimento antecipado do tributo é chamado de substituição tributária "antecipada" ou substituição tributária "pra frente".

O recolhimento antecipado é uma presunção natural de que o fato gerador do tributo irá ocorrer com a chegada do produto ao consumidor final paulista.

O valor recolhido antecipadamente é calculado com base no MVA ou IVA, que é um percentual que será adicionado ao valor do produto na hora de gerar a base de cálculo do ICMS por Substituição tributária.

Porém pode ser que essa presunção não ocorra, pois o produto pode não chegar até o consumidor final paulista como previsto, assim temos a chamada quebra da substituição tributária.

As hipóteses de quebra da substituição tributária são:

Quando o produto é vendido para outro Estado, e não para o Estado de São Paulo;

Quando vender produto com isenção ou não incidência de Imposto;

Quando não se efetuar a venda (Exemplo: Roubo, Furto, incêndio, data de validade expirada, produto impróprio para o consumo;

E quando o valor do imposto retido for maior, que a base de cálculo efetiva da operação (produto vencido com base de cálculo inferior a presumida).

Tem direito à restituição da substituição tributária do ICMS, o contribuinte substituído, ou seja, aquele que recebeu o imposto já recolhido, quando ocorrer à quebra da Substituição Tributária.

O artigo 270 da RICMS/2000, traz em seus bojos as modalidades de ressarcimento que são permitidas:

Compensação escritural mediante lançamento no livro de apuração;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Nota fiscal de ressarcimento para o substituído, previamente visada pelo fisco;

Pedido de ressarcimento à Secretaria da Fazenda (o valor do imposto a ser ressarcido poderá ser utilizado para liquidação de debito fiscal).

O método de ressarcimento mais utilizado nos dias atuais é o que se dá pela compensação escritural mediante lançamento no livro de apuração, ou seja, o ressarcimento é realizado na Escrituração Fiscal Digital da Empresa (Sped Fiscal), abatendo-se no recolhimento do Imposto na própria GIA, lançado no campo outros créditos.

É um procedimento simples, que está descrito na Portaria CAT 17/99 e 158/15, pois para formalizar o ressarcimento não precisa protocolizar um pedido junto ao Fisco, e nem mesmo depende de uma autorização, como o própria SEFAZ frisou em resposta à consulta tributária 10393/2016, que diz:

> *Ementa: ICMS – Substituição tributária – Ressarcimento – Saída de mercadoria recebida com o imposto retido e destinada a estabelecimento situado em outro Estado – Direito ao crédito do imposto relativo à operação anterior. I.O estabelecimento de contribuinte substituído paulista que tiver recebido mercadoria com retenção do imposto, em razão da aplicação do regime da substituição tributária, poderá ressarcir-se do valor do imposto retido ou da parcela do imposto retido em favor deste Estado, referente à operação subsequente, quando promover saída para estabelecimento de contribuinte situado em outro Estado. II.O ressarcimento na modalidade da compensação escritural não requer autorização prévia do fisco paulista, mas deve observar a disciplina específica estabelecida pela Secretaria da Fazenda (Portaria CAT-17/1999). A partir de 01-01-2016, poderão ser adotados os procedimentos da*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *Portaria CAT 158/2015, sendo que estes novos procedimentos possibilitam o cumprimento de uma obrigação acessória mais simplificada e mais célere ao contribuinte. III. O pedido de ressarcimento do imposto retido, nas hipóteses previstas na legislação, não impedirá o aproveitamento do crédito pelo contribuinte substituído do imposto incidente sobre a operação de saída promovida pelo sujeito passivo por substituição, desde que esse crédito seja admitido pela legislação do imposto, também não sendo necessário pedido prévio direcionado ao fisco paulista.*

Como o ressarcimento é na modalidade de lançamento por homologação não há necessidade de prévio exame pela autoridade administrativa.

Mas para que o procedimento possa ser feito pela escrituração fiscal, só é possível realizar esse procedimento nas empresas que são contempladas pelo Regime Periódico de Apuração, ou seja Lucro Real e Lucro presumido.

DA PORTARIA CAT 42/18 E DO E-RESSARCIMENTO

A efetivação do novo modelo normatizado descrito na Portaria CAT nº42/2018, publicada na data de 22 de maio de 2018, assegura maior segurança jurídica aos contribuintes no processo de ressarcimento, aumentando também a eficiência do Fisco no controle das informações prestadas.

A inovação trazida pela CAT42/18, contempla os contribuintes substituídos do Regime Periódico de Apuração (RPA) como também contempla os optantes pelo Simples Nacional.

A partir de agora o contribuinte envia as informações para um pré-validador, que irá avaliar a consistência e o leiaute dos arquivos digitais e este verificará a estrutura lógica das informações enviadas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Essa primeira etapa ainda permite caso houver algum erro de preenchimento, que o contribuinte faça a devida correção antes do encaminhamento do arquivo.

Concluída a pré-validação, o arquivo digital deve ser enviado por Transmissão Eletrônica de Documentos (TED) para a SEFAZ, onde passará pelo pós-validador.

Nesta etapa serão verificados, a integridade dos lançamentos, a consistência dos dados, os valores declarados e a existência de informações em duplicidade ou com o mesmo período de referência.

A nova sistemática permitirá que em até 24 horas o contribuinte receba (via Domicílio Eletrônico do Contribuinte), um código eletrônico comprovando o acolhimento do arquivo, podendo imediatamente lançar o valor do ressarcimento como crédito em sua apuração mensal, dando uma agilidade ao procedimento.

Outra novidade já disciplinada na Portaria é o Sistema Eletrônico de Gerenciamento do Ressarcimento (o E-Ressarcimento), que entrará em vigor no próximo ano (2019), e permitirá a consulta à conta corrente de controle de ressarcimento.

No E-Ressarcimento será possível utilizar os créditos, nas modalidades de compensação, transferência para o contribuinte substituto fornecedor ou não, ou liquidação de débito fiscal.

CONCLUSÃO

A adoção pelo Fisco Estadual Paulista dos novos modelos de arrecadação e devolução dos valores pagos quando o fato gerador anteriormente presumido não acontecer no caso de imposto retido por sujeição passiva por substituição tributária ou pago por antecipação, como dispõe as CATS 17/99, 158/15 e 42/18, proporciona maior segurança jurídica ao próprio fisco e aos contribuintes, ao passo que o mecanismo de arrecadação e devolução são feitos com agilidade e eficiência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O ressarcimento na modalidade de compensação escritural mediante lançamento no livro de apuração é muito frutífero às empresas, pois estas não dependem de autorização do Fisco para que o mesmo seja realizado.

Dentre as possibilidades podem abater-se no recolhimento do imposto na própria GIA (Guia de Informação e Apuração do ICMS), lançado o ressarcimento no campo outros créditos.

Fazendo o Fisco a verificação da integridade dos lançamentos, a consistência dos dados, os valores declarados, a segurança jurídica está abarcada.

Assim podemos concluir que essas medidas adotadas facilitam as empresas utilizar-se dos créditos advindos do ressarcimento através da compensação, transferência para o contribuinte substituto (fornecedor ou não), ou liquidação de débito fiscal, com total segurança e sem burocracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARRETO, Ayres. Curso de Direito Tributário Municipal. Saraiva, 2009.

Paulo Ayres. Contribuições: Regime Jurídico, Destinação e Controle. São Paulo, Noeses, 2006.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Paulo Ayres. O imposto sobre a renda e os preços de transferência. São Paulo: Dialética, 2001.

BOTALLO, Eduardo de Domingos. Fundamentos do IPI. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:. Acesso em: 24.05. 2018.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em:. Acesso em: 24.05. 2018.

_____. Lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Diário Oficial da União, Brasília, 16 set. 1996. Disponível em:. Acesso em: 24.05. 2018.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em:. Acesso em: 24.05. 2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS, Malheiros, 2009.

_____. Roque Antônio. Imposto sobre a Renda. Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTARDO, Hamilton Fernando, Dicionário Jurídico-tributário, Editora Millennium, 2006.

_____. Hamilton Fernando, Processo Administrativo Fiscal (PAF) – 8ª Edição.2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

COSTA, Alcides Jorge. ICM na Constituição e na Lei Complementar. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002.São Paulo: Noeses, 2009.

GRECO, Marco Aurélio – Contribuições (uma figura "sui generis"). São Paulo: Dialética Editora, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 32ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sistema tributário na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado da Fazenda. Orientação tributária DOLT/SUTRI nº 001/2007: do regime de Substituição Tributária. Belo Horizonte: SEF, 2007. Disponível em:. Acesso em: 28 mar. 2014.

_____. Secretaria de Estado da Fazenda. RICMS/2002: Anexo XV - 2/11. Belo Horizonte: SEF, 2002. Disponível em:. Acesso em: 28 mar. 2014.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2006, p. 101-132.

PAULSEN, Leandro, MELO, José Eduardo Soares de, PAULSEN, Leandro. Impostos Federais, Estaduais e Municipais. Livraria do Advogado, 6ª edição, 2011.

_____. Leandro, Constituição e Código Tributário. Livraria do Advogado, 13ª edição, 2011.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico.São Paulo: Saraiva, 2008

TORRES, Ricardo Lobo. Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário. 3ª Ed. Rio de Janeiro: 2000

https://www.sitecontabil.com.br/noticias/artigo.php?id=979<Acesso>em 25/05/2018.

https://asseinfo.com.br/blog/contribuinte-substituto-substituido/<Acesso>em 25/05/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MECANISMO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

NILTON JOSÉ PEREIRA DE SOUZA: Bacharelando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

CRISTIANE DORST MEZZAROBA

(Orientador)[1]

RESUMO: Neste artigo, investiga-se a aplicabilidade e efetividade do instituto da colaboração premiada como mecanismo de combate a corrupção, bem como o confronto com os aspectos éticos e polêmicos que envolvem a temática. Analisa-se, especialmente, conceitos doutrinários e aplicações jurisprudenciais acerca da colaboração premiada, aspectos positivos e negativos apontados pela comunidade acadêmica sobre a utilização do instituto e a evolução do mesmo no decorrer da história. Utiliza-se a abordagem lógico-dedutiva tendo como referencial teórico a doutrina nacional especializada em direito processual penal e direito penal, além dos entendimentos jurisprudenciais pátrios. Os resultados da pesquisa mostram que a utilização do instituto da colaboração premiada como meio de prova revela-se fundamental para desvendar e punir os culpados por crimes de corrupção em quaisquer de suas modalidades, uma vez que muitos dos grupos criminosos só são efetivamente encontrados após os próprios membros dos esquemas criminosos contribuírem para as investigações criminais. Dessa maneira a efetividade das reprimendas do direito penal quanto aos crimes de corrupção, serão mais eficientes pela adequada aplicação da colaboração premiada no trâmite processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Crime organizado; Colaboração Premiada; Ética.

ABSTRACT: In this article, we investigate the applicability and effectiveness of the institute of the collaboration awarded as a mechanism to combat corruption, as well as the confrontation with the ethical and controversial aspects that surround the theme. It analyzes, especially, doctrinal concepts and jurisprudential applications about the awarded collaboration, positive and negative aspects pointed out by the academic community about the

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

use of the institute and the evolution of the same throughout the history. The logic-deductive approach is used, having as theoretical reference the national doctrine specialized in criminal procedural law and criminal law, in addition to the jurisprudential understandings of the country. The research results show that the use of the award-winning collaboration institute as a means of proof is fundamental to uncovering and punishing those guilty of corruption in any of its modalities, since many of the criminal groups are only effectively found after members of criminal schemes contribute to criminal investigations. In this way, the effectiveness of reprimand of criminal law regarding corruption crimes will be more efficient by the proper application of the collaboration awarded in the process of criminal proceedings.

KEYWORDS: Organized crime; Prize Collaboration; ethic.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL; 2.1. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA; 3 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA E O CONFLITO COM A ÉTICA; 3.1 PRINCIPAIS APLICAÇÕES E CONCEPÇÕES POLÊMICAS A RESPEITO DA COLABORAÇÃO PREMIADA; 3.1.1 Aplicabilidade e avanços necessários ao instituto da colaboração premiada; 4. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea é inegável e imprescindível a necessidade de punição e atenção para as práticas delituosas na seara da corrupção. Os constantes escândalos revelam o quanto a corrupção está enraizada na administração pública e se irradia para todos os lados. Cada vez mais se torna difícil coibir e até mesmo punir tais condutas por se tratar verdadeiramente de organizações criminosas especializadas em maquiar o crime.

A partir dessa premissa, o Estado por meio do processo legislativo, tem cada vez mais procurado elaborar mecanismos de controle e combate a corrupção. Dentre eles está o instituto da colaboração premiada, que na prática tem contribuído para desvendar e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

punir diversos crimes de corrupção no Brasil, justamente por conceder "prêmio" àquele que contribui na produção de novas provas e auxilia nas investigações.

É de fundamental importância o estudo do instituto da colaboração premiada, suas nuances e procedimentos, e a partir disso, apresentar uma análise crítica de sua contribuição na diminuição da prática de atos de corrupção, e não somente isso, mas também na punição daqueles que se acham imunes ao poder punitivo do Estado.

A pesquisa tem como tema central o Instituto da Colaboração Premiada que vem ganhando destaque em todas as mídias e redes sociais, uma vez que tem sido por meio desse instrumento que diversos crimes de corrupção têm sido desvendados e punidos no Brasil nos últimos tempos.

Assim este estudo pode contribuir para uma análise crítica sobre a real efetividade do instituto da colaboração premiada e sua aplicação nos casos de crimes de corrupção. Passar não somente pelos conceitos do instituto da colaboração premiada, mas também da ideia de corrupção e da efetividade nos procedimentos adotados quando da produção das provas no processo penal.

Os principais objetivos perquiridos com a exposição científica deste estudo são apresentar o conceito, natureza jurídica e um breve histórico evolutivo da colaboração premiada no Brasil e, suas modificações e utilização durante a história, bem como elucidar os aspectos positivos e negativos da utilização do instituto e o caráter ético e concepções polêmicas inerentes ao procedimento.

Diante disso o método utilizado foi o lógico-dedutivo, fundamentado em dados da doutrina, artigos jurídicos e científicos, jurisprudência dos tribunais, além de outros documentos disponibilizados através do meio virtual. Assim o objetivo final é a formação de uma premissa lógica sobre a efetividade do instituto da colaboração premiada no combate a corrupção em todas as suas formas.

Em um primeiro momento, será realizada uma abordagem bibliográfica tendo por base principalmente os doutrinadores Cezar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Roberto Bitencourt, Luiz Flávio Nicolitt, David Teixeira de Azevedo para que, partindo dos conceitos teóricos apresentados pela doutrina nacional, com apoio no entendimento jurisprudencial e produção científica acadêmica seja constatada a aplicação e efetividade do instituto da colaboração premiada, como procedimento do direito processual penal.

Além da introdução, considerações finais e referências, este artigo está organizado em três principais seções. Na primeira, denominada instituto da colaboração premiada no Brasil, abordar-se-á o conceito e a natureza jurídica da colaboração premiada. A segunda, intitulada de aspectos positivos e negativos da colaboração premiada e o conflito com a ética, apresenta-se as principais características positivas e negativas do instituto e as implicações éticas de sua utilização. Finalmente, na terceira seção, apresentar-se-á as principais aplicações e concepções polêmicas a respeito da colaboração premiada.

2 INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

O instituto da colaboração premiada tem previsão legal em várias normas penais, inclusive no Código Penal Brasileiro, quanto também em legislação esparsa. Há muito que se debater em relação à aplicabilidade, eficiência e até a constitucionalidade do instituto, uma vez que, como pelo contrato social foi concedido ao Estado o poder/dever de punição, de certa maneira premiar um criminoso que entregar o outro comparsa ou o esquema criminoso, com a respectiva redução de sua pena, ou ainda isenção, estaria supostamente incitando a imoralidade e a traição premiada, o que não poderia ser admitido pelo ente detentor de todos os meios para reprimir tais ações. E ainda que supostamente violaria o devido processo legal e a indisponibilidade da jurisdição.

No Brasil o instituto da colaboração premiada, importado do direito estrangeiro, teve sua previsão legal primeiramente na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que em seu artigo 8º, parágrafo único, prevê que "O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços." (BRASIL, 1990).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Além da previsão legal para os crimes hediondos, a colaboração premiada, encontra guarida no Código Penal no artigo 159, § 4º, que dispõe "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços" (BRASIL, 1940). Destaque-se que esta previsão foi inserida pela Lei nº 9.269/1996.

A previsão legislativa mais recente foi dada pela Lei nº 12.850/13, que definiu a colaboração premiada como forma de obtenção de provas nos crimes cometidos por organizações criminosas, o que deste ano até o momento, tem colaborado de forma expressiva para a punição e investigações de delitos cometidos por esses grupos de criminosos.

Assim, como se pode notar, existe uma pluralidade de normas que preveem o instituto da colaboração premiada, e devido à ausência de regulamentação genérica no Código Penal ou Processual Penal, cada caso deve ser apreciado de forma específica.

Ressalta-se que hodiernamente o instituto tem colaboração para desmantelar um grande esquema de corrupção no serviço público, são verdadeiras organizações criminosas que se formaram, mas que com ajuda desses colaboradores tem se desfeito e os condenados deverão ser punidos na medida adequada pelas condutas cometidas.

2.1. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Em relação aos procedimentos convencionais a colaboração premiada permite a concessão de créditos para aqueles que cometeram algum tipo de crime e estão dispostos a contribuir com a justiça entregando o esquema, grupos criminosos ou até mesmo seus parceiros, como forma de combate ao pacto de silêncio convencionado entre os integrantes dessas organizações delituosas.

A colaboração premiada oferece privilégios como a redução de pena ou até, em casos específicos, o perdão judicial. A Lei nº 12.850/13 utilizou a terminologia "colaboração" premiada em detrimento da popularmente conhecida "delação", justamente para evitar a vinculação

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

com algo pejorativo. O termo popular "delação" significa a ação de denunciar, revelar (FERREIRA, 2004). Já a palavra premiada se deve ao fato de o legislador conceder prêmios ao delator que colabora com as autoridades.

Nas palavras do conhecido e renomado doutrinador Bitencourt (2015, p. 714):

> Delação premiada consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença final condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece. Trata-se de instituto importado de outros países, independentemente da diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam.

Conforme entendimento jurisprudencial exarado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, a delação premiada é um meio de obtenção de provas, ou seja, é um mapa, um roteiro para as descobertas de novas provas que confirmarão tudo o que foi dito na colaboração, que por si só não pode ser utilizada para a condenação de um acusado. "A condenação não se baseou tão somente em depoimento extraído da delação premiada, amparando-se, outrossim, em elementos coligidos tanto na fase inquisitorial quanto judicial, não havendo falar em nulidade do processo por ofensa ao contraditório e ampla defesa" (STJ, HC 289.853).

Tendo em consideração o conceito exposto percebe-se que o principal objetivo da inclusão da colaboração premiada no sistema processual penal brasileiro foi sem sombras de dúvidas o de permitir a quebra do pacto de silencio das organizações criminosas, como o são os grupos de corruptos do cenário político atual, beneficiando assim aquele que colaborar com a justiça entregando-se com a confissão e apontando os fatos e a própria organização do grupo de criminosos.

Todas as informações e declarações feitas pelo colaborador serão analisadas e devidamente investigadas, posteriormente confirmadas, os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

benefícios dessa forma podem ser concedidos, reafirmando ainda mais o caráter de produção de provas que a lei em 2013 incluiu expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

A colaboração premiada, prevista em diversos textos normativos e consolidada pela Lei 12.850, em 2013 impõe ao réu colaborador requisitos para que seja validada, e por consequência, este obtenha o(s) benefício(s) que a legislação atribui a sua conduta.

Esses requisitos podem ser extraídos do próprio conceito de colaboração premiada, os quais são muito bem expostos pelo doutrinador Bitencourt (2015, p. 717):

> A delação premiada, a despeito da ausência de previsão legal, deve ser voluntária, isto é, produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea. [...] O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada, segundo, a ótica de uma sociedade imoral.

Como se observa a colaboração premiada deve ser um ato de livre manifestação pessoal, sem qualquer tipo de pressão moral, mental, física, ou seja, não pode haver qualquer tipo de coação, deve surgir do próprio colaborador a vontade de realizá-la. As razões pelas quais levaram o colaborador a contribuir com a justiça são irrelevantes para a esfera jurídica, tais motivos só poderiam ser considerados em âmbito da moral.

Dessa maneira os requisitos genéricos da colaboração premiada: ato espontâneo, sem coação de qualquer maneira, e que tenha previsão na lei para que seja atribuído o benefício ao colaborador, caso a legislação não preveja o benefício não se pode estender a quaisquer casos a sua aplicação.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A consequência da colaboração precisa, para que seja reconhecida pela Lei 12.850/13, que dela advenha um ou mais dos seguintes resultados do artigo 4º, sendo eles:

> Art. 4º [...] I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Em outras palavras esses resultados esperados fazem parte da própria constituição e validade do instituto. Sendo que fundamentalmente importância, que traga algum resultado e seja possível a aplicação da benesse do perdão judicial ou redução da possível pena a ser imposta ao colaborador.

Quanto à natureza jurídica da colaboração premiada, por tudo exposto, depreende-se tratar de meio de prova estabelecido em lei para a investigação eficaz e punição devida aos criminosos que procuram se esconder sob o manto do silêncio dos grupos organizados para práticas escusas.

No decorrer da evolução legislativa relacionada ao instituto a Lei nº 8.072/90 em seu artigo 8º previu a possiblidade de redução de pena para o denunciante de bando ou quadrilha, como assim definia a antiga redação do artigo 288 do Código Penal, mas sempre existiu até 2013, um vácuo legislativo na sistemática dessa denúncia. Não se tinha a estrutura e procedimento para essa denunciação, quem teria a legitimidade para a propositura ou fechamento do acordo, e se seria necessário verdadeiramente um resultado efetivo ou não para o recebimento do prêmio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

À época a previsão legal servia basicamente para a redução de pena, a ser utilizada na terceira etapa da dosimetria da pena, do que efetivamente se tornou hoje a colaboração premiada como forma de prova. Na década de noventa, por possuir essa lacuna legislativa, surgiu a necessidade da aplicação diferente do instituto aos grupos organizados adequando cada caso a uma pena ou prêmio diferente.

A própria Lei nº 12.850/2013, trouxe as possibilidades em termos de negociação como benefícios aos colaboradores quais sejam: perdão judicial, que depende da aplicação da pena, seus efeitos e após a exclusão da necessidade de cumprimento da pena; redução de até 2/3 da pena, limite que não admite ser ampliado sob pena de violação ao princípio da taxatividade penal e a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, neste caso não se fala dos limites e de quais formas.

A lei inovadora não autoriza a negociação para além dos limites previstos, não possibilita também qualquer violação ao regramento Penal e nem mesmo subtração de previsão, como por exemplo, forma de progressão de regime.

Na atualidade a colaboração premiada atinge todo aspecto e interesse social, pela grande divulgação dos casos de organizações criminosas na lavagem de dinheiro, extorsão, no meio político. Além das já citadas previsões legais, a colaboração premiada também foi destacada em outras leis do ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem se observa a ordem judicial brasileira, em que pese tratar da colaboração premiada esta tem um fundamento dúplice, sendo por um lado um meio para produção de provas (em relação às organizações criminosas), e por outro viés, visa à colaboração na proteção em favor da vida das vítimas do crime de sequestro, não tendo como função a produção de prova do delito, entretanto a libertação da vítima do sequestro.

Em relação especialmente ao crime de extorsão mediante sequestro, os requisitos para o reconhecimento são basicamente as informações prestadas pelo colaborador, uma vez que auxilia na libertação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

da vítima, não importando de forma alguma os motivos da colaboração, desde que o faça de forma voluntária e espontânea.

Em relação ao *quantum* a ser reduzido da pena do delinquente delator, deve-se apreciar a dimensão da colaboração prestada e o que dispõe a lei específica, que delineia o máximo e mínimo que pode o Juiz reduzir a pena, sempre tendo em consideração a colaboração em si.

O acordo é dado entre o colaborador com Ministério Público e também o Delegado de Polícia, conforme previsão do §2º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, sabendo que quanto maior e mais eficiente as informações, maior será o benefício concedido. Situações como a gravidade do caso ou a repercussão também influenciam diretamente nos benefícios, "§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração" (BRASIL, 2013).

Para a concessão dos benefícios ao colaborador, seja por acordo realizado pelo Ministério Público e o indiciado, ou mesmo por acordo realizado ainda pelas polícias judiciárias na etapa investigativa, autorizados pelo *parquet*, em ambas as situações devem ser homologadas pelo juiz competente e sempre na presença do advogado do acusado, e ainda considerando os fatos narrados devem também ter demonstração fática capaz de haver confirmação pelas autoridades envolvidas na produção da prova.

De toda sorte, em qualquer caso torna-se necessário que a colaboração seja eficiente, ou seja, apta a de fato demonstrar o envolvimento e participação dos integrantes na organização criminosa, a sua hierarquia, a recuperação dos produtos do crime ou em caso de vítima a sua efetiva libertação.

3 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA E O CONFLITO COM A ÉTICA

Para efeito de análise crítica do instituto da colaboração premiada é preciso analisar seus aspectos positivos e negativos, bem como um possível

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

conflito com a ordem moral e ética. Isso é de grande valia, pois partindo dessa visão pode-se inferir a conclusão em relação à importância da colaboração premiada para o ordenamento jurídico brasileiro.

A colaboração premiada sob o aspecto positivo pode ser enquadrada como uma forma eficiente de produção de prova e na luta contra o silêncio oculto das organizações criminosas, em especial o esquemas de corrupção. O cenário político atual revela o quanto a colaboração premiada tem ajudado a desmascarar esses bandos criminosos.

O criminoso ao confessar o delito cometido, estimulado pelo arrependimento e remorso, estará compreendendo o aspecto negativo do ato praticado, passando a receber o castigo a que ele esteja sujeito e fica insatisfeito consigo mesmo pela violação da lei, estando disposto a não mais cometê-los, ou pode ainda querer o coautor eleger o instituto visando um alivio interior (GUIDI, 2006).

Um ponto muito criticado pela doutrina, fazendo ressalvas do instituto da colaboração premiada, reside em algum dos deveres do réu colaborador que contraria a Constituição, como por exemplo, o disposto no parágrafo 14 do artigo 4 da Lei 12.850/2013. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. Esta disposição normativa é frontalmente incompatível com o direito constitucional do réu em permanecer em silêncio, e de não produzir provas contra si mesmo.

Bitencourt (2014) é totalmente contra essa disposição legal, pois defende tratar-se de um texto absolutamente inconstitucional, pois entende que o dispositivo legislativo é claramente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição, como em todos os pactos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Para o mesmo doutrinador Bitencourt (2014) o instituto da delação premiada em geral é como uma tortura psicológica, porquanto defende que o réu não tem, em hipótese alguma, obrigação de produzir prova

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

contra si. Do contrário, por meio de uma coação psicológica, abdicar-se-á do seu direito fundamental de não produzir prova em seu desfavor, pois estão em jogo benefícios legais muito atrativos para o possível colaborador.

Porém, como defende a doutrina moderna e majoritária, não existe direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico, devendo, entretanto, prevalecer alguns sobre outros, com base em cada caso concreto. É tanto, que nem mesmo o direito a vida, maior dos bens jurídicos tutelados em nosso arcabouço jurídico, é direito absoluto, pois, em casos excepcionais, a nossa Constituição Federal, excepcionalmente, admite a pena de morte, no caso de guerra declarada, conforme reza o seu art. 5º, XLVII.

Assim, em uma interpretação mais sistemática, esse mesmo § 14, do art. 4º, das Leis das Organizações Criminosas, pode ser compreendido como uma escolha pelo não exercício do direito ao silêncio em contraponto de ser considerada uma renúncia, literalmente forçada. Esse é o entendimento exposto por LIMA (2014, p.371/372), que complementa defendendo que a colaboração premiada da lei 12.850/13 "é plenamente compatível com o princípio do '*Nemo Tenetur se Detegere*'", que se traduz como o "direito de não produzir prova contra si mesmo". É tanto que, a própria lei, no § 10, do mesmo art. 4º, ao permitir a possibilidade de retratação da proposta de acordo pelas partes, veda a utilização das provas incriminadoras produzidas pelo réu colaborador em seu desfavor.

Um outro aspecto negativo, como todo e qualquer instituto jurídico, pode encontrar guarida nas fragilidades que a produção de qualquer prova está sujeita, inclusive a excessos de informações falsas, ou até mesmo o excesso de poder conferida ao juiz quando da apreciação da prova produzida pela colaboração, bem como a concessão das benesses aos colaboradores. É necessário que os agentes envolvidos na colaboração estejam atentos para o não cometimento de excessos e muito menos falhas.

A lei instituída em 2013 no combate às organizações criminosas trouxe regras necessárias para o instituto da colaboração premiada, entretanto trouxe também novas benesses, que ultrapassam o limite do aceitável, isso sim é um ponto negativo a ser destacado. No artigo 4º, § 4º, o diploma legal estabelece que poderá o Ministério Público, deixar de oferecer a denúncia se o colaborador: "Não for o líder da organização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração". Em que pese à norma jurídica, tal previsão contraria claramente o princípio indisponibilidade da ação penal, sendo este conforme Nucci (2009, p. 161) entendido como a não "discricionariedade do Ministério Público à sua propositura, mas sim, a postura condicionada para tanto, e uma vez proposta a ação não lhe cabe mais a desistência sobre o procedimento" e o da indeclinabilidade da jurisdição, que é nas palavras de Carreira Alvim (2009, p. 68) o princípio pelo qual o juiz "não pode declinar do seu mister, deixando de atender a quem deduza em juízo uma pretensão, pedindo proteção para ela. Nem mesmo a lacuna ou a obscuridade da lei exime o juiz de proferir decisão".

A titularidade da ação penal pública é do Ministério Público, o qual deve obediência aos princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade. O primeiro consiste na ideia de que deve o *parquet* oferecer denúncia contra todos os acusados da conduta delituosa, não podendo ser oferecida somente contra um ou outro dos acusados. Já o segundo vige no sentido de que, preenchidos os requisitos para a propositura da ação penal o Ministério Público é obrigado a oferecê-la, como afirmado anteriormente.

Diante disso percebe-se que a referida norma que possibilita o não oferecimento da denúncia atenta contra os dois princípios expostos. Nota-se que não seria necessário este benefício, já que a própria lei possibilita os benefícios como redução de pena, conversão em restritiva de direitos ou até mesmo o perdão judicial.

Sendo assim, como se observa o instituto possui pontos positivos e negativos, e que sua aplicação ao caso concreto é que determinará sua constitucionalidade. A alguma disposições da lei que regulamentou a colaboração premiada que precisam evoluir e ser aplicada de maneira coerente e sistemática dentro do ordenamento jurídico nacional.

Por outro lado, o campo da Ética e da moral também se relaciona com o instituto da colaboração premiada uma vez que forja o caráter de credibilidade do Estado em querer amenizar a punição de um criminoso, que por mais que colabore com as investigações, também se envolve ou está diretamente ligado ao delito a ser punido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Nas lições de Pacelli (2014, p. 804) "ética, em sentido mais comum, é ciência da moral, de fundo eminentemente axiológico, fundando, desde a Grécia do período clássico, na ideia do bem e do justo".

E ainda bem assevera Mattos (2009, p. 20) que a "ética é a parte que filosofia encarregada de refletir sobre a moral, sobre questões acerca da vida no universo, do ser humano, de seu destino, instituindo valores que orientam pessoas e sociedades".

Nesse ponto encontra-se talvez a discussão mais polêmica sobre este assunto, vez que há amplo debate doutrinário. Como dito anteriormente, diversos doutrinadores debatem acerca da conduta de delatar com a intenção de receber um prêmio, se isto estaria ou não de acordo com os conceitos éticos. Para alguns a utilização do instituto estimula a amoralidade, podendo levar à ordem jurídica a própria corrupção.

O que se pode considerar como minimamente ético no que se refere a alguma conduta? Isso depende de que ângulo se observe o comportamento humano, uma vez que a cultura e até mesmo as diversas normas jurídicas permissivas se coadunam para estabelecer o que seja ético ou antiético dentro da sociedade.

O doutrinador Bitencourt (2014) é bem claro, quando afirma que não se pode admitir a premiação de um criminoso que, para obter determinada vantagem, uma vez por ter dedurado seu parceiro. Bitencourt (2014, p. 2) complementa sua crítica ao instituto, mostrando não merecer confiança e nem respaldo, quando defende que:

> Ainda que seja possível afirmar ser mais positivo moralmente estar ao lado da apuração do delito do que de seu acobertamento, é, no mínimo arriscado apostar em que tais informações, que são oriundas de uma traição, não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo. Certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja. Com essa postura antiética, não se pode esperar que o delator adote, de sua parte, um comportamento ético e limite-se a falar a verdade às autoridades repressoras; logicamente, o beneficiário da delação dirá qualquer coisa que interesse às autoridades na tentativa de beneficiar-se. Essa circunstância retira eventual idoneidade que sua delação possa ter, se é que alguma delação pode ser considerada idônea em algum lugar.

Em contraponto, os defensores do instituto comungam não existir qualquer violação aos valores éticos ou morais, eis que em se tratando de confessos criminosos, sua vida é repleta de delinquência, não havendo qualquer elemento ético. Nesse sentido, Lima (2014, p.731) defende:

> Não haver qualquer violação à ética, nem tampouco à moral. Apesar de tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instrumento de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso (*omertà*), além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis.

Ainda com essas considerações existem os que defendem haver uma contrariedade com valores éticos e morais. Para Marques (2014), porém, seria nada mais que apenas um retorno à ética e moral exigidos pela sociedade, ou seja, primeiramente o criminoso rompe com os valores éticos da sociedade, isto é, o conhecido Pacto Social preconizado por Rosseau. Posteriormente, ao se valer da colaboração, o delinquente rompe com a ética do mundo delitivo, que não deve ser traduzido como um ato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

aético, mas sim, como um retorno para o Pacto Social, restituindo, assim, a moral e a própria justiça social.

Por outro lado depreende-se uma ideia que ao conceder prêmios para aqueles que cometem crimes estar-se-ia a difundir uma cultura de um Direito cheio de antivalores, onde os fins acabam que por justificar os meios. Corre-se o sério risco disso acontecer, a sociedade está totalmente desacreditada da prestação jurisdicional efetiva para aqueles cometedores de crimes.

Em sentido contrário ao anteriormente descrito, Azevedo (1999), posiciona-se no sentido de que "o agente que se dispõe a colaborar com as investigações assume uma diferenciada postura ética de marcado respeito aos valores sociais imperantes, pondo-se debaixo da constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social".

Silva (1999, p. 85) defende que, acerca da moralidade do instituto, este apresente dupla vantagem: "permite ao Estado quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminosas, assim como colaborar para o espontâneo arrependimento de investigado ou acusado".

E ainda corrobora esse entendimento Nicolitt (2016, p. 398) ao afirmar que no "mundo do crime não se pode falar em ética ou valores morais. No caso da Delação, estar-se-ia agindo no combate ao crime e a favor do Estado de Direito e, como a lei prevê essa prática, não há razão para estranheza".

Apesar das diversas controvérsias apontadas acerca da ética, a doutrina mais moderna, e, atualmente, majoritária, entende que a questão ética não configura impedimento para a aplicação do instituto, pois, diante da ineficiência do Estado, não haveria outro instrumento senão o instituto da colaboração premiada, capaz de auxiliá-lo no combate ao crime organizado.

Ora, deduz-se que, não obstante os posicionamentos a favor e também contrários, resta assente que a colaboração premiada contém em sua essência elevado propósito e muitos pontos positivos, inclusive que se sobressaem em relação aos negativos, pois se trata de oportunidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

concedida ao colaborador de assumir sua culpa e contribuir com a justiça no combate à as organizações criminosas, especialmente as de corrupção.

3.1 PRINCIPAIS APLICAÇÕES E CONCEPÇÕES POLÊMICAS A RESPEITO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

As principais aplicações do instituto da colaboração premiada estão relacionadas com a produção de provas, seja no âmbito das investigações da polícia judiciária, como também já na fase judicial. O Ministério Público, como detentor de interesse social e jurídico, e titular da ação penal pública incondicionada é o legítimo para fazer os acordos e homologar posteriormente em juízo as informações prestadas pelo colaborador.

Como abordado anteriormente os casos de aplicação da conhecida "delação premiada" estão bem delineadas nas leis específicas de cada crime para o qual se admite a sua aplicação. Deve, entretanto, o magistrado quando existir organização criminosa envolvida no delito conceder os prêmios de maneira rigorosa e obedecer os requisitos estabelecidos na Lei 12.850/2013, que regulamentou parcialmente a produção de provas nesses casos através da colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio.

Caso haja o descumprimento por parte do juiz condutor do processo penal ao qual houve a utilização da delação premiada, corre-se o risco de ferir gravemente não somente a moralidade e a ética do Poder Público jurisdicional, mas o próprio dever estatal da devida persecução e punição penal adequada.

A polêmica maior que envolve o instituto está no fato de que ele, hodiernamente, tem servido de trampolim para o deslinde de esquemas milionários de corrupção, que envolve os agentes políticos das mais altas casas públicas do Estado Democrático de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

3.1.1 Aplicabilidade e avanços necessários ao instituto da colaboração premiada

O atual cenário político nacional revela o quanto é necessária uma mudança radical na busca pela efetividade da prestação jurisdicional e punição adequada para aquelas condutas delituosas decorrentes das grandes organizações criminosas da corrupção que se formaram no Brasil.

Ainda existem muitas críticas doutrinárias em relação à aplicabilidade do instituto da colaboração premiada, já na sistemática da Lei nº 12.850/13, em seus artigos 4º a 7º, mais especialmente, por dar uma grande margem de discricionariedade com a qual está sendo aplicada a ferramenta de investigação. Contudo, é preciso destacar o caráter eficiente apontado por Gomes (2017, p. 208):

> Ajustes no sistema são necessários [...], mas temos que estar atentos para distinguir críticas construtivas das que são lançadas em nome da impunidade das elites delinquentes que governam ou dominam a nação. Enquanto as delações facilitarem a colheita de provas de um crime organizado, não há que se falar em "manobra para simplesmente reduzir a pena". O prêmio só existe na medida em que as antigas instituições falidas da Justiça nunca conseguiam.

É uma tendência mundial a busca constante por ferramentas mais adequadas e eficientes no combate aos grandes delitos, é difícil compreender como certas pessoas conseguem se colocar contra instrumentos tão importantes que permitem ao Estado Juiz localizar provas concretas de crimes que ferem gravemente os preceitos de uma sociedade, e prejudicam a todos e principalmente os mais necessitados.

Diante disso, a colaboração premiada utilizada para elucidar crimes mais complexos, sofisticados e camuflados, precisa ser compreendida como uma peça fundamental à disposição do Estado, uma vez que a criminalidade utiliza-se, para a prática de seus delitos, aquilo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que existe de mais moderno há sua disposição, além de um forte capital em dinheiro e as diversas facilidades propiciadas pelos paraísos fiscais para ocultação do produto do crime.

Sem sombras de dúvidas é necessário avançar no que se refere à correta aplicação e condução da produção das provas por meio da colaboração premiada, mas é preciso reconhecer que esse instrumento jurídico, apesar de todas as ressalvas quanto a eticidade da sua aplicação, deve ser sempre utilizado para a obtenção de provas, busca constante pela eficiência penal e a adequada prestação jurisdicional penal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto e a título de considerações finais, percebe-se que a inserção do instituto da colaboração premiada no sistema de provas do processo penal brasileiro contribui expressivamente para dificultar o pacto de silêncio das organizações criminosas, e aplicar efetivamente as punições pelos prejuízos causados a toda a coletividade.

Partindo dessa premissa, esse meio de produção de prova precisa ser bem aplicado para bem cumprir a sua função principal, que é justamente desvendar o envolvimento e participação dos integrantes da organização criminosa, a sua hierarquia e estrutura, a possível recuperação dos produtos do delito ou em caso de vítima a sua efetiva libertação.

Apesar da existência de posicionamentos divergentes e contrários acerca do instituto, resta afirmar que a colaboração premiada possui em sua essência final o propósito louvável de proteção de toda a coletividade com a inibição de práticas corruptas e criminosas e se impõe sobre os aspectos negativos, pois é justamente por meio dela que o colaborador recebe o incentivo para desmascarar os verdadeiros usurpadores dos bens e direitos públicos.

A polêmica sobre a eticidade do procedimento que envolve a colaboração premiada existirá de uma maneira ou de outra, pois por um lado é mecanismo na luta contra a corrupção, por outro um incentivo legal para a traição. Assim, a própria dogmática penal precisou se atualizar para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

permitir a efetiva punição de crimes ocultos das organizações criminosas entregues por colaboradores "traidores".

Diante disso, a colaboração efetiva e eficaz no combate a corrupção precisa ser premiada como forma de conservar e proteger toda a sociedade, e uma maneira de mostrar que os cidadãos precisam evoluir moral e socialmente para aceitar a suposta "traição" para coibição a prática de crimes de corrupção que tanto assola a pátria brasileira.

Indiscutível, portando, que a colaboração premiada deve ocorrer de uma forma bem criteriosa e analisada em cada caso em particular, para dessa forma evitar arbitrariedades e abusos em sua aplicação.

O Poder Judiciário tem a missão árdua de promover a correta aplicação do instituto da colaboração premiada, uma vez que os operadores do direito são os mais responsáveis pelas mudanças sociais através interpretação das normas e leis, razão pela qual para a devida punição dos diversos criminosos envolvidos em delitos de corrução serve de parâmetro para melhoria dos mecanismos inibidores e punitivos das práticas delituosas de corrupção em quaisquer de suas modalidades.

5. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 83, p. 6, out. 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado – 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação Premiada na "Lava Jato" está eivada de inconstitucionalidades: Traição Bonificada. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: . Acesso em: 07.05.2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. DECRETO-LEI nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal – Brasília: Congresso Nacional, 1940. Disponível em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

http://www.planalto.gov.br/cc ivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 01.03.2018

_____. Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Dispõe sobre os crimes hediondos - Brasília: Congresso Nacional, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acessado em: 02.03.2018.

_____. **Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996** - Dá nova redação ao § 4° do art. 159 do Código Penal. Brasília: Congresso Nacional, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm. Acessado em: 02.03.2018.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal - Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acessado em: 03.03.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 289.853 - MT (2014/0048134-1). Relator: FISCHER, Felix. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400481341&dt_publicacao=19/12/2014. Acessado em 04.03.2018.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Teoria Geral do Processo. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Curitiba: Editora Nova Fronteira, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. O jogo sujo da corrupção – Bauru, SP, Astral Cultural, 2017.

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

LIMA, Renato Brasileiro. de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. Colaboração Premiada: Um braço da Justiça Penal Negociada. Magister, 2014. Disponível em: . Acesso em: 07.05.2018.

MATTOS, Airton Pozo de. Ética e Formação do Educador. Curitiba: IESDE Brasil S. A., 2009.

NICOLITT, André Luiz. Manual de processo penal – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, SP, Editora Revisa dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Eduardo Araújo. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. Boletim IBCCrim. São Paulo, n. 85, dezembro de 1999.

[1] Cristiane Dorst Mezzaroba. Professora Mestre do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Palmas/TO. cdmezzaroba@gmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DANO EXISTENCIAL EM RAZÃO DO ABANDONO AFETIVO

BIANCA PEREIRA PASCUTTI: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PÁEZ[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo mostrar a responsabilidade civil pelo dano existencial em razão do abandono afetivo. Posto isto, buscou-se analisar a consequência que este abandono pode causar na vida de uma criança ou adolescente. Detalhou-se o conceito de poder familiar, explorando um breve histórico sobre famílias e sua evolução no ordenamento jurídico. Além disso, realizou-se uma análise do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo de suma importância para o estudo. Logo após, compreendendo as características do dano existencial, seus fundamentos históricos e, assim, verificando a hipótese abordada sobre o dano existencial no abandono afetivo, apostando ser necessário suprir através de uma indenização. Por fim, cabe ao presente trabalho esclarecer os danos sofridos pelas crianças e adolescente, em caso de abandono afetivo, que é tão corriqueiro nos dias atuais.

PALAVRA-CHAVE: Abandono. Família. Dano.

ABSTRACT : The present study aims to show the civil liability for existential damage due to affective abandonment. Having said this, we tried to analyze the consequence that this abandonment can cause in the life of a child or adolescent. The concept of family power was explored, exploring a brief history about families and their evolution in the legal order. In addition, an analysis of the Principle of the Dignity of the Human Person was carried out, being of paramount importance to the study. Afterwards, understanding the characteristics of the existential damage, its historical foundations and, thus, verifying the hypothesis approached about the existential damage in the affective abandonment, betting it necessary to supply through indemnification. Finally, it is up to the present work to clarify all the

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

damages suffered caused in children and adolescents, in case of affective abandonment, which is so common today.

KEYWORDS: Abandonment. Family. Damage.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PODER FAMILIAR. 2. ABANDONO AFETIVO. 3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4. DANO EXISTENCIAL. 5. DANO EXISTENCIAL E ABANDONO AFETIVO. 6. JURISPRUDÊNCIAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Falar em família, juridicamente, é falar em agrupamento de pessoas com o mesmo vínculo consanguíneo ou não. Uma definição um tanto austera para descrever uma palavra com infinitos significados. Significados estes que remetem ao valor que a família tem na sociedade.

Hoje, a família tem como principal elemento a afetividade, algo que leva a construção de um elo entre seus integrantes, sendo o amor o enfoque dessa ligação.

Logo, a família tem o dever e o poder de proteger aqueles que ainda vivem sob sua custódia, chegando, assim, ao conceito de afeto como valor jurídico de extrema importância. E se essa relação de afeto se quebrar, no momento em que os pais deixam de dar aos seus filhos o amor e proteção devidos, previstos e amparados no ordenamento jurídico, um grande problema surgirá.

Ora, uma sociedade sem problemas, não é uma sociedade. Por isso, é essencial encontrar solução para tal, através dos institutos da responsabilidade civil.

O problema que será dissertado em pauta é a consequência que o abandono afetivo pode gerar no desenvolvimento de uma criança, provocando, assim, um dano a sua vida.

Consequentemente, este nível de devastação pode provocar uma série de problemas, os quais deveriam ser supridos com amor. Mas, em virtude do transtorno ocorrer justamente pela falta deste, como amparo legal, faz-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

se necessário a integração de um reparo, através de uma nova modalidade: O dano existencial.

> Em síntese, este dano consiste na perda da qualidade de vida de uma pessoa após ser lesionada, ou seja, uma perda após a privação de um afeto necessário para seu desenvolvimento.

Esta inovação se encaixa no abandono por se tratar de um dano ligado a existência de uma pessoa, bem como o resto de sua vida após a sua "perda".

Posto isto, interessante, ainda, destacar o princípio que tem como base a proteção da dignidade da pessoa humana, visando sempre o bem maior, a vida de uma criança ou adolescente.

Por isso, a consequência que o abandono afetivo pode causar é tão vasta que responsabilizar os pais por um dano mais extensivo, poderia transmudar a vida de um ser indefeso que ainda está em pleno desenvolvimento.

Assim, o caso em tela tratará, principalmente, desse tipo de dano, destacando a sua importância e a de uma indenização, mesmo que esta não possa suprir o amor dos pais.

1. PODER FAMILIAR

Com a vigência do Código Civil de 2002, o que antes era chamado de "pátrio poder", utilizado no Código Civil de 1916, passou a ser Poder Familiar, ou seja, o poder que apenas o pai exercia sobre os filhos, sucedeu-se então em um poder operado por ambos os pais, passando a dividir as responsabilidades em relação à prole, tanto marido, quanto mulher, dentre tantas outras formas de relação familiar amparadas pelo direito brasileiro.

De acordo com o art. 1631 do Código Civil de 2002, é responsabilidade dos pais o dever de cuidado em face dos filhos, *in verbis*:

"Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade." (BRASIL. Código Civil. 2002)

Ainda ressalta que cabe aos pais guardar os filhos menores, coordenando-lhes uma criação e educação nobre, mantendo-se sempre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

presentes, dar consentimento para atos que ainda não possuem capacidade de decisão, e representá-los em atos da vida civil. Mais que isso, dando todo o amor possível.

Assim sendo, evidente que cabe a ambos os pais cuidar e proteger suas proles, dando todo amparo, afeto e amor para que tenham um desenvolvimento psicológico digno, conservando a formação de sua índole.

A falta desse amor, e por consequência, do dever de cuidado pode gerarconsequências para os pais ante ao ordenamento jurídico.

Nada obstante, os filhos acabam sofrendo sequelas maiores. Sequelas que afetariam o desenvolvimento dessa criança e/ou adolescente que está a caminho de se tornar um cidadão civil.

Logo, impossível não notar a figura do abandono afetivo, um vilão capaz de assombrar todos os dias da vida de um ser em pleno desenvolvimento.

2. ABANDONO AFETIVO

O elo entre pais e filhos vem de um viés afetuoso, constituindo não só o dever de manter sua subsistência, mas também o de doar afeto, amor, carinho, conectado com o dever de cuidado, de assistência, educação, saúde, cultura, entre outros, tendo como base para isso, o princípio da dignidade da pessoa humana.

À vista disso, o abandono afetivo nada mais é do que abandono dos pais ante aos filhos, sendo aqueles que mais precisam do seu amor e dos seus cuidados.

Cabe ainda ressaltar que esta lacuna, infelizmente, tem o poder de transformar a vida dos filhos, e as consequências derivam do estado de vulnerabilidade que cada um apresentar. É possível que apresentem consequências psíquicas, morais, mas isto vai depender da idade da criança na ocasião em que o abandono ocorreu, das circunstâncias, do ambiente em que vive, dentre outras razões.

Dessa forma, é preciso enxergar os filhos como seres humanos, evidenciando que são amparados pelo ordenamento jurídico em situações como esta.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está consagrado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo um dos pilares do Direito de Família.

Em síntese, seu objetivo principal é a proteção da pessoa humana e suas necessidades fundamentais. E é ele o incumbido de proteger uma criança ou adolescente em momentos de aflição e desespero, segundo Maria Berenice:

> **O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família" (**Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.63.)

Logo, na necessidade de uma reparação busca-se como base este princípio, o qual é de suma importância para o ordenamento jurídico, para o direito de família e, principalmente, para o caso em questão: o dano existencial em razão do abandono afetivo.

4. DANO EXISTENCIAL

O chamado Dano Existencial surgiu em razão das sentenças que eram prolatadas na corte da Itália, em meados do século XX.

Hidembergo na Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Vol. 22 ensina que esse tipo de lesão é uma espécie de dano material ou imaterial, que causa para a vítima uma incapacidade de progredir com seu projeto de vida, dificultando, assim, as possibilidades de constituir uma relação, seja no convívio familiar, social e até profissional. Dentro dele há duas espécies, uma chamada de dano ao projeto de vida, ou seja, uma dificuldade da própria pessoa em relação ao seu desenvolvimento, gerando frustrações pessoais e escolhas inadequadas que poderão afetar suas metas, objetivos e ideias que, de certa forma, dão sentido à sua existência; do outro lado, o prejuízo à vida de relação, pois impede que esta pessoa (que sofre com tal dano) construa laços em diversos ambientes externos, como em seu trabalho e nas suas atividades corriqueiras.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

No Brasil, este dano surgiu em decorrência de prejuízos sofridos por trabalhadores durante a jornada de trabalho.

Mais precisamente, é o dano que abarca a classe trabalhadora. E por quê? Porque neste contexto há o excesso de horas laboradas, o que leva a um nível alto de exaustão, resultando em acidentes, muitas vezes, de alta gravidade, prejuízos psicológicos, e mesmo pelo tempo perdido no local de trabalho. O que causa sérias mudanças no próprio convívio social e familiar, além da frustação no projeto de vida pessoal.

No entanto, não é só no trabalho que existe o dano existencial, pois quando uma criança é abandonada pela família, também gerará graves consequências como, por exemplo, em um desenvolvimento perturbado, fazendo com que a criança ou adolescente se envolva com entorpecentes. Dessa forma, conclui-se que esta lesão se faz presente em outros momentos da vida, como no convívio familiar no momento em que a prole perde o apoio de seus genitores, não recebendo, então, o suporte necessário nesta fase de desenvolvimento.

Posto isso, a reparação das lesões exige que as mesmas sejam compreendidas e consideradas não só como o constrangimento causado à vítima, mas também como um dano à vida de relação e um dano de frustação também ao seu projeto de vida.

Surgiu, então, o dano existencial no direito brasileiro, trazendo como elementos básicos para sua existência: a presença de prejuízo, conduta ilícita do agressor e o nexo causal entre dano e a conduta realizada.

Ora, então se é possível existir esse tipo de dano em relações de trabalho, por que não nascer para os filhos em virtude de lesões familiares, como o abandono afetivo?

5. DANO EXISTENCIAL E ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo sempre existiu e esteve presente em diversos tipos de famílias e em várias circunstâncias.

À vista disso, o que deveria mudar é a concepção do direito brasileiro a que tipo de dano aplicar. Não se preocupar apenas em relação ao mal que pode ocasionar naquele exato momento na vida da criança ou adolescente, mas também com o que poderá surgir com o passar tempo, ou seja, o que ele poderia causar futuramente, já que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

trata de um ser indefeso, com os sentimentos aflorados e em plena formação dos seus conceitos.

Tem-se que o abandono gera um dever de reparação o qual deve se adequar a realidade e acompanhar o grau de dano vivenciado.

Ora, se uma criança ou adolescente necessita da presença e do afeto dos pais para que sua personalidade seja formada de forma íntegra, então o abandono tratado em questão causa consequências tão significativas que dinheiro algum o cobriria.

Não obstante, mesmo não suprindo o mal fomentado, é de suma importância que seja reconhecido de uma forma mais branda. Por isso a ânsia de reconhecer que esta falha causada pelo abandono dos pais pode constituir-se em uma lesão que mudará a vida daquela criança ou adolescente para o resto de suas vidas, por consequência, a indispensabilidade de se adaptar ao dano existencial, e não mais moral.

A formação da personalidade da criança ou adolescente se constrói com o tempo, e é inevitável afirmar que, na maioria dos casos, tudo depende da maneira que ele enxerga a vida.

O fato do pai, por exemplo, não comparecer no aniversário de sete anos, poderá deixar marcas irreparáveis para o filho.

Imagine outra situação: uma festinha preparada pela Escola em comemoração ao Dia dos Pais e mais uma vez, o pai não comparece.

É possível medir em palavras o tamanho da decepção e da dor da criança ou do adolescente?

Estes seres estão em mudança a todo o momento e situações como estas que expõem sua vida podem causar uma série de emoções. Na busca de entender o porquê gera a conhecida revolta.

E quem garante que pessoas taxadas como criminosas, por exemplo, não sofreram este tipo de dano, e "escolheram" destruir suas próprias vidas em razão disso?

Outras desenvolvem problemas psicológicos, que podem afetar no seu desenvolvimento na escola e na sua vida adulta. Podem impossibilitar o ingresso a uma faculdade, no mercado de trabalho e até em relacionamentos pessoais.

Indiscutível o dever de gerar uma reparação, por exemplo, se o genitor "abandona" seu filho com sete anos de idade, em pleno desenvolvimento de personalidade. Este pai casa-se outra vez. Seu filho

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

biológico sempre faz perguntas para a mãe em relação a figura paterna, ausente nos momentos primordiais em sua vida. Com a falta de informações sobre ele, o garoto passa a ter reações agressivas com a própria mãe. É possível imaginar que tipo de ser humano esta criança poderá se tornar simplesmente pelo fato de não contar com a presença do pai nos momentos mais importantes da sua vida?

O dano existencial não é abarcado pela divisão clássica de danos, porém, já é previsto na doutrina e jurisprudência. Pode-se conceituá-lo como um dano a existência do indivíduo de maneira que impossibilite a sua alegria, assim, não permitindo o avanço da sua vida pessoal. Desta forma, a reparação civil é necessária para resguardar a paz existencial do indivíduo que sofre o abandono por parte de seus genitores, proporcionando-lhe qualidade de vida.

6. JURISPRUDÊNCIAS

Na análise de julgados de assuntos relacionados ao tema em questão, verificou-se que há argumentos jurisprudenciais de todas as formas, ressaltando decisões a favor e contra.

Cumpre evidenciar que, todas as decisões pertinentes analisadas em relação ao caso são direcionadas ao dano moral, e não ao dano existencial, motivo pelo, mais uma vez, a importância do assunto em questão.

Em um primeiro momento, a ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul trouxe argumentos favoráveis em relação ao genitor, a princípio, causador do dano.

A filha requeria indenização em face do pai pelo abandono sofrido. Contudo, os argumentos utilizados no processo favoreceram o genitor dizendo que a razão do distanciamento ocorreu devido à alteração de domicílio, retirando com essa justificativa toda responsabilidade do pai, mesmo diante dos problemas enfrentados pela prole. Porém, nota-se, ainda, a aplicação do código civil de 1916.

> (RESP 757411 / MG, 4ª TURMA, RELATOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, DJ 27.03.2006 P. 299)". 2. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-DF - APC: 20050610110755 DF, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 02/04/2008, 1ª

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> Turma Cível, Data de Publicação: DJU 07/04/2008 Pág. : 51)

Como este, há vários outros julgados afastando a responsabilidade paterna, trazendo justificativas incabíveis e julgando não existir fatos relevantes que comprovem o abandono.

Outro exemplo é a decisão do relator Roberto Carvalho Fraga, em um pedido de investigação de paternidade, cumulado com o abandono afetivo e os danos morais, julgado com o argumento de que converter o afeto humano em valor monetário é algo subjetivo, além disso, acrescentou não configurar uma hipótese de dano o não reconhecimento dos filhos.

> (Apelação Cível Nº 70041619511, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,...(TJ-RS - AC: 70041619511 RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 02/04/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/04/2012)

Outro caso muito relevante foi o do relator André Luiz Planella Villarinho, em ação que buscou a obrigação de visita paterna com a conversão em indenização por abandono afetivo, visto que argumentou não haver previsão legal obrigando os pais a visitarem os filhos ou a manterem com eles afeto, ressaltando não existir ilicitude por parte do autor da ação, mesmo confirmando a falta de amparo moral, que gera o dever de indenizar.

> (Apelação Cível Nº 70044341360, Sétima...(TJ-RS - AC: 70044341360 RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 23/11/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/11/2011)

Seguiu a mesma linha de interpretação a relatora Liselena Ribeiro, dizendo que o mero distanciamento entre pais e filhos não é capaz de gerar dano moral, ou ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, destaca-se que a parte autora alegou abalo emocional pela ausência do pai.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> (Apelação Cível Nº 70071387666, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 09/11/2016).(TJ-RS - AC: 70071387666 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 09/11/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/11/2016)

Entretanto, encontrar decisões de casos favoráveis à prole abandonada é mais dificultoso, podendo concluir-se que mesmo diante de toda estrutura jurídica em prol da criança e do adolescente, ainda não é dada toda proteção e justiça que merecem.

A ementa citada a seguir argumenta sobre a compensação por dano moral:

> (TJ-PI - AC: 00017611820078180140 PI 201200010014128, Relator: Des. José James Gomes Pereira, Data de Julgamento: 04/09/2013, 2ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 17/09/2013)

Posto isto, nota-se que o entendimento jurisprudencial é favorável à condenação por abandono afetivo, dando enfoque na proteção da prole e destacando que o dever mínimo familiar é o de cuidado em relação aos seus filhos, o qual, segundo a decisão, foi descumprido. Ainda justifica apostando que o afeto é essencial para que se tenha uma formação psicológica adequada, porém, essa falta de amor e de cuidado, muitas vezes, acaba atrapalhando o desenvolvimento e inserção social do menor.

Logo, conclui-se que mesmo diante de tantas decisões contrárias à prole, verifica-se que é necessária sim uma maior rigorosidade do poder judiciário em relação às punições dos pais que abandonam seus filhos de forma afetiva, enfatizando a condenação pelo dano existencial, visto que nos poucos casos julgados que encontramos já é possível comprovar o quão prejudicial este abandono familiar é para a vida de um ser em desenvolvimento.

CONCLUSÃO

O presente artigo tem como principal objetivo evidenciar a presença do dano existencial no abandono afetivo, sendo necessário em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

determinados casos, a reparação civil, constituindo-se então, uma indenização.

Sabe-se que os pais são primordiais na formação e desenvolvimento de seus rebentos e a ausência da participação destes pode desencadear consequências, não apenas emocionais, mas que refletem na formação de sua personalidade e comportamento quando adolescentes e adultos, ou seja, efeitos que perdurarão por toda vida.

O Código Direito Civil Brasileiro busca resguardar a família, tipificando em seu corpo textual, competências e atribuições dos pais perante seus filhos. No momento em que ocorre o abandono afetivo deixa-se de cumprir obrigações adquiridas com a obtenção da paternidade e, mesmo não suprindo a carência emocional, a reparação vem como uma forma de amparar o filho pelos prejuízos íntimos por ele sofridos, além de destacar perante a sociedade, o quão lesiva é, a atitude de desproteger um filho. Desta forma, talvez, mediante uma reparação, os pais repensem antes de tal conduta. Sendo esta, uma forma encontrada para esclarecer parte do descuido.

Destarte, o direito brasileiro busca uma forma para sanar o desamparo dos genitores, porém, como já dito, a família é a base de todo indivíduo, sendo a presença e o amor, o tratamento adequado para suprir todo e qualquer tipo de abandono. Entretanto, sabemos que, na ausência destes, agravos importantes intercorrem e ao ser pleiteado juridicamente, muitas vezes, são enquadrados como dano moral, uma vez que o indivíduo é afetado no campo psicológico. Porém, uma nova modalidade de dano, conceituada como existencial, mais amplo, e não restrito apenas à questão moral, encaixando-se melhor nos casos de Abandono Afetivo.

Assim, conclui-se que o Direito acompanha as necessidades da sociedade e mesmo não sendo previsto na divisão clássica de danos, já é admitido por doutrinas e jurisprudências e molda-se de forma adequada aos casos em que a criança/adolescente sofre danos que serão estendidos ao longo de sua vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES DA FROTA, Hidemberg, **Noções fundamentais sobre o dano existencial**, basic notions about the damage exostential. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Vol. 22 (2): 254, julio-diciembre, 2011-ISSN: 1659-4304.

BICCA, Charles. **ABANDONO AFETIVO**- O dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono afetivo. Editora OWL, 2ª reimpressão, 2016.

Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.63.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Famílias**. 9ª ed. Vol 6. Editora Juspodivm, 2017.

JUSLABORIS. **Noções fundamentais sobre o Dano Existencial**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/95532/2013_frota_hidemberg_nocoes_fundamentais.pdf?sequence=1> acessado em: 14/01/2018.

MARIN, Brunna e CASTRO, Carolina "**Abandono afetivo e o ordenamento jurídico brasileiro**"- Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25122/abandono-afetivo-e-o-ordenamento-juridico-brasileiro-08/2013> Acessado em: 20.02.2018.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil**, Sistematizado. 8ª ed. Vol Único. Editora Juspodivm, 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 3ª ed. Vol Único. Editora Juspodivm, 2017.

ROZZETTO, Matheus. **DANO EXISTENCIAL: O QUE É ? Dano gerado em razão do excesso de horas laborados**. Jusbrasil, 2016- Disponível em: Acessado em: 10/04/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

TARTUDE, Flávio. **Brevíssimas considerações sobre o dano existencial**. 2012- Disponível em: Acessado em: 10/03/2018.

TJ-DF - APC: **20050610110755** DF, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 02/04/2008, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 07/04/2008 Pág. : 51. Disponível em: Acessado em: 17/03/2018

TJ-PI - AC: **00017611820078180140 PI 201200010014128**, Relator: Des. José James Gomes Pereira, Data de Julgamento: 04/09/2013, 2ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 17/09/2013) Disponível em: Acessado em 15/04/2018.

TJ-RS - AC: **70041619511** RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 02/04/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/04/2012. Disponível em: Acessado em: 05/05/2018

TJ-RS - AC: **70044341360** RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 23/11/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/11/2011. Disponivel em: Acessado em: 01/05/2018

TJ-RS - AC: **70071387666** RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 09/11/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/11/2016. Disponível em: Acessado em: 27/02/2018.

BRASIL - LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **CÓDIGO CIVIL**Disponível em: Acessado em: 19/03/2018.

NOTA:

[1] Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2005). Especialização em Direito Público, na Escola Paulista de Direito (2006). Especialização em Direito Tributário, no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2008). Especialização em Direito Empresarial e Tributário, na Unitoledo/Araçatuba (2013). Especialização em Direito Civil, na Anhanguera/Uniderp (2013). Especialização em Direito Constitucional, na Anhanguera/Uniderp (2014). Mestrado Profissional em Ciências Ambientais, na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis-SP (2016). Aluna Regular do Programa de Cursos para Doutorado, na Universidad de Buenos Aires. Advogada no escritório

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de advocacia Páez & Bertolo. Professora Universitária na Universidade Brasil, campus Fernandópolis-SP

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

LINDENBERGH SILVA DE OLIVEIRA FILHO: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil

THALITA TOFFOLI PAEZ[1]

(Orientadora)

RESUMO: O objetivo desse artigo é o estudo do direito ao esquecimento na sociedade da informação, evidenciando a sua importância como direito da personalidade. Em tempos em que as redes sociais possuem grande popularidade, é clara a sua importância para o direito da privacidade e imagem do individuo. Sem o direito ao esquecimento é impossível que a pessoa que teve sua vida exposta na mídia, consiga uma segunda chance e uma retomada em sua vida social. Também será explicada a diferença entre o direito ao esquecimento e o direito a privacidade, serão debatidos as criticas ao direito ao esquecimento e por fim esse artigo demonstrará a importância do direito ao esquecimento através da análise histórica do instituto.

Palavras Chave: Constituição, Enunciado, Privacidade, Personalidade, Civil.

ABSTRACT: The purpose of this article is the study of the right to oblivion in information society, evidencing its importance as right of personality. In times in which the social networs have great popularity, is clear its importance to the right of privacy and image. Without the right to oblivion is impossible that the person Who had your life exposed in the media, get a resume in your social life. Will also be explained the difference between the right to oblivion and the right to privacy, will be discussed the criticism of the right to oblivion and finally this article will demonstrate the importance of the right to oblivion throught the historical analysis of the institute.

Key Words: Constitution, Statement, Privacy, Personality, Civil.

SÚMARIO: Introdução, 1. Conceito, 2. Fundamentação, 3. Casos hipotéticos, 4. Direito ao esquecimento e as redes sociais, 5. Diferenças

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

entre o direito ao esquecimento e o direito a privacidade, 6. Criticas ao direito ao esquecimento, 7. Análise histórica do instituto, Considerações finais, referencias.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, uma grande parte da população se utiliza de alguma rede social, que acabou se popularizando no ano 2004, quando o Facebook foi criado pelo americano Mark zuckerberg e o brasileiro Eduardo Saverin sendo está à rede social mais famosa e com o maior número de usuários do mundo.

Depois disso surgiram várias redes sociais como Twitter e Instagram, os meios de informação mais tradicionais como a televisão, jornais e revistas, acabaram também se modernizando ganhando versões digitais na internet o que facilitou ainda mais o acesso a milhares de informações, nascendo assim o que pode ser chamado de uma sociedade da informação.

Esse excesso de informações quase sempre é benéfico, mas às vezes prejudicial para aqueles que estão tendo sua vida exposta e comentada por diversas pessoas anônimas, que na maioria das vezes, não se importam com as ofensas proferidas, ironicamente a sociedade da informação possui um grande número de pessoas desinformadas, pois essas pessoas não buscam saber a veracidade dessas informações.

Antigamente, caso um pessoa cometesse um crime (ou fosse vitima de um), passasse por uma tragédia pessoal ou cometesse qualquer ato considerado imoral, por exemplo, está pessoa poderia mudar de cidade e recomeça uma nova vida em outro lugar, atualmente isso é quase impossível, pois as informações viajam em grande velocidade e todos têm acesso a elas, é como se o erro cometido fosse persegui-lo pelo resto da vida.

E pensando nisso é que existe o direito ao esquecimento, pois todos têm direito a uma segunda chance na sociedade, podendo pedir para que a mídia, não relembre os fatos ocorridos e suas informações sejam retiradas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

da internet (sites), tendo direito a danos morais e materiais caso, sua vontade não seja respeitada, a depender do caso concreto.

1. CONCEITO

O direito ao esquecimento é um direito da personalidade, pois é um direito intrínseco ou inerente ao ser humano, que tem como intuito a proteção da privacidade de cada individuo, é o direito que garante que um individuo não seja julgado por tempo indeterminado por um fato negativo ocorrido em sua vida, não importando a veracidade deste fato.

Fábio Ulhoa Coelho (2012) afirma "Os direitos da personalidade são essenciais às pessoas naturais, porque não há quem não os titularize: direito ao nome, à imagem, ao corpo e suas partes, à honra etc", conforme a afirmação do doutrinador Fábio Ulhoa Coelho, o direito ao esquecimento, pode ser considerado essencial, já que ele é considerado um direito da personalidade e todas as pessoas que possuem personalidade jurídica é seu titular, lembrando que o titular dos direitos da personalidade é o ser humano, mas as pessoas jurídicas também possuem alguns direitos da personalidade, como por exemplo, o direito imagem e o direito ao nome.

A cerca das características dos direitos da personalidade Fábio Ulhoa ainda afirma "Os direitos da personalidade são absolutos (oponíveis erga omnes) e vitalícios. Na sua maioria, são extrapatrimoniais, indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e intransmissíveis".

2. FUNDAMENTAÇÃO

O direito ao esquecimento é considerado pela maioria dos doutrinadores como um direito da personalidade, esse direito garante a inviolabilidade de outros direitos da personalidade como o direito a imagem e a privacidade na sociedade da informação.

De acordo com o enunciado nº 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil pelo Conselho da Justiça Federal "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". O principio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988 e tem como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

finalidade a garantia que todos os cidadãos brasileiros tenham uma vida digna.

Dessa forma é valido ressaltar que seria impossível um individuo ter uma vida considerada digna se um erro no seu passado pudesse influenciar toda a sua vida e a opinião pública ao seu respeito. Ainda presente na Constituição Federal Art.5º inciso X, garante a inviolabilidade da imagem, a vida privada, sendo assegurada inclusive uma indenização por danos morais ou materiais decorrente de tal violação, algo que infelizmente está cada vez mais comum.

Já no código civil está presente nos artigos 20 e 21 a proteção ao direito de imagem e a vida privada do individuo, os artigos afirmam que a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas a seu requerimento, quando atingirem sua honra e boa fama, enquanto sua vida privada é considerada inviolável e o juiz a requerimento do interessado deverá tomar as providencias cabíveis.

Em relação à internet a LEI N° 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, também reforça a aplicabilidade do direito ao esquecimento se necessário ao reconhecer como um dos seus princípios a proteção da privacidade (artigo 3º inciso II da presente lei), ainda no artigo 7º inciso I volta a afirmar os direitos dos usuários "inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Por fim, mesmo que o direito ao esquecimento não esteja positivado no ordenamento jurídico, é possível a sua aplicação, para a proteção do direito da imagem e privacidade do individuo, através de analogia no caso concreto.

3. CASOS HIPOTETICOS

Neste tópico serão apresentados alguns casos hipotéticos de possíveis aplicações do direito ao esquecimento, para melhor compreensão do tema.

A) Hipoteticamente uma mulher sofre um acidente de carro enquanto estava dirigindo, no carro estavam seu marido e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

seus dois filhos que acabam morrendo no capotamento do carro, nesse momento foram tiradas várias fotos por pessoas que ali estavam presentes e estas fotos foram parar na internet. Apesar dos graves ferimentos a mulher sobrevive. Depois de alguns meses em coma ela acorda e descobri que seu marido e filhos já foram enterrados e sua historia foi exaustivamente passada em todos os canais de televisão, a mulher entra em depressão e precisa do auxilio de um psicólogo para se recuperar do fato. Mas se passam 15 anos e todos esquecem o que aconteceu com aquela mulher, e sua vida volta ao mais próximo possível do normal, até que um dia um canal de televisão resolve relembrar o fato, sem qualquer autorização da sobrevivente daquela tragédia, agora todos no país voltam a comentar a tragédia que ocorreu na sua vida a deixando depressiva novamente. Com base nesse caso hipotético é possível afirma, que o seu direito ao esquecimento foi completamente violado sem contar no seu direito de imagem e privacidade, fazendo com que uma indenização por danos morais seja extremamente justa pelo sofrimento da vitima.

B) Suponha que alguém que foi muito famoso nas décadas 80/90 resolvi que deseja viver uma vida anônima, pois cansou da fama, esse anonimato seria quase impossível se a mídia ficasse sempre relembrando para o grande público aquela época que esse indivíduo deixou para trás. Dessa forma essa pessoa pode se utilizar do seu direito de imagem, privacidade e de seu direito ao esquecimento para que sua vontade seja respeitada.

C) Considere que um homem cometa um crime hediondo, e este homem fique nacionalmente conhecido por esse fato, como todo individuo esse homem tem família, seja um irmão ou até filhos, que não tem culpa e nem envolvimento no caso, mesmo assim toda a vez que este homem é citado na mídia a sua família também é citada, mesmo após ter se passado muito tempo do ocorrido. Dessa forma, os familiares dessa pessoa que cometeu tal crime têm direito ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

esquecimento, principalmente, pois não foram elas que cometeram tal crime, sendo que a vinculação ao individuo que comete um crime hediondo é algo altamente prejudicial na esfera social.

D) Uma pessoa comete um crime, não importando a natureza desse crime, seja uma extorsão, furto ou estelionato, por exemplo, este individuo é condenado (caso o individuo seja absolvido, provavelmente ele também não vai querer ficar relembrando que teve que passar por um processo criminal e muito menos vai querer seu nome vinculado a um ato ilícito), e passa um longo período da sua vida preso, mas mesmo após a sua saída da prisão a mídia insiste em continua falando do fato, impossibilitando que esse individuo tente recompor a sua vida, após já ter pago sua divida com a sociedade. O direito ao esquecimento teria como função, ajudá-lo a retorna a sociedade, pois não teria como ele ter um emprego, ter uma vida social, sem ao menos ter direito a uma segunda chance.

E) Uma pessoa vitima de um crime (estupro, por exemplo), teria grande dificuldade de se recuperar do trauma, se este fosse noticiado regularmente, o que poderia causar uma grave depressão (problemas psicológicos) o que poderia levar a vitima até mesmo a um suicídio.

F) Informações difamatórias, caluniosas, desatualizadas e irrelevantes também podem ser passiveis ao direito ao esquecimento, como ocorreu em 2014 na Europa, após uma decisão do Tribunal de Justiça da União Européia.

4. DIREITO AO ESQUECIMENTO E AS REDES SOCIAIS

Nos dias atuais existem diversas informações na internet e nas redes sociais, com milhares de visualizações e comentários, muitas vezes estes discriminatórios e difamatórios. Dessa forma as noticias se espalham de forma mais rápida do que há 30 anos, e é bem comum que saiam várias noticias, sendo que muitas vezes essas notícias não são verdadeiras, mas os usuários das redes sociais, na maioria das vezes não ligam para veracidade da noticia, violando a privacidade de qualquer individuo, seja ele famoso ou não.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com base nesse raciocínio existe a extrema importância do direito ao esquecimento, pois seria extremamente cruel e prejudicial à vida de qualquer individuo que um fato negativo da sua vida pudesse prejudicá-lo de forma pertinente, criando assim um transtorno sem fim.

O grande problema é que quando uma noticia é compartilhada nas redes sociais é quase impossível exclui - lá, deixando a pessoa que está tendo a sua privacidade exposta completamente vulnerável, a difamações, ameaças e até mesmo agressões físicas. Mas como tudo é passageiro, principalmente nas redes sócias e meios de comunicação provavelmente tal noticia deixará de ser novidade, mesmo sendo incerto em quanto tempo, podendo isso ocorrer em poucas horas ou até semanas, de qualquer forma o estrago na vida social e até mesmo familiar do individuo já estará feito.

Dessa forma o direito ao esquecimento deve ser considerado uma forma para que tal transtorno não volte a acontecer na vida daquela pessoa, pois se a mídia esquecer o fato será uma questão de tempo para que todos os usuários de redes sociais acabem se esquecendo também, mas se a mídia não esquecer tais fatos e ficarem relembrando-os de tempos em tempos, aqueles que estão envolvidos nesses fatos, nunca conseguiram retomar a sua vida.

5. DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O DIREITO A PRIVACIDADE

O direito a privacidade e o direito ao esquecimento têm muitas similitudes, tendo apenas uma linha tênue que os separam, mesmo que o direito a privacidade seja uma das principais fundamentações (pilares) do direito ao esquecimento, sendo que ambos são considerados direitos da personalidade. Em relação ao direito a privacidade Carlos Roberto Gonçalves (2012), afirma:

> A proteção à vida privada visa resguardar o direito das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, em sua família, em sua correspondência, em sua economia etc. O direito de estar só, de se isolar, de exercer as suas idiossincrasias se vê hoje, muitas vezes, ameaçado pelo avanço tecnológico, pelas fotografias

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> obtidas com teleobjetivas de longo alcance, pelas minicâmeras, pelos grampeamentos telefônicos, pelos abusos cometidos na Internet e por outros expedientes que se prestam a esse fim.

Dessa forma o direito a privacidade está ligado a qualquer coisa que envolva a vida pessoal (privada) de um individuo como fotos, vídeos, arquivos pessoais presentes no computador, correspondências e emails, um individuo pode muito bem não querer que outras pessoas mexam no seu celular, mesmo que não tenha nada impróprio, pelo simples fato de querer que sua privacidade seja respeitada.

Enquanto o direito ao esquecimento está ligado a um fato de possível notoriedade e repercussão midiática (um fato que se torna público) e provavelmente de teor negativo como um crime, ou uma tragédia pessoal que teve repercussão na mídia ou na cidade onde aquela pessoa reside, seja como for, é um fato passado que a pessoa ou pessoas envolvidas desejam deixar para trás, para assim poderem seguir as suas vidas normalmente.

6. CRITICAS AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Aqueles que são contra ao direito ao esquecimento, afirmam que este direito é uma violação ao direito a liberdade de impressa, mas no direito é bem comum que direitos distintos acabem se conflitando, o que não significa que um anula o outro.

Com base nesse pensamento é possível afirmar que o direito ao esquecimento não fere o direito a liberdade de imprensa, pois os jornalistas não são proibidos de publicar ou noticiar novas notícias, apenas seriam proibidos de republicar essas notícias de forma pertinente, fazendo com que as pessoas que estão de alguma forma interligadas a essas notícias, sofram sem um real motivo, tendo sua imagem usada e sua privacidade invadida de forma sensacionalista.

Também existem aqueles que afirmam que o direito ao esquecimento é uma afronta ao direito de memória histórica e a ordem pública, o que é algo precipitado, já que na maioria das vezes os fatos que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

vão parar no judiciário não possuem relevância histórica e dificilmente iriam parar em um livro de historia, para um fato ter alguma relevância histórica é preciso que este fato tenha alguma importância social para época.

Um bom exemplo seria a tentativa de homicídio do presidente da república, pois em razão do seu cargo isso causaria grande impacto social, possuindo assim uma relevância histórica, em relação à ordem pública (fatos de interesse público e relevância social) é algo a ser respeitado, mas um fato que ocorreu há muitos anos pode já não possuir mais relevância para ordem pública, enquanto outros sim, um bom exemplo, seria políticos e seus partidos com históricos de corrupção.

O direito ao esquecimento também é considerado para alguns, um meio de censura da informação, bem existem dois tipos de informação, aquela útil e necessária e aquela informação meramente difamatória e sensacionalista, no fim, caberá ao magistrado decidir, a relevância da informação no caso concreto.

7. ANÁLISE HISTÓRICA DO INSTITUTO

O direito ao esquecimento é um tema bastante polêmico, pois acaba conflitando o direito de liberdade de expressão (liberdade de imprensa), previsto nos artigos IV, IX, XIV e 220 §§ 1º e 2º da Constituição Federal (CF) com o direito da imagem e privacidade, previstos no artigo X da CF.

Com base nisso, só é possível a aplicabilidade do direito ao esquecimento, através da analise do caso concreto. A primeira grande aplicação do direito ao esquecimento ocorreu na Europa, quando foi sancionado pela corte da União Européia em 13 de maio de 2014, que links para informações desatualizadas e irrelevantes são passiveis de serem apagadas, sendo assim o Google foi obrigado a excluir determinadas informações, quando solicitado.

O Google informou que recebeu mais de 12.000 solicitações para que fossem excluídos os seus nomes do serviço de busca, isso ocorreu um dia após disponibilizar o anúncio que cumpre a decisão o Tribunal de Justiça da União Européia (Conforme informação da Revista Veja).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Já no âmbito nacional é possível destacar ao menos dois casos de extrema importância para o direito ao esquecimento. O primeiro é o caso da Aída Curi, em 1958, no bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro, Aída Curi, ao voltar da aula no período da noite, envolveu-se com as palavras de um jovem rapaz e aceitou seu convite para conhecer a cobertura de um apartamento à beira mar. Ao chegar ao local, Aída sofreu uma tentativa de estupro e desmaiou motivo pelo qual foi jogada do décimo segundo andar do prédio, pelo rapaz e um amigo, na tentativa de forjar um suicídio

Após 46 anos, no ano de 2004, a rede Globo, por meio do programa Linha Direta-Justiça, produziu os fatos ocorridos, o que criou grande abalo em seus familiares. Os irmãos de Aida ajuizaram ação de danos morais, materiais e a imagem em face da rede Globo, que acabou tramitando até a quarta turma do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), que reconheceu o direito ao esquecimento, mas o recurso especial não foi provido, por considerar que não houve exagero por parte da Rede Globo e que se tratava de um caso histórico de interesse e conhecimento público de quase cinquenta anos e que este fato já não poderia causar a mesma dor emocional de antes em razão da passagem de tempo.

O segundo é o caso da Chacina da Candelária, que ocorreu em 1993, perto da igreja da candelária, crianças e adolescentes que moravam nas ruas foram surpreendidos, e de forma cruel, foram baleadas por policiais enquanto dormiam, oitos jovens morreram e vários outros ficaram feridos. No decorrer do processo foram indiciadas sete pessoas, seis condenadas e uma absorvida.

Em 2013, Jurandir Gomes de França, ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo, pois foi absorvido por negativa de autoria. Em 2006 o programa Linha Direta-Justiça contou o caso da Chacina da Candelária e mesmo com expressa negativa em relação de sua imagem ser vinculada ao caso, a Rede Globo, o ignorou e transmitiu o caso, citando o seu nome.

Novamente o processo tramitou até a quarta turma do STJ, o acórdão proferido teve como base o caso de Aida Curi, e mesmo estando diante de um fato histórico, foi reconhecido que seria possível, transmitir o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

caso da Chacina da Candelária sem citar o nome de Jurandir Gomes de França ao contrario do caso de Ainda Curi, dessa forma o STJ entendeu que o autor tinha direito a indenização no valor de cinquenta mil reais pela violação do direito a privacidade e direito ao esquecimento.

Existem outros casos de menor relevância dentre eles pode se destacar o caso da apresentadora Xuxa Meneghel que antes de se torna uma famosa apresentadora de programas infantis, participou do filme Amor Estranho Amor de 1982 onde sua personagem tinha relações sexuais com um garoto de 12 anos e ainda posou completamente nua no mesmo ano.

Em consequência desse passado Xuxa já tentou retirar todas as suas imagens do Google, que vinculava o seu nome as palavras "sexo" e "pedofilia", mas acabou não conseguindo, pois o STJ entendeu que os sites de pesquisa não são responsáveis pelo conteúdo, devendo a apresentadora buscar a retirada do conteúdo ofensivo dos próprios sites que os disponibilizam.

Já em 2013 a apresentadora obteve sucesso ao processar a emissora Bandeirantes que pagou R$1,1 milhão (R$1 milhão por danos matérias e R$100 mil por danos morais, inicialmente esse valor seria de R$4 milhões de acordo com a decisão de primeira instancia, mas foi reformulado pelo TJRJ que o achou abusivo) pela exibição de fotos antigas onde a apresentadora aparecia sem roupas (em uma revista masculina) foram exibidas à tarde em um programa do apresentador Leão Lobo na Rede Bandeirantes.

A emissora tentou recorrer na terceira turma do superior tribunal de justiça para rediscutir o valor da indenização, mas não obteve êxito, por falta de comprovação de preparo, sendo dessa forma mantida a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ).

Com base nos casos aqui apresentados é possível, perceber a importância da interpretação no caso concreto, sendo levada em conta fatores históricos e sociais, sempre respeitando o direito a informação, mas sendo resguardado o direito a privacidade e por consequência o direito ao esquecimento.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, o objetivo desse artigo foi alcançado ao demonstrar a relevância do direito ao esquecimento na chamada sociedade da informação, conhecida pelas redes sociais, o seu expressivo número de usuários e a rápida velocidade de informações, sejam elas verdadeiras ou não.

No artigo foi apresentado um conceito, uma fundamentação com base no principio da dignidade da pessoa humana, casos hipotéticos e uma análise histórica do instituto dos principais casos envolvendo o direito ao esquecimento.

Dessa forma, a própria privacidade e imagem do individuo são protegidas por esse instituto, que tem como finalidade a proteção da pessoa que esteve envolvida em um fato normalmente de teor negativo, que através da mídia e redes sociais teve sua vida exaustivamente exposta e desrespeitada, este direito é tão relevante que mesmo, não estando positivado foi reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça, através do enunciado nº531 da VI Jornada de direito civil e é possível encontra jurisprudências a seu favor.

Com isso é possível afirmar que o direito ao esquecimento deve ser resguardado, frisando-o como direito da personalidade, sendo respeitados os fatos históricos ou de caráter de ordem pública, a sua positivação no ordenamento jurídico (com um rol taxativo e regras bem especificadas) seria algo benéfico, pois evitaria injustiças e equívocos pela falta de lei específica, criando assim uma segurança jurídica para o assunto.

Referencias

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. ***Enunciado n. 531***. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, VI, 2013, Brasília, DF

BRASIL. ***Constituição da Republica Federativa do Brasil***. 5-10-1988. Brasília-DF

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. ***Código Civil Brasileiro***

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. ***LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014***. Brasília – DF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça -STJ- ***Recurso especial*** *n.1.334.097*-RJ (2012/0144910-7) de 28 de maio de 2013 –Brasília – DF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- STJ- ***Recurso Especial*** *nº 1.335.153*-RJ (2011/0057428-0) Brasília, DF, 28 de maio de 2013 –Brasília - DF

COELHO, *Fabio Ulhoa de* ***Curso de Direito Civil*****-Parte Geral 1**-5º edição-2012

GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil brasileiro, volume 1 : parte geral** / Carlos Roberto Gonçalves. — 10. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

https://anistia.org.br/noticia/nota-publica-20-anos-da-chacina-da-candelaria-nao-vamos-esquecer/Acesso: 06/09/2017

https://contexto-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/238625688/band-tera-de-pagar-r1-1-milhao-por-divulgar-fotos-de-xuxa-sem-autorizacao/Acesso 06/10/2017

Redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJO-5257-215780,00.html/Acesso: 06/09/2017

Veja. abril.com. br/tecnologia/em-um-dia-google-recebe-12-000-**pedidos-de-direito-de-ser-esquecido**/Acesso:06/09/2017

WWW.Conjur.com.br/2014-mai-12/google-nao-apagar-resultado-buscas-xuxa-pedofila-Acesso: 06/10/2017

NOTA:

[1] Graduação em ciências jurídicas e sociais na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2005). Especialização em Direito Público, na Escola Paulista de Direito (2006). Especialização em Direito Tributário, no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2008). Especialização em Direito Empresarial e Tributário, na Unitoledo/Araçatuba (2013). Especialização em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Direito Constitucional, na Anhanguera/Uniderp (2014). Mestrado Profissional em Ciências Ambientais na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis-SP (2016). Aluna Regular do Programa de Cursos para Doutorado, na Universidad de Buenos Aires. Advogada no escritório de advocacia Páez e Bertolo. Professora Universitária na Universidade Brasil, campus Fernandópolis-SP.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

ENTRE O COSTUME E A LEI

BRUNO CÉSAR TAKAHASHI: Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, Palmas, Tocantins.

ENIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO

(Orientador)[1]

Resumo : O presente estudo vislumbra analisar a cultura do povo indígena Yanomami, em especial à prática "tradicional" do infanticídio em contraponto à normatização penal brasileira que tutela a vida como bem maior protegido sopesando a conduta indigenista e a cultura ocidental, em busca de uma composição entre o relativismo e o universalismo dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: infanticídio; yanomami; direito penal; cultura.

Abstract : The present study aims at analyzing the culture of the Yanomami indigenous people, especially the "traditional" practice of infanticide as a counterpoint to the Brazilian penal norm that protects life as a much greater protected by weighing indigenist conduct and Western culture, in search of a composition between relativism and the universalism of human rights.

Keywords: infanticide; Yanomami; criminal law; culture.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A PRÁTICA DO INFANTICÍDIO YANOMAMI E A LEI BRASILEIRA. 2.1. A CULTURA DO INFANTICÍDIO YANOMAMI. 2.2. A LEI BRASIELRIA E O INFANTICÍDIO. 3. PARADOXO ENTRE A NORMA E A CULTURA. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

O filicídio refere-se à morte de uma ou mais crianças por um, ou ambos os pais, independentemente da idade da vítima (RESNIK, 1969). Dentro desse conceito jurídico filosófico amplo, incluímos o neonaticídio e o infanticídio, tipificado como crime no Brasil em 1830, com a implantação do Código Criminal[2]. (CORREIA, 2016)

De encontro à normatização, temos, na contemporaneidade, tribos indígenas que praticam ritual milenar de abreviar a vida de seus recém-nascidos, geralmente, quando acometidos por uma grave malformação ou deficiência de desenvolvimento, mas também, mais raramente, quando a mãe não tem condições normais de amamentar e cuidar de seu bebê. (ALBERT, 2011)

Conforme dados do Mapa da Violência e Ministério da Saúde (MS), foram registradas entre os anos de 2012 e 2015, nas aldeias Yanomami dos municípios de Alto Alegre e Caracaraí, estado de Roraima, 159 mortes de recém nascidos. (CORREIA, 2016)

Deste modo, utilizando de revisão e pesquisa bibliográfica, faremos um paralelo entre este costume indígena em específico, que em sentido *lato*, é defendido no caput do artigo 231[3], e o preconizado no artigo 5ª[4] caput da referida carta magna que preconiza da "inviolabilidade do direito à vida" sem distinção de qualquer natureza.

Iniciaremos nossa análise com a apresentação da cultura do povo indígena Yanomami, que salientamos, não vivem apenas em território brasileiro; logo após nos ateremos à legislação vigente no que se refere ao tema proposto para que, *a posteriori*, seja possível sopesar a conduta indigenista e a cultura ocidental, em busca de uma contraposição entre o relativismo e o universalismo dos Direitos Humanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2. A PRÁTICA DO INFANTICÍDIO YANOMAMI E A LEI BRASILEIRA

2.1 A CULTURA DO INFANTICÍDIO YANOMAMI

A prática do "infanticídio" é sempre para as mães Yanomami uma escolha extrema, causadora de grande tormento psicológico. Portanto, nada nos permite rotulá-la preguiçosamente como uma simples "regra cultural", para não dizer ritual, e logo condená-la com todo o arsenal de preconceitos com o qual nosso imaginário projetivo assola habitualmente os povos indígenas. Devemos fazer o esforço de entender o contexto social no qual essas mães são levadas a tal escolha. Casos de "infanticídio" ocorrem tradicionalmente entre os Yanomami logo após o parto quando o recém-nascido se encontra acometido por uma grave malformação ou deficiência de desenvolvimento, mas também, mais raramente, quando a mãe não tem condições normais de amamentar e de cuidar de seu bebê. Isso pode acontecer quando esta apresenta grave doença, é excessivamente jovem e/ou sem apoio alimentar do genitor, ou ainda quando tem gêmeos (neste caso um é sacrificado, pois não poderá ser devidamente amamentado). Ocorre também, pela mesma razão, quando o nascimento acontece fortuitamente antes do fim do período de amamentação de outro bebê. De fato, as mães Yanomami procuram geralmente manter um intervalo de cerca de três anos entre cada nascimento a fim de garantir uma amamentação adequada a seus filhos. (ALBERT, 2011)

Não há nada de errado com crenças, culturas, tradições e costumes, desde que elas não afetem direitos sensíveis, essenciais e universais, como a vida de um nascituro, uma vida, bem maior tutelado pelo direito. A questão que envolve o infanticídio é a privação de direitos que ocorre a estes seres humanos. Muitas etnias indígenas brasileiras ainda praticam o ato de infanticídio de forma que deve ser observado para buscar uma forma de solucionar tal problema. (ALBERT, 2011)

Falamos aqui, de acordo com nossa nomenclatura jurídica, de neonaticídio, eliminação pós-parto de um recém-nascido (neonato) pela mãe da criança. As mulheres Yanomami dão à luz na floresta, sozinhas ou,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

quando mais novas, acompanhadas de mulheres de seu círculo familiar. Os homens estão excluídos do parto e das decisões referentes ao recém-nascido. Uma vez aceito pela mãe e iniciada a amamentação, o bebê é trazido à aldeia e, assim, constituído como ser humano e membro do grupo em sua plenitude, não podendo ser morto posteriormente por nenhuma razão. Não existe, portanto, filicídio entre os Yanomami. (ALBERT, 2011)

Para as mulheres Yanomami, eliminar um recém-nascido nas condições descritas acima é recorrer a uma opção drástica, porém coletivamente aceita em função de circunstâncias notoriamente adversas. Portanto, do ponto de vista da sua sociedade, essa conduta não é julgada como um desvio de conduta individual – um crime – como o seria a partir dos nossos próprios códigos morais e jurídicos. As mulheres Yanomami praticam também, ocasionalmente, o aborto por alguns dos motivos acima citados e outros, como excesso de crianças para criar em função dos recursos alimentares disponíveis etc. Portanto, o neonaticído não é considerado, na sociedade Yanomami tradicional, como uma medida corriqueira, ocorrendo somente como último recurso. (ALBERT, 2011)

Nas últimas décadas as relações dos Yanomami com a sociedade envolvente se intensificaram e essa nova situação de contato produziu uma transformação do contexto social no qual se desenvolvia o neonaticídio tradicional. Em primeiro lugar, observou-se na maioria das regiões da Terra Indígena Yanomami um aumento considerável das taxas de mortalidade infantil causada pela introdução de novas doenças advindas de sucessivas invasões de frentes econômicas (estrada, colonização agrícola, fazendas, garimpos). Portanto, a eliminação voluntária de recém-nascidos passou a constituir um fator agravante do declínio populacional que começou a afetar os Yanomami. (ALBERT, 2011)

Em segundo lugar, as lideranças políticas e os novos profissionais Yanomami (agentes de saúde e professores) que se formaram durante esse período passaram a adquirir um conhecimento do sistema de valores da sociedade nacional, no qual a prática do neonaticídio é moralmente condenada e considerada como um crime (Código Penal, art. 123). Nesse contexto, eles procuraram alicerçar sua defesa dos direitos territoriais, culturais e civis do seu povo nos princípios éticos e jurídicos igualmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

fornecidos pela sociedade envolvente. Ficaram, no decorrer desse processo, cada vez mais conscientes da vulnerabilidade política de uma atitude que consistiria em reivindicar direitos (coletivos ou individuais) baseados num sistema de leis que, em certos aspectos, se pretenderia ignorar. (ALBERT, 2011)

Essas mudanças demográficas e culturais tiveram como consequência uma crescente pressão interna na sociedade Yanomami (sobretudo por parte dos homens) contra as práticas tradicionais de neonaticídio. Entretanto, não se deve esquecer aqui que as mães Yanomami só se encontram frente à penosa opção do neonaticídio quando submetidas a situações sanitárias, sociais e econômicas muito adversas. Nesse contexto, a questão do neonaticídio Yanomami deve ser tratada em termos de saúde coletiva e pública e não pode ser instrumentalizada em cruzadas moralistas medievais contra as culturas indígenas. A responsabilidade dos poderes públicos certamente não consiste aqui em inventar recursos repressivos contra as mães indígenas a pedido de uma ou outra facção religiosa, mas sim de procurar aplicar melhor a legislação sanitária existente afim de ampará-las e de lhes fornecer condições (a serem debatidas e definidas com elas) para evitar esse recurso extremo de eliminação de neonatos. (ALBERT, 2011)

Finalmente, não se pode pensar também que a associação de pregação pró-natalista (de inspiração religiosa ou laica) e política sanitária diretiva bastaria para resolver essa complexa questão. Nota-se, ao contrário, que tais iniciativas acabam muitas vezes gerando efeitos perversos capazes até mesmo de induzir uma intensificação da prática do neonaticídio que elas visavam desencorajar. Assim, entre os Yanomami, o incentivo sistemático à natalidade num contexto de crescimento demográfico decorrente de melhor assistência em saúde conduz progressivamente à uma redução do intervalo entre os nascimentos. Essa redução do intervalo intergenésico, por sua vez, desemboca rapidamente numa degradação do quadro nutricional e sanitário das cada vez mais numerosas crianças menores de cinco anos de idade (redução do tempo de amamentação piora imunológica). Em decorrência desse rápido aumento do número de crianças pequenas observa-se, também, uma piora notável do quadro

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

socioeconômico das famílias (sobrecarga para as mães com muitos filhos subnutridos e frequentemente doentes, número excessivo de dependentes por adulto produtivo, escassez dos recursos alimentícios). Em reação a essa convergência de fatores adversos é então frequente que as mulheres Yanomami recorram novamente à prática do neonaticídio a fim de restaurar o equilíbrio sanitário e econômico de suas famílias. (ALBERT, 2011)

2.2 A LEI BRASILEIRA E O INFANTICÍDIO

O infanticídio teve, através das épocas, considerações diversas. Em Roma, como se vê das Institutas de Justiniano (Liv. IV, Tít. XVIII, §6º), foi punido com pena atroz, pois o condenado era cosido em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, e lançado ao mar ou ao rio. No direito medieval, a Carolina (Ordenação de Carlos V), art. 131, impunha o sepultamento em vida, o afogamento, o empalamento ou a dilaceração com tenazes ardentes. Foi no século XVIII, sobretudo, que o delito passou a ser considerado mais brandamente, e hoje, não obstante vozes do contrário, é orientação comum das legislações e também a seguida pelos Códigos pátrios. Assim o Código Penal Brasileiro também penaliza a mãe que logo após o parto, no estado puerperal mate seu filho: Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (PEDRO & DIEL, 2014)

Nas palavras de Greco (2009, p. 217):

> [...] a figura típica do infanticídio, percebe-se que se trata, na verdade, de uma modalidade especial de homicídio, que é cometido levando-se em consideração determinadas condições particulares do sujeito ativo, que atua influenciado pelo estado puerperal, em meio a certo espaço de tempo, pois que o delito deve ser praticado durante o parto ou logo após. Então, o infanticídio foi tipificado no código penal como um crime que só pode ser praticado pela mãe, ou seja, um crime próprio, contra o filho que acaba de nascer. Dessa forma o legislador

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> tipificou o período que restava entre a conduta de aborto e homicídio.

O infanticídio, que significa assassínio de uma criança, particularmente de um recém-nascido. O artigo 123 do Código Penal caracteriza o crime de infanticídio como o ato de matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho durante o parto ou logo após. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro não possui explicações mais abrangentes por faltar conhecimento sobre o caso, aonde os mesmos não têm provas a posteriori sobre o determinado assunto. (PEDRO & DIEL, 2014)

Na antiguidade matavam-se os recém-nascidos quando escasseassem alimentos ou estes eram oferecidos em cerimônias religiosas. Relata Gonçalves (2003, p.402):

> No primitivo direito romano somente a mãe era incriminada. O Pai, em virtude do jus vitae AC necis sobre os filhos, não cometia qualquer crime se matasse o filho que acabasse de nascer. Este poder, afirma Mommsen estava compreendido no direito de propriedade, pelo que já na república se punia com homicídio a morte do filho realizada secreta ou aleivosamente. Foi ao templo de Constantino que o infanticídio praticado pelo pai começou a ser punido, porque foi reafirmada no império de Justiniano, culminando-se então pesadas penas para este crime, tradição que se manteve por influência da Igreja. Até o início do século XIX, unia-se severamente em toda a Europa este crime. Quando o infanticídio passou a receber o tratamento privilegiado, levava-se em conta, primordialmente, a intenção da mãe de ocultar a própria desonra, tanto assim que o Código Penal de Portugal, no tipo penal de infanticídio, até 1995 incluía a finalidade especifica" para ocultar a desonra", que foi abolido na atual descrição típica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

No Código Penal Brasileiro de 1890, que precedeu o de 1940, previa pena privilegiada para a mãe que matasse o filho recém-nascido "para ocultar a desonra própria"(art. 298 parágrafo único). (ALBERT, 2011)

De acordo com o art. 123 do Código Penal Brasileiro, o Infanticídio caracteriza-se com a seguinte conduta: "Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após". Esta, portanto, é a descrição legal do mencionado crime. (PEDRO & DIEL, 2014)

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 138):

> Trata-se do homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal. É uma hipótese de homicídio privilegiado em que, por circunstâncias particulares e especiais, houve por bem o legislador conferir tratamento mais brando à autora do delito, diminuindo a faixa de fixação da pena (mínimo e máximo). Embora formalmente tenha o legislador eleito a figura do infanticídio como crime autônomo, na essência não passa de um homicídio privilegiado, como já observamos.

Já Cleber Masson assevera que (2018, p. 49):

> O infanticídio, que em seu sentido etimológico, significa a morte de um infante, é uma forma privilegiada de homicídio. Trata-se de crime em que se mata alguém, assim como o art. 121 do Código Penal. Aqui a conduta também consiste em matar. Mas o legislador decidiu criar uma nova figura típica, com pena sensivelmente menor, pelo fato de ser praticado pela mãe contra seu próprio filho, nascente ou recém-nascido, durante o parto ou logo após, influenciada pelo estado puerperal.

De acordo com Fernando Capez (2003, p. 214):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Trata-se de uma espécie de homicídio doloso privilegiado, cujo privilegium é concedido em virtude da "influência do estado puerperal" sob o qual se encontra a parturiente. É que o estado puerperal, por vezes, pode acarretar distúrbios psíquicos na genitora, os quais diminuem a sua capacidade de entendimento ou autoinibição, levando-a a eliminar a vida do infante.

O privilégio constante dessa figura típica é um componente essencial, pois sem ele o delito será outro (homicídio, aborto). Assim é que o delito de infanticídio é composto pelos seguintes elementos: matar o próprio filho; durante o parto ou logo após; sob influência do estado puerperal. Excluído algum dos dados constantes nessa figura típica, esta deixará de existir, passando a ser outro crime (atipicidade relativa). (PEDRO & DIEL, 2014)

O puerpério é o período que se estende do início do parto até a volta da mulher às condições pré-gravidez. Como toda mãe passa pelo estado puerperal – algumas com graves perturbações e outras com menos -, é desnecessário a perícia. Porém, de acordo com Rogério Greco, é exigida a conjugação do estado puerperal com a influência por ele exercida na agente. Se não houvesse influência no comportamento da gestante, o fato deverá ser tratado como homicídio. (PEDRO & DIEL, 2014)

Parte da jurisprudência vem entendendo que a influência do estado puerperal na conduta da agente que mata o próprio filho após o parto é presumida. Há entendimento contrário. No caso, considerando que os fatos não ocorreram logo após o parto, não há como reconhecer a influência do estado puerperal (RES, 224. 577-3/ Barretos, 4ª Câm. Crim. De Férias ' julho/98', Rel. Passos de Freitas, v. U., 23/7/-1998). Com isso a Prova Pericial pode se fazer necessária, conforme esclarece Francisco Dirceu Barros (2016, p. 165):

> o entendimento da jurisprudência majoritária é no sentido da dispensa da perícia médica para a constatação do estado puerperal, visto que este é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> efeito normal e corriqueiro de qualquer parto. O que na realidade existe é uma presunção juris tantum, ou seja, até que se prove ao contrário, a mulher após o parto tem perturbações psicológicas e físicas, geralmente normais, mas, quando intensas causa um distúrbio tão grande que a mulher pode eliminar o neonato, ou seja, o recém-nascido.

Não significa que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica, é preciso que fique constatado que esta realmente sobreveio em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. (PEDRO & DIEL, 2014)

A influência do estado puerperal pode exercer diversas funções e produzir diferentes efeitos, dependendo do contexto em que se encontra. Assim, por exemplo, será elementar do tipo quando apenas influenciar a conduta de matar o próprio filho; quando, porém, sua intensidade for suficiente para perturbar a saúde mental a ponto de reduzir-lhe a capacidade de discernimento e determinação; ou, ainda, poderá excluir a imputabilidade, se atingir o nível de doença mental. (PEDRO & DIEL, 2014)

A vontade e a consciência devem abranger a ação da mãe puérpera, os meios utilizados na execução (comissivos ou omissivos), a relação causal e o resultado morte do filho. A tipificação deste crime só admite a modalidade dolosa, como destacava Heleno Fragoso: "Exige o dolo, porém, na forma de vontade viciada pelas perturbações resultantes da influência do estado puerperal". (PEDRO & DIEL, 2014)

Objetivamente considerada, a ação de matar o próprio filho é, em tese, mais desvaliosa que matar um estranho. Embora a "influência do estado puerperal" não constitua elemento estrutural do dolo, não se pode negar que a sua presença minimiza a intensidade deste. É exatamente essa circunstância subjetiva especial da puérpera que tora menos desvaliosa a ação de matar o próprio filho, comparando-se com a mesma ação de matar alguém. (PEDRO & DIEL, 2014)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A pena é a detenção de dois a seis anos, para o crime consumado. Não há previsão de qualificadoras, majorantes ou minorantes especiais nem modalidade culposa. A ação penal é pública incondicionada. (PEDRO & DIEL, 2014)

Nesse sentido, apresentamos as Jurisprudências a posteriori:

> Existindo fortes indícios de que a acusada agiu com animus necandi, não há como acolher, de plano, a tese de erro de tipo razão pela qual deverá a acusada ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri. Se as provas dos autos, inclusive as de natureza pericial, atestam que a recorrente matou o seu filho, após o parto, sob a influência de estado puerperal, imperiosa a desclassificação da imputação de homicídio qualificado para que a pronunciada seja levada a julgamento pelo cometimento do crime de infanticídio (art. 123 do Código Penal) (TJMG, AC 1.0702.04.170251-/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJ08/05/2009).

> Inexistindo elemento probatório a demonstrar que psiquicamente perturbada sua consciência e vontade, por efeito do estado puerperal, salvo as condições de miséria em que vivia não se pode, de plano, operar a desclassificação da conduta (TJRS, Recurso em Sentido Estrito 70014057491, 3ª Câm. Crim., Relª. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 9/3/2006).

> Deve-se desclassificar a imputação feita pela prática de homicídio, para o crime de infanticídio, pelo fato de a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

agente ter praticado o crime logo após o parto e sob a influência do estado puerperal (TJMG, AC 1.0120. 03.900021-7/002 (1), Rel. Des. Paulo Cézar Dias, DJ 2/8/2005).

Tanto o homicídio quanto o infanticídio pressupõem a conduta típica 'matar', repousando a diferença entre ambos apenas na específica situação em que se encontra o agente deste último, qual seja, o 'estado puerperal', definindo como sendo 'o período que vai do deslocamento e expulsão da placenta à volta do organismo materno às condições normais' (MIRABETE, Júlio Fabrini. Código penal interpretado. 4. Ed. São Paulo: Atlas, p.842) (TJMG, Processo 1.0003.01.000863-3/001 (1), Rel. Sérgio Braga, pub. 16/9/2005).

A destruição do feto durante o parto caracteriza o crime de homicídio, desde que não praticada por quem se encontrar nas condições do privilégio previsto no art. 123 (infanticídio) do Código Penal (TJMG, Processo 2.0000.00.432144-2/000 (1), Rel. Alexandre Victor, pub. 29/5/2004).

Parte da jurisprudência vem entendendo que a influência do estado puerperal na conduta da agente que mata o próprio filho após o parto é presumida. Há entendimento contrário. No caso, considerando que os fatos não ocorreram logo após o parto, não há como reconhecer a influência do estado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> puerperal (SER, 224.577-3/ Barretos, 4ª Câm. Crim. De Férias 'Julho/98', Rel. Passos de Freitas, v. U., 23/7/1998). Estado puerperal. Prova. Perícia médica dispensável. Efeito normal de qualquer parto. Inteligência do at. 123 do CP (TJSP, RT 655, P.272).
>
> Mãe que, ao satisfazer suas necessidades fisiológicas em uma fossa, deu à luz a uma criança, abandonando dentro da mesma. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta praticada logo após o parto – Influência do estado puerperal. Desnecessidade de seu reconhecimento por prova pericial. Recurso provido para esse fim (SER, 155.886-3/Bauru, Rel. Gomes de Amorim, 1ª Câm. Crim., v. U., 24/4/1995).
>
> Ré. Ininputável em razão de doença mental. Estado Puerperal. Correta absolvição sumária com aplicação de medida de segurança (TJRS, RD 70014810014, 1ª Câm. Crim., Rel. Ranolfo Vieira, DJ 21/6/2006).

As jurisprudências apresentadas corroboram o apresentado.

3. PARADOXO ENTRE A NORMA E A CULTURA

Como já mencionado, no capítulo 2 deste trabalho as principais legislações brasileiras que tratam as questões indígenas no país são a Constituição Federal e o Estatuto do Índio. Existe um projeto de Lei tramitando no congresso a respeito da criminalização do ato de infanticídio

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

indígena, o PL 1057, apresentado pelo Deputado Henrique Afonso (PT-AC) em 2007, Lei Muwaji. (PEDRO & DIEL, 2014)

Todavia, ao falar em - práticas nocivas entre outras expressões discriminadoras do ato o projeto se tornou etnocêntrico, precisando, portanto, de ajustes, inclusive quanto à criminalização. (PEDRO & DIEL, 2014)

O Estatuto do Índio protege a cultura dos índios nos seguintes termos:

> Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Também no Estatuto do índio há previsão quanto à garantia do respeito à cultura indígena:

> Art.47 - É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão.

A Constituição Federal também protege a cultura. Conforme artigo 215 e seu § 1º:

> 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. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> participantes do processo civilizatório nacional.

Também versa o supracitado artigo, direitos atribuídos aos povos indígenas de forma a serem preservados pelo Estado:

> Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Entretanto a Constituição Federal também protege o direito à vida o que como já citado neste trabalho:

> 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 [...]

Deve-se levar em consideração o conteúdo supra e cabe aqui reforçar a ideia da importância da vida, visto que sem esta, todos os outros direitos restam comprometidos. Para que haja cultura, deve haver vida. Se não há vida humana direito algum tem serventia. Perde o objeto a qual se pretende garantir a tutela: (JUNIOR, 2011)

> A priori, o conflito tal como se ramifica, situa-se na colisão de caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito, em outros termos, o conflito entre a tutela constitucional da vida e a proteção dos costumes, no qual está compreendido o infanticídio. Assim diante do infanticídio indígena há um conflito entre direitos que precisa ser sanado. Há nesses casos, conforme versa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> Canotilho (1993, p. 228): [...] a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.
>
> Para que um preceito não exclua o outro, deve-se ser utilizado o princípio da concordância prática, conciliando-se assim os dois direitos.

Despindo-se de qualquer resquício de etnocentrismo, deve-se observar que mesmo na cultura indígena das tribos brasileiras, como a suruhawá, a inviolabilidade do direito à vida deve ser preservada, pois praticar o infanticídio é não permitir que uma pessoa que nasça numa determinada cultura sequer participe desta. Não há que afirmar o desrespeito a cultura indígena, entretanto, apenas um auxílio ao desenvolvimento cultural existente no dinamismo. (PEDRO & DIEL, 2014)

O direito à vida é garantido a todos constitucionalmente, portanto garantir a vida dessas crianças é também respeitar estas comunidades, trazendo à estas culturas o entendimento e o conhecimento de que a vida é relevante. Não que eles não compreendam a grandiosidade da vida, mas seja possibilitada à eles a oportunidade de visualizar a complexidade de se privar a vida destes novos seres que, por serem incapazes de expressar claramente suas vontades, dependem de proteção alheia. (JUNIOR, 2011)

Toda cultura é dinâmica, e está sujeita a modificações de acordo com a evolução social. Nesse sentido: (JUNIOR, 2011)

> a solução do conflito deve ser norteada pela ponderação, seguido por circunstâncias que serão avaliadas em cada caso. [...] Frise-se, desde já, que o direito dos povos deve ser resguardado a todo custo e não apregoamos a iniciativa despreparada de interceder com vistas autoritárias. A contrário sensu, clamamos pela criação de comissões especializadas em etnografia, compostas de antropólogos com notável conhecimento na área, para que criem -pontes ou, no dizer de Boaventura, -diálogos interculturais que definidos pela ética, alcancem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> soluções que se coadunem com o paradigma da Constituição e seus ditames. Portanto, é possível solucionar a questão do infanticídio sem exterminar a cultura destes índios. Todavia, cabe a realização de análise e estudo de cada caso concreto para que seja avaliada, exposta, aprovada e aplicada a melhor medida cabível à sua solução.

Deve-se, então, conhecer e explorar os costumes específicos de cada comunidade indígena, na qual esteja inserida a prática de infanticídio, descobrindo as possíveis formas de aplicação de medida sanadora para tal prática, uma vez que, a cultura local é fator determinante para as atitudes sociais. (JUNIOR, 2011)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ser brasileiro é ter a inocência do índio e buscar a esperteza dos colonizadores. Essa afirmação é registrada através de toda a história do Brasil onde a formação do Estado se deu de invasões e colonizações que levaram os primeiro habitantes destas terras a modificarem sua maneira de viver para se adequar as necessidades dos novos moradores. (MELO & GONZAGA, 2015)

Mesmo com toda devastação cultural, existente até hoje, os povos indígenas não perderam sua identidade por completo, já que está enraizada em seus costumes e crenças e é passada de geração a geração. Dessa forma a cultura é um meio fundamental de preservação de identidade social e deve ser resguardada a fim de que não se prejudique a consciência comportamental do povo. (JUNIOR, 2011)

No Brasil a cultura é protegida pela legislação máxima, Constituição Federal, de forma que se constitui um direito fundamental à pessoa. Assim o brasileiro tem direito a ter cultura, bem como a ser respeitado dentro de sua escolha cultural. Essa conquista foi alcançada ao longo dos anos com o desenvolvimento das legislações vigentes bem como das diversas Constituições que fundamentaram a nação. (CORREIA, 2016)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com a mudança constitucional o Brasil protegeu os índios de maneira a lhes salvaguardar direitos merecidos desde sempre, já que foram estes que iniciaram a habitação das terras brasileiras. Também outras legislações mais específicas dispuseram os limites nas relações de direitos entre as comunidades indígenas e as civis fortalecendo a proteção jurídica pessoal bem como a harmonia dos povos. (ALBERT, 2011)

Também no rol dos direitos fundamentais ao homem previstos na Constituição Federal atual, está o direito à vida ao qual ninguém pode ser privado de desfrutá-lo. Não cabe a discussão sobre qual seria o bem jurídico mais valioso uma vez que a vida é o pressuposto lógico da existência, e esta é suporte fático para todo e qualquer direito. (JUNIOR, 2011)

Todavia surge um conflito normativo entre diretos fundamentais quando a cultura se opõe à vida e esta responde negativamente à suas necessidades. Ou seja, diante de práticas culturais que atentem contra a vida cabe ao direito buscar a adequação para regulamentar de maneira justa a situação em questão. (MELO & GONZAGA, 2015)

Assim ocorre diante da prática de infanticídio realizada em comunidades indígenas. O Infanticídio indígena distinto do crime tipificado no Art. 123 do Código Penal Brasileiro, se refere a casos onde a cultura de determinada comunidade indígena priva a vida de crianças a fim de proteger espiritualmente a comunidade. (ALBERT, 2011)

Surge então o ápice do conflito entre os direitos fundamentais -vida e -respeito à cultura. Sob a óptica do próprio índio é preciso buscar uma solução eficaz à seguinte questão, uma vez que a privação da vida retira a possibilidade de qualquer outro direito pertencente à pessoa, inclusive o respeito à cultura. (JUNIOR, 2011)

É, portanto, necessário que o Estado democrático brasileiro, investigue a ação cabível que deve ser tomada em resposta aos problemas sociais e finalize as omissões ocorridas em anos de existência, uma vez que as comunidades indígenas precisam da devida atenção às suas necessidades por parte daquele que tem o papel de buscar as condições plausíveis ao desenvolvimento da sociedade brasileira. (CORREIA, 2016)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, analisar a prática de infanticídio a luz da constituição e ao olhar indígena é verificar que um direito anula outro de forma a extinguir a possibilidade de direitos ao ser afetado pela prática, a criança morta. Cabe então respeitar a cultura, entretanto fazer possível a defesa do direito à vida dessas crianças, conciliando assim os dois direitos. (ALBERT, 2011)

Através de políticas públicas de ensino à valorização da vida o Estado pode, não só trazer solução a questão, mas também, incrementar as culturas dessas tribos que praticam o infanticídio. Dessa forma o Estado revaloriza as raízes dos povos indígenas, uma vez que contribui ao seu desenvolvimento e não a sua diminuição, pois, estará inclusive utilizando-se da visão indígena e não de uma maneira etnocêntrica de ver as coisas. (ALBERT, 2011)

Portanto, é indispensável que os juristas se ocupem dessa questão a fim de embasar soluções ao infanticídio indígena que estejam de acordo com a Constituição Federal, mas também aos próprios costumes dessas comunidades. Vale ressaltar que se trata de comunidades indígenas do Estado Brasileiro, não sendo aceitável a ideia de que são -nação a parte. (JUNIOR, 2011)

Incumbe ao governo do Brasil a responsabilidade de encontrar soluções aos problemas do povo brasileiro, portanto, tarefa do Estado e dever social não se omitir diante de questões com possíveis soluções, pois todo problema onde a solução é procrastinada torna-se maior e mais forte, diante do silêncio. (MELO & GONZAGA, 2015)

REFERÊNCIAS

Albert, B. (2011). **"Infanticídio" Yanomami: Esclarecimentos e Comentários**. *Povos indígenas no Brasil 2006/2010*, 284-286.

Barros, F. D. (2016). **Direito Penal – Parte Especial – Volume I**. 3ª edição. Saraiva. São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

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

_____. TJMG, **AC 1.0120. 03.900021-7/002 (1),** Rel. Des. Paulo Cézar Dias, DJ 2/8/2005

_____. TJMG, **AC 1.0702.04.170251-/001**, Rel. Des. Renato Martins Jacob, DJ08/05/2009

_____. TJRS, **RD 70014810014**, 1ª Câm. Crim., Rel. Ranolfo Vieira, DJ 21/6/2006

_____. TJRS**, Recurso em Sentido Estrito 70014057491**, 3ª Câm. Crim., Relª. Elba Aparecida Nicolli Bastos, j. 9/3/2006

BRASIL. TJSP, **RT 655**, P.272

Capez, F. (2003). **Curso de direito penal**. São Paulo. Saraiva, 2003. V.2.

Correia, L. G. (2016**). RR registra 159 infanticídios em 4 anos**. *Folha Web.*

Fragoso, H. C. (2003). **Lições de Direito Penal**. *Forense.*

Freire, A.C., Figueiredo, B. (2006). **Filicídio: Incidência e factores assiciados.*Análise Psicológica****,*** *4*, 437-446.

Gonçalves, M. L. M., (2003). **Código penal português: anotado e comentado, legislação complementar**. Coimbra. Almedina.

Greco, R. (2009). **Curso de Direito Penal parte especial**. 3 vol. 04 edição. Niterói, RJ:Impetus.

Junior, R. P. M. (2011). Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições. 1ª edição. Saraiva. São Paulo.

Masson, C. (2018). **Direito Penal – Parte Geral**. Volume 01. 18ª edição. GEN – Método. São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Melo, D. M. S., Gonzaga, J. L. V. (2015). **Direito à vida na Constituição Federal Brasileira e o Infanticídio em Comunidades Indígenas.** ***Refletindo o Direito*** *– Revista do Curso de Direito do Cesmac*, nº 1, V. 1 – 2015, 158-195.

Nucci, G. S. (2003). **Código penal comentado**. 3º ed. SÃO PAULO: RT

Pedro, C. Q., Diel, T.O. (2014). **O Delito de infanticídio e o estado puerperal.** ***III Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas – III****CONAPE Francisco Beltrão/PR, 01, 02 e 03 de outubro de 2014.*

Resnick, P.J. (1969). **Child munder by their parentes: A psychiatric review of filicide**. *American Journal of Psychiatry, 126*, 325-334.

NOTA

[1] Docente da Faculdade Serra do Carmo, Palmas, Tocantins.

[2]LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830.

Infanticídio

Art. 197. Matar algum recém-nascido.

Penas - de prisão por três a doze anos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 198. Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua deshonra.

Penas - de prisão com trabalho por um a três anos.

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco anos.

Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dois a seis anos.

Se este crime for cometido por medico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes.

"Penas - dobradas."

(redação original)

[3] Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[4] 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:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

KEITH APARECIDA ARAUJO DE SOUZA:
Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PAEZ

(Orientadora)

RESUMO: Este trabalho aborda um motivo de polemica, a adoção feita por casais homoafetivos. Analisa-se a possibilidade jurídica de pares homoafetivos adotarem, bilateralmente, uma criança ou adolescente, conferindo-lhes isonomia de direitos quanto aos casais heterossexuais. O presente artigo científico tem como finalidade estudar os avanços doutrinários e jurisprudenciais da adoção homoafetiva, estudar a finalidade da adoção com base na nova lei da adoção que introduz importantes mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chaves: criança; adolescente; homoafetivos

ABSTRACT: This work addresses a motive for controversy, the adoption made by homoaffective couples. It is analyzed the legal possibility of homoaffective pairs adopting, bilaterally, a child or adolescent, conferring them rights of rights for heterosexual couples.

This scientific article aims to study the doctrinal and jurisprudential advances of homoaffective adoption, to study the purpose of adoption based on the new adoption law that introduces important changes in the Statute of the Child and the Adolescent.

Keywords: child; adolescent; homoaffective

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. Requisitos da adoção. 2. Uniões homoafetivas e o atual conceito de famílias. 3. Casos de adoção – relatos reais. 4. Reconhecimento por meio do Supremo Tribunal Federal. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA.

INTRODUÇÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Atualmente, muito se questionam quanto à adoção entre casais homossexuais, muitos argumentos são utilizados, os mais frequentes é que os mesmos influenciariam na orientação sexual da criança ou adolescente, tendendo os menores optarem pela homossexualidade, também haver a possibilidade da criança sofrer discriminações, argumentos utilizados pela própria sociedade.

A Lei 12.010/09, conhecida como nova lei da adoção, passou a disciplinar o processo de adoção no país, com objetivo de facilitar mais o acesso para quem deseja adotar uma criança.

A nova lei dispõe em seu texto melhorias das garantias ao direito do convívio familiar de todas as crianças e adolescentes, alterando a matéria com método mais extensivo quanto à adoção, também fez alterações na lei 8.069/90, mais renomada como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A adoção pode ser feita por aqueles que alcançaram a maioridade, maiores de 18 anos, fica vedada a adoção aqueles que não tenham discernimento para á pratica desse ato, os ébrios habituais e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, de acordo com o artigo 1.618 do Código Civil.

Com a vigência da nova lei de Adoção que favoreceu crianças e adolescentes em ter uma família, podendo ser ela, hetero ou homossexual. A finalidadeé introduzir o homossexualismo e a adoção por casal homoafetivos em um nexo histórico, onde se aplica a lei a casais homoafetivos que adotam ou visam adotar uma criança ou adolescente no País.

Casais homofetivos, diariamente tornam-se protagonista de longas batalhas judiciais. O principio moral que existe a frente de adoções requestado por casais homossexuais, pode ser considerada uma grande e exaustiva batalha.

1. REQUISITOS DA ADOÇÃO

Alguns requisitos devem ser concedidos com finalidade que seja instituída a adoção. A adoção se salienta pela vontade do adotante, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

formação de uma família, o adotante deve estar em condições materiais e morais proporcionando ao adotado uma situação de vida estável, assegurando um lar familiar. A principio o adotante, deve ter idade mínima de 18 anos, ou seja, pessoas maiores de 18 anos. Não importa o estado civil, O adotante poderá ser apenas uma pessoa ou também um casal, sendo um homem e uma mulher, casados ou apenas em união estável, Diante disso, contando que, casais separados ou divorciados, podem adotar conjuntamente, dado que o período de convivência com o adotado tenha tido inicio, durante a sociedade conjugal.

Deve existir uma diferença de dezesseis anos entre eles, adotante e adotado, logo, se tratando de um casal, a diferença de idade é obtida pelo adotante mais novo.

Se o adotado possuir idade igual ou superior a 12 anos, esse poderá expor sua vontade. Toda adoção exige intervenção do judiciário, por meio de ação própria, a sentença de adoção institui o adotado nos direitos do adotante, e reciprocamente, faculta a situação de filho ao adotado, desconectando de todos os vínculos com os pais e parentes naturais dele. Restrição em relação dada no assunto "impedimento matrimonial", que se retém o elo de parentesco, se desligando da relação natural, o adotado inicia um vínculo parental consangüíneos do adotante.

Os direitos da adoção começam com o trânsito em julgado da sentença. Exceção: feita na ocorrência do óbito adotante, no curso do processo.

Toda adoção é antecipada com o estágio de convivência. Essa etapa será supervisionada pelo juiz, e antes da pronúncia da sentença. Quando se trata de estágio de convivência, entende-se que é o período de integração entre as partes envolvidas no processo de adoção, com o objetivo de estabelecer bases solidas, para um convívio familiar, é um período de conhecimento familiar. Com a nova lei, 13.509, de 22 de novembro de 2017, fica fixado em até 90 dias, prorrogável por igual período, enquanto que na lei anterior não havia um lapso temporal determinado, ficando a critério da avaliação judicial, todo estágio de convivência terá de ser cumprida no território nacional, de preferência na comarca onde reside a criança ou adolescente, ou a modo do juiz.

2. UNIÔES HOMOAFETIVAS E O ATUAL CONCEITO DE FAMILIA

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, fundado em 1997, O Instituto tem o objetivo de desenvolver e divulgar o conhecimento sobre o Direito de Família, além de atuar como força representativa nas questões pertinentes às famílias brasileiras. Para o instituto no Brasil, o conceito de família, afastou-se do modelo convencional de família constituída pelos laços do matrimonio. Os modelos de família antigamente eram formados sob interesse de ordem econômica, políticos e patrimonial. Grande parte dos casamentos se firmava por convivência, sem afligimento por afeto.

O Professor Sérgio Resende de Barros diz que "O afeto é o que conjuga". O fato é que não é quesito indispensável para que haja uma família que seja somente de homem e mulher, ou seja, que tenha pai e mãe. Há muitas famílias que são formadas apenas de homens ou só de mulheres, do mesmo modo que também poderá ser sem pai ou mãe. Assim, surgiramas famílias mono parentais que são aquelas formadas pelo pai ou pela mãe que tenham seus filhos adotivos ou biológicos, se da pela maternidade ou paternidade, biológica ou adotiva.

As famílias pluriparental,mais conhecida como famílias reconstruídas, ocorrem união matrimonial ou estável por meio de um casal ligado afetivamente, algum deles, ou ambos, tenham tido filhos de um casamento ou relação anterior. família homoafetivas em breve conceito, se trata da união de pessoas do mesmo sexo.

Dados mostram que cada vez mais casais homoafetivos procura garantir às suas relações o reconhecimento como instituição familiar. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana (DIAS, 2005, p. 45), Dentre outras formas de famílias.

Tanto foi a alteração, que se faz necessário buscar um novo conceito de família que engloba todas as novas formas de convívio de família. O padrão deixou de ser o casamento, do mesmo modo que a possibilidade e capacidade procriativa. A frente desta nova realidade, o sujeito identificador destas variáveis formas de formações de famílias, é o vinculo afetivo, presente em todas as formas de convívio. Assim, o afeto passou a merecer a tutela jurídica, tornou-se o elemento estruturante

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De modo que o amparo da proteção jurídica a orientação afetiva sexual e proibição de tratamento discriminatório com base na homossexualidade os laços homoafetivos também passou a receber tutela própria por meio da jurisprudência e da legislação. O relacionamento estável entre pessoas do mesmo sexo em nada difere dos heterossexuais.

3. CASOS DE ADOÇÃO - RELATOS REAIS

Esta questão trata de casos e relatos que ocorreram no nosso país, à adoção é um procedimento legal, que transfere todos direitos e deveres dos pais biológicos para uma família substituída. No âmbito jurídico a adoção é vista como um ato jurídico celebrado entre duas ou mais pessoas estabelecendo a relação de paternidade e filiação legítima.

> *1º Caso: "A primeira adoção por um par homoafetivo do Brasil ocorreu em 2006, na cidade de Catanduva, SP, aconteceu de maneira semelhante ao da Holanda e foi o primeiro caso de adoção por um casal gay no Brasil. Vasco Pedro da Gama Filho e Dorival Pereira de Carvalho Júnior conseguiram, na justiça, adotar Theodora e alterar a certidão de nascimento da garota, onde agora, ambos aparecem com pais e o nome da menor com o acréscimo do sobrenome de ambos, ou seja, Theodora Rafaela Carvalho da Gama".*

No Brasil, são muitos os casos de exemplos de amor e superação por parte dos casais homossexuais pela vida, e por esse motivo, sentem amor e carinho por outras crianças que na verdade não são nem suas.

> *2º Caso: Segundo relatos de Renato, empresário: "Quando eu e Marcos completamos quatro anos vivendo juntos, veio a vontade de ter um filho. Montamos enxoval para adotar um bebê. Foi um susto para toda a família. Como poderíamos criar um filho sem uma mãe? Mas eu fui criado para ter uma família: filhos, gato, cachorro, passarinho... Adotamos Débora com 5 meses. Foi uma experiência tão feliz que, seis anos depois, adotamos Lara. Elas lidam muito bem com nossa orientação sexual. Quando Débora foi para a escola, isso a*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

abalou um pouco. Ela notou que os coleguinhas tinham um pai e uma mãe e ela tinha dois pais. Dizemos a ela que nos amamos e é isso que une uma família. Eu sofri e sofro com a discriminação e não quero que isso se repita com minhas filhas. Nós as preservamos ao máximo e as preparamos para enfrentar as diferenças" (BUCHALA, 2001)

A adoção por casais homoafetivos é cercada por obstáculos tanto judicialmente como por parte da sociedade. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) possibilita a adoção por apenas uma única pessoa, não fazendo nenhuma e qualquer restrição quanto à sua opção sexual, sendo assim uma das alternativas para casais homossexuais que desejam adotar. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixa bem evidente que todas as crianças e adolescentes, sem exceção têm direito à convivência familiar e que a adoção formada por motivos legítimos pode ser deferida unicamente quando presentes reais vantagens a ele.

4. RECONHECIMENTO POR MEIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não existe uma lei expressa dentro do Direito que regularize o relacionamento de duas pessoas que tenham o mesmo sexo. A justiça passou a pronunciar decisões que essas uniões sejam conhecidas como sociedade de fato, usando a sumula 380 do STF. Outros juízes definirão tais uniões como entidades familiares, e na maioria das vezes não proferiam decisões de mérito, justificando que não existia nenhuma previsão legal.

Mesmo com tudo tendente ao reconhecimento dos casais homoafetivos, alguns juízes escaparam da obrigação de ir ao encontro ao Código Civil que pronuncia que apenas poderá ser considerada uma entidade familiar, aquela somente entre homem e mulher.

Para encerrar com as discussões, em 2011 o Supremo Tribunal decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral e pela Procuradoria Geral da República.

O Supremo Tribunal Federal identificou de uma forma unânime o relacionamento estável entre pessoas que tenham o mesmo sexo, de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

acordo com a acepçãodo artigo 1.723 do CódigoCivil. Alem do mais, os Ministros desprezaram toda e qualquer forma de preconceito relacionado às uniões homoafetivo, dado que todos têm o mesmo direito de terem a sua opção sexual, e de construírem uma família, independente de como ela seja, mesmo infelizmente sendo bastante rejeita hoje em dia pela maioria das pessoas na sociedade.

De acordo com o STF, o entendimento de homem e mulher deve ser entendido como gênero, pois não devem ser vistos somente apenas por seus órgãos genitais.

Não seria justo, deixar famílias constituídas por pessoas homoafetivas sem nenhuma resposta. Não se pode diferenciar de nenhum modo uma família de outra, pelo simples fato de serem consideradas diferentes.

Por fim, salientamos o trecho do voto da Ministra Carmem Lucia que expressou de uma forma bem simples e significativa a relação entre a cidadania e a igualdade.

> *"Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em dotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo. E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição). Seria de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como "o comum".*

CONCLUSÃO

Várias são as discussões que faz com que varias pessoas passem observar de uma nova maneira sobre o assunto. De modo que todos são iguais diante da lei, sem discriminação de qualquer natureza, onde

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

estabelece igualdade de deveres e direitos entre pares heteroafetivos e homoafetivos.

É necessário estar ciente de que casais homoafetivos são pessoas normais como qualquer outra e têm direito e dever de constituir uma família de casais heterossexuais, deste modo que passou a exigir a existência da regulamentação em lei se faz excepcionalmente necessária.

De nenhuma maneira pode ser injusto com vários magistrados que entendem esse direito, e que mesmo com a falta de lei que possibilite a adoção de casais heterossexuais, têm feito uma grande e verdadeira história com fundamento no caso estudado. Precisamos de leis que assegurem e facilitem mais a adoção para estas pessoas, , pois desta forma são muitas as crianças que podem ter o sonho realizado de ter uma família que os acolha, ame e respeite.

REFERÊNCIAS

BUCHALLA, Anna Paula. Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica. Revista Veja, São Paulo, 11 Jul.2001.

DIAS, M.B. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. In: A família na travessia do novo milênio. Anais II Congresso Brasileiro de Direito da Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000

CONCEIÇÃO, Leandro. **A adoção de crianças por casais homossexuais deixa de ser um dogma no Brasil e se torna mais um importante passo na luta contra a homofobia**. Disponível em: http://www.revistaforum.com.br/blog/2011/10/theodora-e-seus-dois-pais/. Acessado em: 26/11/14.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume IV: Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008..

FARIAS Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por Homossexuais:** A Família Homoparental Sob o Olhar da Psicologia Jurídica. Curitiba: Juruá, 2009..

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

TIPOS DE SEGURADOS

CARLOS ALEXANDRE MIRANDA: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil.

RODRIGO BERTOLO

(Orientador)

RESUMO: Esta pesquisa abordará quais são os tipos de segurados o Regime Geral da Previdência Social, de acordo com Lei número 8.213 de 1991 está regulamentada pelo Decreto número 3.048, de 06/05/1999 (Regulamento da Previdência Social, RPS), exemplificando suas diferenças, analisando como se dá a qualidade de segurados obrigatórios, ou segurados facultativos, através da filiação e a inscrição, e também a manutenção, perda e reaquisição da qualidade de segurado.

Palavra Chave: segurado, inscrição, filiação, dependentes, período de graça.

ABSTRACT: This research will address what types of insured the General Social Security System, according to Law n. 8.213 / 91 is regulated by Decree n. 3,048, of 06.05.1999 (Regulation of Social Security - RPS), exemplifying their differences, analyzing how is the quality of compulsory insured, or optional insured through the membership and registration, and also the maintenance, loss and reacquisition of quality insured.

Keyword: insured, registration, membership, dependent, grace period.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. SEGURADOS; 2. QUALIDADE DE SEGURADO; 3. FILIAÇÃO; 3.1. SEGURADOS OBRIGATORIOS; 3.2. SEGURADOS FACULTATIVOS; 3.3. IDADE PARA SER SEGURADO; 4. INSCRIÇÃO; 4.1. SEGURADOS; 4.2. DEPENDENTES; 5. MANUTENÇÃO, PERDA E RESTABELECIMENTO DA QUALIDADE DE SEGURADO; 5.1. PERÍODO DE GRAÇA; 5.2. TEMPO DE PERÍODO DE GRAÇA; 5.3. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA; 5.4 PERDA DE QUALIDADE DE SEGURADO; 5.5. REAQUISIÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO; 6. CONCLUSÃO.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

A Lei número 8.213, de 24/07/1991, publicada em 27/07/1991, introduziu o Plano de Benefícios da Previdência Social (PBPS). O PBPS foi diversas vezes alterado pela legislação posterior, e passou por sucessivas regulamentações por meio de Decretos.

Atualmente, a Lei número 8.213 de 1991 está regulamentada pelo Decreto número 3.048, de 06.05.1999 (Regulamento da Previdência Social, RPS), que também já sofreu diversas alterações. O PBPS contém as normas que regem a relação jurídica entre segurados, dependentes e previdência social, sob o prisma dos benefícios e serviços.

A publicação da Lei de Benefício da Previdência Social deu-se a fim de regulamentar e assegurar seus beneficiários, seja por motivos de incapacidade, desemprego, tempo de serviço, idade avançada, entre outros, ou seja, caso haja uma necessidade e for segurado, a referida lei resguardará o direito de ser beneficiário da Previdência Social.

Por conta de ser impossível de abordar todas as questões, que se refere o Plano de Benefício da Previdência Social, no presente artigo, a abordagem será especifica, e priorizará aspectos pontuais do Benefícios da Previdência Social, explicando os tipos de segurados, de como podem adquirir a qualidade de segurado (filiação e inscrição), assim como a manutenção, perda e reaquisição da qualidade de segurado, e os direitos que estão envolvidos. Vale também destacar que os segurados e dependentes são sujeitos ativos da relação jurídica cujo objeto seja o recebimento de prestação de natureza previdenciária.

1. SEGURADOS

Seguradas são pessoas físicas que exerce atividades remuneradas, que contribuem para o regime Previdenciário, e sendo assim tem direito a prestações, sejam benefícios ou serviços, de natureza previdenciária.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A intenção do legislador foi de dar proteção previdenciária a todos que exercem algum tipo de trabalho remunerado, ou seja, aos que participam de atividade econômica ou social.

Assim sendo, a lei para alguns passou a ter obrigatoriedade de ter cobertura previdenciária. O trabalhador registrado pelo empregador, está vinculado a cobertura previdenciária obrigatória, ou seja, ao ter o registro, passou a ter cobertura previdenciária, mais desde que o empregador faça valer suas obrigações, disposto no artigo 11.

E também há para segurados facultativos, que não há obrigatoriedade, ou seja, a pessoa que de alguma forma ou em razão de suas atividades, podem ou não contribuir para previdência, encontram-se neste grupo, por exemplo, as donas-de casa, os estudantes, os síndicos de condomínio não-remunerados, os desempregados, os presidiários não-remunerados e os estudantes bolsistas, disposto no artigo 14.

2. QUALIDADE DE SEGURADO

A filiação são o ponto inicial na história do segurado previdenciário. Tanto a filiação quanto inscrição são institutos diferentes no sistema previdenciário, e podem ocorrerem de maneira e momentos distintos.

Para os trabalhadores celetistas, a anotação do contrato de trabalho na Carteira de Trabalho, os torna automaticamente filiados, no qual decorrem direitos e obrigações reciprocas. Ou seja, de um lado o segurado tem o dever de contribuir e o direito de cobertura previdenciária, e do lado Regime Geral da Previdência Social tem o dever de pagar os benefícios e prestar serviços previdenciários, e também o direito de exigir o pagamento das prestações previdenciárias (artigo 20 do decreto número 3.048/99).

Já a inscrição nada mais é do que a formalização da filiação, e é na inscrição que o segurado fornece os dados necessários para a identificação (artigo 18 do decreto número 3048/99).

3. FILIAÇÃO

3.1 SEGURADOS OBRIGATORIOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

São segurador obrigatórios todos os que exercem atividades remuneradas, seja de natureza urbana, seja de natureza rural. A partir do momento em que a pessoa inicia uma atividade remunerada, automaticamente estará filiado (artigo 9º, §12, do decreto número 3048/99).

Atividades concomitantes, que é mais de uma atividade remunerada, sujeita ao RGPS, será obrigatoriamente inscrito em relação a cada uma delas. Por exemplo, ser Administrador de dia e a noite dar aula de Administração (artigo 18, § 3º,do Decreto número 3.048 de 1999).

O aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social, que voltar a exercer atividade remunerada abrangida pelo RGPS, será segurado obrigatório, e ficará sujeito a contribuições previdenciárias (art. 11, § 3o, da Lei número 8.213 de 1991).

(Brasil. Artigo 11, § 4º, da Lei n. 8.213 de 1991), disciplina *in verbis "*O dirigente sindical mantém, durante o exercício do mandato eletivo, o mesmo enquadramento no RGPS de antes da investidura. Portanto, o empregado escolhido pelos colegas como dirigente sindical continuará enquadrado na categoria de segurado empregado para fins previdenciários.

3.2 SEGURADOS FACULTATIVOS

É segurado facultativo aquele que está fora da roda da atividade econômica, mas deseja ter proteção previdenciária. É de sua livre escolha o ingresso no sistema, que se faz por inscrição. Sua filiação é voluntaria e só faz valer com a inscrição e pagamento da primeira inscrição sem atraso. E também a filiação de segurados facultativos não poderá ter efeitos retroativos, sendo exclusiva dos segurados obrigatórios.

3.3 IDADE PARA SER SEGURADO

(BRASIL. 1988 art 7,) Conforme artigo 7º, XXXIII; da Constituição Federal de "A idade mínima para filiação é de 16 anos, salvo na condição de aprendiz que é de idade mínima de 14 anos".

Súmula 5

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A prestação de serviço rural por menor de 12 a 14 anos, até o advento da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, devidamente comprovada, pode ser reconhecida para fins previdenciários.

4. INSCRIÇÃO

4.1 SEGURADOS

(BRASIL. Decreto 3048, 1999, artigo 18) A inscrição dos segurados sempre ocorre na apresentação dos documentos descritos no artigo 18 do Decreto número 3.048 de 1999, listados abaixo;

I – Empregador e trabalhador avulso: pelo preenchimento dos documentos que os habilitem ao exercício da atividade, formalizado pelo contrato de trabalho, no caso de empregado, e pelo cadastramento e registro no sindicato ou órgão gestor de mão de obra, no caso de trabalhador avulso;

II – Empregador doméstico: pela apresentação de documento que comprove a existência de contrato de trabalho;

III – contribuinte individual: pela apresentação de documento que caracterize a sua condição ou o exercício de atividade profissional, liberal ou não;

IV – Segurado especial: pela apresentação de documento que comprove o exercício de atividade rural;

Em relação aos segurados especiais a Lei n. 11.718/2008 fez algumas alterações, que passaram a estar previstas nos §§ 4o a 6o da Lei n. 8.213/91.

V – Facultativo: pela apresentação de documento de identidade e declaração expressa de que não exerce atividade que o enquadre na categoria de segurado obrigatório.

4.2 DEPENDENTES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(BRASIL. Decreto 3048, 1999, artigo 22) De acordo com o artigo 22 do Decreto número 3.048 de 1999, para a inscrição do dependente segurado, terá de ser feita por ele mesmo, e não pelo segurado, quando do requerimento do benefício a que tiver direito, apresentando os seguintes documentos.

I – Para os dependentes preferenciais:

a) cônjuge e filhos: certidões de casamento e de nascimento;

b) companheira ou companheiro: documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso;

c) equiparado a filho: certidão judicial de tutela e, em se tratando de enteado, certidão de casamento do segurado e de nascimento do dependente, observada a comprovação de dependência econômica;

II – Pais – certidão de nascimento do segurado e documentos de identidade dos mesmos, observada a comprovação de dependência econômica;

III – irmãos: certidão de nascimento, observada a comprovação de dependência econômica.

No caso do cônjuge, sua inscrição será cancelada com a separação judicial, ou divorcio sem direitos a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial transitada em julgado.

5 MANUTENÇÃO, PERDA E RESTABELECIMENTO DA QUALIDADE DE SEGURADO

5.1 PERÍODO DE GRAÇA

Ser segurado é o requisito obrigatório para quase todos os benefícios da Previdência, em regra geral, todos aqueles que forem contribuintes para o RGPS, mais ao cessar a contribuição, o contribuinte não perde a qualidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

de segurado automaticamente. O legislador tomou cuidado ao criar uma proteção aos que deixem de contribuir por algum fator, ou por algum motivo, sendo esse lapso de tempo chamado de **período de graça.**

Assim, LEITÂO (2012, p. 110) entende por período de graça, " Independentemente do pagamento da contribuição, durante certo período de tempo após a cessação, suspensão ou interrupção da atividade remunerada, principalmente no que se refere aos benefícios não programados. Durante esse período adicional de cobertura previdenciária, o segurado conserva todos os seus direitos perante a previdência social. Como não pressupõe o pagamento da contribuição previdenciária, ele acabou sendo conhecido pela doutrina como período de graça".

5.2 TEMPO DE PERÍODO DE GRAÇA

(BRASIL. Lei 8.213, 1991, artigo 15) De acordo com o artigo 15 da Lei número 8.213 de 1991 estabelece que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

> I – sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
>
> II – até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela previdência social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
>
> III – até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
>
> IV – até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
>
> V – até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
>
> VI – até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

(BRASIL. Decreto 3048, 1999, artigo 13, § 4º) De acordo com disposto no artigo 13, § 4º, do Decreto número 3.048 de 1999,

> "Ao segurado que se desvincular de regime próprio de previdência social aplica-se o prazo de doze meses, previsto no inciso II do artigo 15 da Lei número 8.213 de 1991, havendo ainda a possibilidade de sua prorrogação na hipótese de pagamento de mais de cento e vinte contribuições sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado".

5.3 PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA

O artigo 15, § 1º, da Lei número 8.213 de 1991 prevê a possibilidade de prorrogação por mais 12 (doze) meses do período de graça previsto no inciso II, se o segurado já tiver efetuado o pagamento de mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

E também há hipótese prevista no § 2º do artigo 15 da Lei número 8.213 de 1991 e aplica-se ao segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e Emprego.

5.4 PERDA DE QUALIDADE DE SEGURADO

As hipóteses de perda da qualidade de dependente estão relacionadas no artigo 17 do RPS, modificado pelo Decreto número 6.939, de 18.08.2009.

> **PREVIDENCIARIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. 1. A INTERRUPÇÃO NA CONTRIBUIÇÃO EM VIRTUDE DE ENFERMIDADE DO TRABALHADOR, NÃO DA ENSEJO A PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. 2. PRECEDENTE DO TRIBUNAL. 3. RECURSO NÃO CONHECIDO (STJ - REsp: 154084 SP 1997/0079643-4, Relator: Ministro ANSELMO SANTIAGO, Data de**

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Julgamento: 07/04/1998, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.05.1998 p. 225)

SANTOS (2012, p.243) na obra Direito Previdenciário Esquematizado de Marisa Ferreira dos Santos perdem a condição de dependentes:

> a) O cônjuge: pela separação judicial ou divórcio, se não tiver direito à pensão alimentícia; pela anulação do casamento, uma vez que, dissolvido o vínculo conjugal, o casamento anulado não pode gerar relação jurídica previdenciária; pelo óbito; e por sentença transitada em julgado. Essas são também hipóteses de cancelamento da inscrição do cônjuge como dependente (artigo 17, § 2º, do PBPS).
>
> b) Ao companheiro: quando cessar a união estável com o segurado, se não tiver direito à pensão alimentícia.
>
> c) Os filhos e irmãos, de qualquer condição: quando completarem 21 anos ou se emanciparem. Se, embora inválidos, se emanciparem e a emancipação se der em decorrência de colação de grau em curso superior, não se opera a perda da qualidade de dependente.
>
> O Decreto número 6.939 de 2009 modificou a redação do artigo 108 do RPS: a pensão por morte somente será devida ao filho e ao irmão cuja invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou antes de completar a idade de 21 anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado.
>
> d) Os filhos e irmãos, de qualquer condição, com deficiência intelectual ou mental: pelo levantamento da interdição.
>
> e) Os dependentes em geral: quando cessar a invalidez ou pelo seu falecimento.

5.5 REAQUISIÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Ocorre quando o indivíduo volta a exercer novamente atividade remunerada, sendo essa hipótese para os segurados obrigatórios, e para os segurados facultativos, se adquire novamente a qualidade quando volta a novo recolhimento de contribuições.

(BRASIL. Lei 8.213, 1991, artigo 24, § único) O artigo 24, parágrafo único, da Lei número 8.213 de 1991 diz que há alguns requisitos para, a reaquisição de qualidade de segurado, e não retornara automaticamente como no início.

> Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.
>
> Parágrafo único. Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido. (Vide Medida Provisória nº 242, de 2005)

6 CONCLUSÃO

Diante das modalidades de Segurados abordados neste artigo, o que se conclui que a Lei número 8.213/91 está regulamentada pelo Decreto número 3.048, de 06.05.1999 (Regulamento da Previdência Social, RPS), surgiu com a intenção de regulamentar a situação dos segurados, assim como estabelecer diretos e deveres.

Mesmo que as questões dos segurados e suas regulamentações, não tenham sido aprofundadas, os segurados devem estar bem atentos com as regras adotados pela lei número 8.213 de 1991 regulamentada pelo decreto número 3.048 de 1999, pois, ao perderem a condição de segurados a uma burocracia muito grande para se voltar a condição de segurados, gerando

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

indeferimentos de pedidos e etc. Desta forma, demonstra-se o quão importante manter segurados, se atentarem-se às regras de manutenção e de modificações da qualidade de segurado, uma vez que, diversas vezes, os beneficiários da Previdência, apenas tomam conhecimento desta regra quando mais necessitam da cobertura previdenciária, ou seja, inviabilizando a obtenção do benefício pretendido, por falta da qualidade de segurado.

Assim, é sempre bom ficar atento as regras da previdência, mesmo que não seja necessário a obtenção do benefício naquele momento. Caso venha a óbito ou aconteça algum acidente, é importante estar segurado, para assim não passar por imbróglio.

Vale ressaltar, que a reforma da previdência estará em breve passando por modificações importantes, o que mostra ser de grande valia estar atendo a elas.

Referências

Disponível em: . Acesso em: 10 abr. 2018.

STUDART LEITÃO, André. **Direito Previdenciário**: Teoria Geral, custeio, benefícios, previdência privada e competência. I. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 283 p. v. 45. Disponível em: . Acesso em: 10 abr. 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 433 p. v. 25. Disponível em: . Acesso em: 10 abr. 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário:** esquematizado . 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1280 p. Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2018.

BRAISIL. **LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991**.. Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2018.

BRASIL. **DECRETO No 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999.**. Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A DESNECESSIDADE DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL PARA RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CÍVEL

BRUNA CAROLINE DE SOUZA SANTOS: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo visa analisar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da possibilidade de alteração de registro civil de pessoa transexual pelo ordenamento brasileiro, com modificação de nome e sexo, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, preservando a sua intimidade, dignidade e liberdade. Para tal, utilizou de princípios fundamentais, entendimento doutrinário, jurisprudencial, direito codificado e abordagem acerca da decisão jurisprudencial do STF no julgamento da (ADI) 4275.

PALAVRAS-CHAVE: Transgênero. Retificação. Registro Cível. Dignidade Humana.

ABSTRACT: The present article aims at analyzing, in the light of the principle of the dignity of the human person, the recognition of the possibility of altering the civil registry of a transsexual person by Brazilian order, with a change of name and gender, regardless of the performance of transgenitalization surgery, intimacy, dignity and freedom. For that, it used fundamental principles, doctrinal understanding, jurisprudence, codified law and approach on the jurisprudential decision of the STF in the judgment of (ADI) 4275.

KEYWORDS: Transgender. Rectification. Civil Registry. Human Dignity.

INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de concurso objetiva a exposição e análise do reconhecimento pelo ordenamento jurídico da possibilidade de alteração de registro civil de pessoa transexual, com modificação de nome e sexo, independentemente da realização de cirurgia de mudança de sexo.

O direito dos transexuais à retificação do registro não pode ser condicionado à realização de cirurgia, que pode inclusive ser inviável do ponto de vista financeiro ou por impedimento médico.

As pessoas caracterizadas como transexuais, via de regra, não aceitam o seu gênero, vivendo em desconexão psíquico-emocional com o seu sexo biológico e, de um modo geral, buscando formas de adequação a seu sexo psicológico.

É fundamental tratar-se ao nome enquanto direito da personalidade, direito fundamental e direito humano.

Seguindo essa linha, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, definiu que deve ser promovida a modificação de nome e sexo, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. O julgado tem como objetivo impedir constrangimentos sociais e psicológicos, bem assim efetivar a liberdade individual, possibilitando uma vida digna e direito à personalidade daqueles que não se reconhecem com o sexo biológico.

CONCEITO E DIFERENÇAS

Sexo Biológico

O sexo biológico de um ser humano é baseado na combinação de seus cromossomos com sua genitália, ou seja, trata-se dos termos biológicos que definem o ser humano, sendo eles; macho, fêmea ou intersexual. Nesse sentido, quanto ao conceito do Sexo Biológico Arán (2006) nos esclarece que são os órgãos reprodutivos, os quais são programados e fixados ao corpo orgânico, conhecidos por pênis, vagina ou ambos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Em outras palavras, o sexo equivale às características físicas com que o indivíduo nasce, características as quais não definem a identidade de gênero.

Identidade de Gênero

Identidade de gênero se refere ao gênero em que a pessoa se identifica, mas pode também ser usado para referir-se ao gênero que certa pessoa atribui ao indivíduo tendo como base o que tal pessoa reconhece como indicações de papel social de gênero.

Assim como quase tudo que nos caracteriza, nosso gênero é construído pelas experiências que temos na vida, com quem mantemos contato, em que condições vivemos, em que cultura estamos, experiências que passamos, entre diversas outras coisas. Por isso dizemos que o gênero (ser "mulher"/"homem") é uma construção social e não uma genitália. Uma parte dessa construção social de gênero é a construção dos papéis de gênero.

Seguindo essa linha de pensamento, nosso gênero estaria ligado ao nosso sexo biológico, ou seja, como se nosso sexo biológico estivesse diretamente ligado à nossa opção sexual.

Na formação da identidade de gênero existe a influência de inúmeros fatores (biológicos, sentimentais, culturais etc.), que, durante um tempo e de forma integrada, contribuirão para sua formação. O indivíduo não nasce com uma identidade de gênero pré-concebida.

Segundo Raul Choeri (2004, p.53):

> O gênero é uma identidade socialmente construída, à qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau. O gênero, embora ligado ao sexo, não lhe é idêntico, mas construído socialmente, a partir das diferenças percebidas entre os sexos e de comportamentos coletivamente determinados, engendrados e reproduzidos no interior das instituições sociais, como a Família, a Escola e a Igreja. É também o primeiro modo de dar significado às relações de poder (CHOERI, R. C. S., O conceito de identidade e a redesignação sexual, p. 53).

Nesse sentido, Adriano de Cupis (2004, p.179) aduz que:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> O indivíduo como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por que é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. Entre os meios através dos quais pode realizar-se o referido bem, tem lugar proeminente o nome, sinal verbal que identifica imediatamente, e com clareza, a pessoa a quem se refere. Por meio do nome, o indivíduo é designado na língua que é comum aos outros, e a sua identificação é possível mesmo na sua ausência

Não nascemos com a noção de sermos homem ou mulher, mas temos essa identidade formada ao longo do tempo. O papel de gênero é a exteriorização da identidade de gênero. Sua performance socialmente esperada pode diferenciar com o tempo e com as diversas culturas.

Transexualidade

No caso das pessoas transexuais a identidade de gênero não corresponde ao sexo biológico.

Desta forma, o homem, com os órgãos sexuais masculinos, sente-se uma mulher no corpo de um homem e a mulher, com os órgãos sexuais femininos, sente-se um homem no corpo de uma mulher.

Esta inconformidade causa um conflito interno, pois o seu físico difere da sua identidade de gênero.

O transexual não sente qualquer problema quanto à sua sexualidade, o confronto apresentado pelo transexual diz respeito a sua identidade, pois há uma divergência entre seu corpo e a imagem que tem de si. O problema enfrentado pelo transexual é o de mostrar quem realmente é, existe uma dificuldade em exteriorizar a sua verdadeira identidade.

Segundo Maria Helena Diniz: *"o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou autoextermínio"*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Sendo assim, a pessoal transexual pode ansiar por uma mudança de sexo e procurar pela cirurgia sexual (redesignação sexual), ou algum outro meio que minimize as intimidantes angústias do transexual, tais como; terapia cirúrgica, hormonal, psicossocial ou psicoterapeuta, agindo como portal para a sua inclusão social; sendo a aceitação e identificação de si o início da sua jornada com a retomada de sua estima.

CONCEITO DO NOME

Nome civil

A palavra nome deriva do latim nomen, do verbo noscere ou gnoscere (conhecer ou ser conhecido).

O nome caracteriza o indivíduo na família e na sociedade e o diferencia, ao lado de outros elementos de individualização, dos demais membros do grupo.

Toda pessoa natural dotada de personalidade tem direito a ter um nome que conta no registro de nascimento, de acordo com o Art. 16º do Código Civil:

> ***Art. 16****. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.*

De Plácido e Silva, fazendo referência ao nome civil, o conceitua como "o sinal de identidade, instituído pela sociedade, no interesse comum, a ser adotado obrigatoriamente pela pessoa" (1993, p.245).

Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 51) o define como a "designação pela qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade".

Constitui o nome uma necessidade elementar de identificação e, nesse sentido, leciona o ilustre Spencer Vampré (1935, p.38), o primeiro grande estudioso do nome civil no Brasil: "Quando pronunciamos, ou ouvimos um nome, transmitimos ou recebemos, um conjunto de sons, que desperta nosso espírito, e no de outrem, a ideia da pessoa indicada, com seus atributos físicos, morais, jurídicos, econômicos, etc. Por isso, é lícito afirmar que constitui o nome a mais simples, a mais geral e a mais prática forma de identificação".

Nome Social

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O nome social é o nome pelo qual as pessoas auto classificadas trans / homossexuais preferem ser chamadas cotidianamente, refletindo sua expressão de gênero, em discordância ao seu nome de registro civil, colocado em consonância com o gênero ou/e o sexo.

O nome social pode ser definido como um nome civil que não aderiu à personalidade da pessoa natural, portanto é o prenome que é utilizado publicamente distinto do nome civil de quem o utiliza.

José Roberto Neves Amorim relata que, catalogado entre os direitos da personalidade, o nome é inerente à própria pessoa que, indidualizando-a em suas ações. O ordenamento jurídico tutela a identidade pessoal, protegendo-a de possíveis danos morais e materiais. A importância do nome é aumentada conforme a sua reputação e distinção diante da sociedade.

DA IMPORTÂNCIA DA VIABLIDADE DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CÍVEL DE PESSOA TRANSGENÊRA E PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Da possibilidade de mudança de nome civil em razão da Lei nº 6.015/73

Dispõe o art. 57 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) **que "A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa,** ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. " (Grifo nosso).

O prenome, popularmente conhecido por nome, é, via de regra, imutável ou definitivo, à luz do disposto no art. 58 do referido Diploma legal, porém, a própria norma traz exceção a esta regra, aduzindo que: **"O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. "**(Grifo nosso).

A mudança de prenome é permitida, quando coloque a pessoa em situação vexatória, ridícula ou depreciativa, situação a qual, nem poderia ser registrada, uma vez que os oficiais de registro civil têm o dever, por lei de impedir este tipo de prática (Art. 55, parágrafo único da Lei de Registros Públicos).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Em caso de pessoas que possuem nome que gere grave constrangimento a sua honra a ponto de ferir sua dignidade, perfeitamente possível o requerimento judicial para sua mudança.

Convém ressaltar que a alteração apenas será aceitável caso não traga prejuízo a terceiros e, igualmente, não pode ser utilizada para que seu titular desvie de suas responsabilidades.

Por suma, cito outras possibilidades legais para que a pessoa física realize a alteração judicial de seu nome:

Erro gráfico no momento do registro;

Exposição da pessoa ao ridículo;

Adoção ou reconhecimento de filhos fora do casamento;

Casamento, separação, divórcio ou união estável;

Adição de apelido público notório;

Proteção de testemunhas e vítimas;

Estrangeiros imigrantes;

Mudança de sexo. (Grifo nosso)

Assim, certo que a alteração do nome civil da pessoa humana é permitida no Brasil. No entanto, deve ser requerida judicialmente e apenas nos casos expressamente previstos na Lei de Registros Públicos e, frise-se, sempre sem que haja prejuízo a terceiros e, ainda, desde que não possibilite que a pessoa se esquive de suas responsabilidades legais.

Tal possibilidade decorre não só da exceção prevista nos dispositivos legais apontados, mas também em homenagem ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, III da Constituição da República.

Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O direito ao nome está amparado no princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, e segundo o qual todo ser humano tem o direito de ser respeitado como ser individual.

Nos termos da Constituição da República:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "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: [...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana; [...]
>
> Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]
>
> IV - promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idades e quaisquer outras formas de discriminação. [...]
>
> 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, à propriedade, nos termos seguintes: [...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, [...]".

Ingo Wolfgang Sarlet disserta sobre este princípio:

> Até que ponto a dignidade não está acima dasesp ecificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Em verdades, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflitualidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva à dignidade. (SARLET, 2015, p. 55-56).

Mesmo diante do reconhecimento das divergências universais sobre o tema, Sarlet (2015) procura uma conceituação que possa se adequar aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

diversos olhares acerca do princípio, dizendo que a Dignidade da Pessoa Humana é:

> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais
>
> que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante de desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2015, p. 60).

A Dignidade da Pessoa Humana se resume ao respeito às individualidades de cada um, o respeito ao Ser Humano sujeito de direitos e deveres, e, portanto, não há lei alguma que não deva observar este princípio, ou ainda não deva ser criada sob sua influência, para garanti-lo, pois, a pessoa humana, suas características físicas e morais, bem como sua representatividade, devem ser o ponto inicial da valorização de qualquer direito.

Da retificação de registro cível de pessoa transgênera

Não há legislação pátria normas que disponha especificamente sobre a alteração do registro civil do transexual, se fazendo necessário que o mesmo submeta um pedido judicial para que consiga realizar as devidas alterações em seu registro de assentamento civil, o que de per si, já afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, direito de imagem e honra, personalidade, isonomia e razoabilidade (dentre outros); deixando o indivíduo condicionado ao exercício de seus direitos individuais e fundamentais.

Há juristas que entendem que, para corrigir o sexo da pessoa em seu assento de nascimento, é necessária a realização de cirurgia de transgenitalização.

Segundo o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em voto em Apelação nº. 70061053880 em 24/06/2015: *"[...] é*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

descabida a alteração do registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, isto é, que o autor seja do sexo feminino, quando inequivocamente ele é do sexo masculino, pois ostenta órgão genital tipicamente masculino [...]". Não se trata de posicionamento isolado, atentando-se ao fato de que outros juristas também entendem ser indispensável a realização da cirurgia supracitada para que o transexual seja considerado como indivíduo pertencente ao sexo oposto.

Neste entendimento acreditam que os documentos públicos devem conter informações verdadeiras, de modo que, se o sujeito não realizou a cirurgia de mudança de sexo, o nome pode ser alterado, mas o gênero (masculino/feminino) deve permanecer o mesmo no documento, por ser o que representa a "verdade" biológica.

Assim, a alteração quanto ao sexo do indivíduo no registro só poderia acontecer quando ficar comprovado que aquele que pretende a alteração já realizou a cirurgia de redesignação de sexo (anatômico).

Segundo este pensamento, a certidão de nascimento é um documento que visa atestar o nascimento de uma criança do sexo morfologicamente feminino ou masculino – ou seja, que possui os órgãos sexuais masculinos ou femininos no momento do nascimento.

Quem adota esse posicionamento também defende que manter o sexo no registro de nascimento não colocará a pessoa em situação de constrangimento, já que a maioria dos documentos de porte corriqueiro (RG, CPF, título de eleitor e carteira de motorista) não trazem informações quanto ao sexo da pessoa, bastando a alteração do prenome para que esteja em conformidade com a sua aparência.

Contudo, atualmente, existem diversas decisões de Tribunais de vários Estados e posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) diante de casos envolvendo os transexuais e sua busca pela isonomia perante a sociedade.

JURISPRUDÊNCIA

Em contrapeso existe uma segunda corrente de juristas que consideram insignificante que o transexual se submeta ao procedimento cirúrgico, uma vez que este oferece riscos à sua integridade física. Como se pode observar em voto da Senhora Desembargadora Sandra Brisola Medeiros, em Apelação nº. 70061053880 em 24/06/2015:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *"[...] prevalecendo a identidade psicossocial sobre a biológica, tenho que a cirurgia de redesignação sexual, independentemente de ser ou não desejada pelo transexual, a rigor é uma mutilação, sujeitando o pretendente à alteração do gênero a uma série de riscos totalmente indesejáveis e desnecessários, inclusive risco de morte, tendo em vista a natureza invasiva do procedimento, e não uma cirurgia corretora ou de identificação/configuração sexual [...]".*

Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), publicada em 21/11/2014, que apreciou a possibilidade de ocorrer alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, ainda que o mesmo não tenha se submetido à cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL". (STF - RG RE: 670422 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/09/2014, Data de Publicação: DJe-229 21-11-2014).*

Em posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto à Recurso Especial, publicado em 18/11/2009, no qual se apreciou o pedido de alteração de registro civil de transexual, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

"Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. - A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. - Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. - Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73. - Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto à adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. - De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar imperfeições como a esterilidade ou uma genitália que não se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *conforma exatamente com os referenciais científicos, e, consequentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido". (STJ - REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 18/11/2009).*

Assim sendo, é fundamental que os juristas se desprendam de convenções ultrapassadas que determinam paradigmas a serem seguidos, uma vez que a sociedade evolui constantemente e detém necessidades a serem supridas com relação ao respeito aos direitos fundamentais e civis de seus indivíduos.

Da decisão jurisprudencial do STF no julgamento da (ADI) 4275

Por unanimidade o Supremo Tribunal Federal decidiu que pessoas transexuais e transgêneros têm o direito de alterar nome e sexo no registro civil sem a necessidade de realizar cirurgia de redesignação sexual e apresentar laudo médico pericial.

Além disso, os Ministros também decidiram que não será mais necessária autorização judicial para a mudança de pronome, bem assim, os processos de retificação do registro civil vão ocorrer por via administrativa, sem a necessidade de judicialização.

A decisão ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 encerrado na sessão plenária do dia 01/03/2018. A ação havia sido ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) para que o STF desse interpretação conforme a Constituição Federal ao Artigo 58 da Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos. Todos os ministros do Supremo reconheceram o direito

de alteração do registro mesmo sem cirurgia de mudança de sexo, e a maioria entendeu que não é necessária autorização judicial.

A data para alteração de registro civil em cartório, ainda não ficou definida, mas de acordo com a decisão, os interessados em mudar o nome e o sexo não precisarão mais comprovar sua identidade psicossocial, bem como, não será necessário ter uma idade mínima para realizar o pedido de retificação. Eles poderão ir diretamente até um cartório e assinar uma autodeclaração.

De acordo com a Procuradoria, o direito fundamental à identidade de gênero com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminação odiosas, da liberdade e da privacidade estão na Constituição Federal e devem ser respeitados.

Todos defenderam que a autorização seria um avanço para a igualdade dos direitos entre pessoas.

Assim, transgêneros devem ser considerados de acordo com os gêneros com que se identificam.

CONCLUSÃO

Como discorrido durante todo o artigo, a transexualidade é uma ocorrência ligada à identidade de gênero. O transexual é aquele que se identifica psicologicamente como sendo do gênero oposto ao seu sexo genético e que, por isso, sente inconveniência com relação ao próprio corpo, a ponto de repudiar-se contra sua anatomia sexual. O princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) constitui ponto de partida para a interpretação do ordenamento jurídico. Sua eficácia irradiante lhe confere o papel de atribuir unidade de sentido ao sistema como um todo. Faz da Constituição verdadeiro prisma pelo qual se observa a legislação ordinária, no caso, a Lei de Registros Públicos, para que daí se possa extrair a resposta jurídica adequada à espécie.

Dessa forma, autorizar a mudança do nome civil ao transexual, mas recusar a averbação registral do sexo quando presente situação apta a autorizar a primeira - sob justificativa pautada na existência da genitália biológica, é negar ao jurisdicionado a tutela efetiva do seu direito de identificação, o qual se atrela à gama de direitos da personalidade. Afinal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

nas questões que envolvem a transexualidade, somente a alteração do nome é medida insuficiente. Não só os princípios que regem a Lei de Registros Públicos - veracidade registral, segurança jurídica e vedação à exposição vexaminosa, quando compatibilizados com o princípio da dignidade da pessoa humana, conduzem para a possibilidade da alteração do assentamento civil de forma não condicionada à mutilação da genitália, como também esta última se revela requisito desprovido de sustentação lógica e legal, servindo tão somente à segregação e à exposição desnecessária de pessoas trans ao risco de sequelas cirúrgicas, em ofensa ao princípio da igualdade e ao direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, o Supremo sinaliza um avanço na cidadania, pois os trangêneros poderão de agora em diante, dispensadas maiores ressalvas, exigir do Estado, sem qualquer tipo de preconceito, o seu reconhecimento pleno à busca da felicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil 1988.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. **Lei de Registros Públicos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm

ARÁN, M. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. Ágora, Rio de Janeiro – RJ. v. 9, n. 1, p. 49-63, jan/jun, 2006.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. O conceito de identidade e a redesignação sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

AMORIM, José Roberto Neves. Direito ao nome da pessoa física. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE CUPIS, A., Os direitos da personalidade, 2004, p. 165.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: Parte Geral. São Paulo:Saraiva, 2003.

VAMPRÉ, Spencer. **Do Nome Civil**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1935.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1995, p. 59.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. I: Teoria Geral do direito civil. 22a . Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado, 2015, p. 55-60.

NOTA

[1] André de Paula Viana

Orientador e Professor - Universidade Brasil

http://lattes.cnpq.br/4428702481856069

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PLANO DE DEMISSÃO INCENTIVADA: PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

MARCELA CAVALCANTI RIBEIRO: Mestre em Direito pela UFPE, Professora de Direito Individual e Coletivo do Trabalho e Assessora Jurídica no 18º Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região.

Resumo: O presente artigo visa ao estudo dos planos de demissão incentivada ou voluntária, sua natureza jurídica, fundamentos e propósitos. A análise do instituto, entretanto, será feita a partir da leitura crítica do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de nº 590.415, à luz do princípio da proteção e das demais bases axiológicas que orientam o direito coletivo do trabalho.

Palavras-chave: Plano de Demissão Voluntária; representatividade sindical: eficácia liberatória.

Sumário: 1. Introdução; 2. Os planos de demissão incentivada; 3. A posição do Tribunal Superior do Trabalho; 4. A posição do Supremo Tribunal Federal; 4.1. Os novos contornos do princípio da proteção; 4.2. Parâmetros para a interpretação da *ratio decidenti* do precedente contido no RE 590.415; 5. Conclusão; Referências.

---

1. Introdução

A racionalização da atividade do Poder Judiciário, no Brasil, incorporou métodos de atuação pautados na teoria do precedente judicial. Por isso, a harmonia sistêmica, voltada à valorização da segurança jurídica, igualdade e duração razoável do processo, exige do intérprete e do aplicador do direito o domínio de técnicas antes pouco difundidas. A análise comparativa de adequação ou distinção de um caso a um precedente é, sem sombra de dúvidas, aquela que mais frequentemente demandará atenção dos juristas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em vista disso, o presente artigo visa ao estudo dos planos de demissão incentivada ou voluntária, sua natureza jurídica, fundamentos e propósitos, a partir da leitura crítica do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de nº 590.415.

Inicialmente, após uma breve exposição dos caracteres do instituto, serão analisadas as premissas teóricas que justificaram a adoção pelo Tribunal Superior do Trabalho do entendimento consolidado na orientação jurisprudencial nº 270 da SBDI-2, a qual nega eficácia liberatória geral ao termo de adesão assinado pelo empregado, ao aderir a plano de desligamento incentivado.

A partir de então, passa-se a confrontar a posição construída e aplicada pelo TST ao longo de mais de uma década, com aquela produzida pela abrupta alteração de entendimento de que resultou a edição da tese nº 152 ("a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado").

O objetivo é demonstrar que a conclusão, abstratamente analisada, não desnatura o núcleo axiológico sobre o qual foi erigido o direito do trabalho, mas, ao revés, reafirma seus valores tutelares, seja sob a ótica individual, seja sob a ótica coletiva.

No entanto, pretende-se chamar a atenção para a deficiência – e para os prejuízos que decorreriam de semelhante postura – de uma construção teórica que, no campo da dogmática jurídica, ignora a realidade que pretende regular.

2. Os planos de demissão incentivada

O plano de demissão voluntária é negócio jurídico que muito se aproxima do distrato, o qual viabiliza a extinção do contrato por ato bilateral dos sujeitos da relação de emprego. A natureza jurídica do negócio jurídico firmado entre as partes, neste caso, é de transação, nos termos do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

art. 840 do CC. Com efeito, opera-se por meio do acertamento de vontades, em que os sujeitos convenentes fazem concessões mútuas a respeito de *res dubia* e de objeto determinado e, com isso, previnem ou encerram eventuais e futuros litígios.

Não há absoluto consenso na doutrina, porém, no que tange ao modo como a transação é formalizada no contrato de trabalho, pois há quem defenda se tratar de um pedido de demissão e há quem entenda constituir-se em modalidade de dispensa por ato do empregador[1]. Para responder a tal indagação, no entanto, entende-se imprescindível uma breve digressão história.

No Brasil, os planos de demissão voluntária têm origem, incialmente, na segunda metade da década de 1980, quando os trabalhadores do ABC paulista pressionavam grandes empresas para conter as graves consequências de demissões sistemáticas, em larga escala. Assim, conforme leciona Jorge Stamatopoulos:

> Como sabemos, diferentemente do que ocorre em outros países, o Brasil não adota nenhuma política de proteção para os trabalhadores nos casos de dispensas coletivas. Salvo uma ou outra legislação esparsa, caso da Portaria MTPS/SNT n. 1, de 9 de janeiro de 1992, que determina que a fiscalização do trabalho atue principalmente nos Estados onde ocorram esse tipo de demissão, atribuindo à fiscalização do trabalho poderes para examinar os "direitos dos trabalhadores, adquiridos no curso da relação de emprego ou devidos em razão da ruptura contratual" (sic)

O autor explica que o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC paulista, sem dúvidas o mais atuante da história do sindicalismo brasileiro, em meio de negociações coletivas, obteve êxito na exigência de que os empregadores observassem critérios para os desligamentos e assegurarem benesses aos trabalhadores, quando se estivesse diante de uma dispensa coletiva. Dentre tais critérios, reivindicou-se fossem privilegiados os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

empregados que já desejassem se desligar, motivo pelo qual "a palavra 'voluntariado' começou a ser utilizada com frequência"[2] no cenário justrabalhista. Prossegue o autor:

> No passo seguinte, começaram a ser negociadas cláusulas prevendo o pagamento de verbas adicionais aos empregados que aderissem aos "Voluntariados".
>
> Num primeiro momento, tais verbas tinham o objetivo de estimular os trabalhadores a se desligarem da empresa. Logo, tornaram-se prática habitual, principalmente junto à indústria automobilística que, por força do costume e da cultura de suas matrizes, adoraram as chamadas "demissões voluntárias" sem maiores questionamentos[3].

Dessa forma, a origem do instituto, ao menos no cenário nacional, orienta se tratar, efetivamente, de um pedido de demissão (conforme, inclusive, o próprio nome indica), ao qual se agregam, entretanto, outras vantagens não originalmente previstas na legislação heterônoma estatal[4] para tal modalidade de rescisão contratual; daí o epiteto que o adjetiva, "incentivada". Nesse sentido

> Os planos de demissão incentivada, assim, são adotados com o escopo precípuo de promover uma reciclagem nos quadros de pessoal das empresas, reduzir o quadro de trabalhadores em razão de crise econômico-financeira ou para absorção de tecnologias. Em contrapartida, são ofertadas aos trabalhadores desligados vantajosas condições financeiras e atrativos pecuniários em caso de adesão. A exigência da negociação prévia com o sindicato profissional e/ou a implantação de formas alternativas ou compensativas da dispensa coletiva (como férias coletivas, suspensão do contrato para participação de cursos de qualificação profissional3 e planos de demissão voluntária ou incentivada) podem ser meios eficazes contra o desemprego em massa. Essa solução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> prestigia, portanto, o primado do trabalho. A negociação coletiva coloca os sindicatos profissionais como partícipes do problema econômico, tecnológico, sistêmico ou análogo por que passa a empresa e que ameaça a continuidade dos empregos. Soluções encontradas dessa negociação que atendam ambas as partes trarão menor impacto na vida de cada trabalhador. Favorecem, assim, um melhor bem-estar individual e, consequentemente, social. Mesmo planos de demissão voluntária, que, normalmente, preveem uma indenização pecuniária para estimular pedidos de demissão do empregado, permitem um grau de maior satisfação dos atingidos pelo corte nos empregos. A compensação financeira oferecida é, em muitos casos, utilizada para abertura de negócio próprio ou para satisfação pessoal do aderente.[5]

A finalidade do instituto, assim, volta-se, sobretudo, à prevenção dos inúmeros prejuízos que enseja uma demissão coletiva. Prejuízos que irradiam seus efeitos, inclusive, para o empregador, que, de um dia para outro, poderá ver seu passivo trabalhista ser drasticamente elevado. Por isso, a despeito do fato de que os "custos da dispensa para a empresa são mais elevados, por serem parte integrante da motivação para que os empregados a aceitem, oferecer um plus"[6], com a instituição de um plano de dispensa incentivada evitam-se procedimentos discriminatórios, abrandam-se os efeitos do desligamento e eleva-se o grau de satisfação dos próprios empregados.

3. A posição do Tribunal Superior do Trabalho

É bem verdade que os atos de disposição de vontade, no âmbito do Direito do Trabalho sofrem severa restrição, em face da incidência dos princípios da imperatividade das normas trabalhistas e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Trata-se, ambos, de importantes mecanismos vocacionados a limitar o exercício da autonomia da vontade do empregado para, desta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

forma, garantir-lhe a efetiva liberdade no seio da relação empregatícia. Em outras palavras, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhista corresponde à projeção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas, materializando seu conteúdo no âmbito da relação de emprego. Provoca o contingenciamento da liberdade do trabalhador, mas que se traduz em imprescindível mecanismo para assegurar sua efetiva liberdade, em face da natural restrição à livre manifestação de vontade resultante do estado de subordinação.

Contudo, exceções são admitidas, inclusive, em atos de renúncia. A transação, por não derrogar por completo o direito objeto de concessão parcial, com ainda mais razão. Para tanto, contudo, é preciso certificar a manifestação de vontade livre e válida do trabalhador, sem a qual o negócio jurídico macula-se e deve ser anulado (arts. 166 do CC e 9º da CLT). Ocorre que, na prática, o âmbito de disponibilidade de direitos pelo empregado sempre correspondeu a um espaço de definição tormentosa à doutrina e aos intérpretes do direito do trabalho em geral. Não foram poucas as proposições voltadas a definir as matérias infensas a atos de disposição de vontade pelo empregado, individual ou coletivamente, destacando-se a concepção sugerida pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, que divide, de um lado, os direitos de indisponibilidade absoluta – irrenunciáveis e inegociáveis – e, de outro, os direitos de indisponibilidade relativa[7].

Absorvendo as diretrizes desta proposta teórica, assim, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tendeu, como regra, a repelir qualquer espécie de negociação que importasse a celebração da sombria "cláusula de quitação geral" ou "eficácia liberatória geral". Negava-se que, como se pudesse antever todos os direitos que eventualmente lhe teriam sido sonegados e, a partir de estudo analítico de vantagens e desvantagens, o trabalhador pudesse optar por deles abrir mão, mediante algumas concessões patronais.

É o caso da posição adotada quanto à quitação dada pelo ente sindical, nas ocasiões em que levada a ele a homologação da rescisão contratual – então obrigatória para os empregados com mais de um ano de tempo de serviço ou em caso de pedido de demissão. Ao interpretar o art.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

477 da CLT, o TST restringiu a eficácia liberatória apenas às parcelas expressamente consignadas no termo de rescisão do contrato de trabalho e, ainda, no que diz respeito ao valor expressamente descrito no documento. O entendimento prevalece mesmo se o sindicato não apusesse no termo qualquer ressalva, conforme entendimento sumulado no verbete de número 330.

Seguindo esta linha de raciocínio foi que o TST se posicionou pela limitação dos efeitos da adesão pelo empregado a programa de demissão voluntária, deixando de reconhecer a validade de cláusula que fixasse quitação ampla e irrestrita de quaisquer direitos oriundos da relação de emprego. De acordo com a jurisprudência que, aos poucos, começou a ser construída ainda na década de 90 – quando os PDIs ou PDVs se difundiram bastante no Brasil –, era necessário encarar com redobradas reservas a transação celebrada extrajudicialmente e, pior, ainda na vigência do contrato de trabalho. Argumentava-se que mesmo o termo de quitação do contrato de trabalho avalizado pelo ente sindical, baseado no art. 477 da CLT, para ser dotado da eficácia liberatória restrita que a jurisprudência reconhece, deve conter especificamente a natureza e o valor de cada parcela paga, não se cogitando de quitação genérica. A mesma lógica justifica a repulsa do que se costuma denominar de salário complessivo, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 91 do TST. Com base nessas premissas foi editada, no âmbito da Subseção de Dissídios Individuais I, em 2002, a orientação jurisprudencial nº 270, de acordo com a qual a "transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo" .

4. A posição do Supremo Tribunal Federal

Em 30 de abril de 2015, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 590.415, com repercussão geral reconhecida, entendeu possível a transação extrajudicial e plenamente válida a cláusula que dá ampla quitação ao contrato de trabalho, contrariando o entendimento que há anos havia sido firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Nesse sentido, firmou o Pretório Excelso a tese de que:

> "A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado."

Antes de se passar à análise das razões de decidir e dos critérios de aplicação do precedente ao caso concreto, é preciso traçar algumas considerações críticas no que toca à conclusão adotada pela Corte Suprema brasileira.

4.1. Os novos contornos do princípio da proteção

O direito do trabalho teve, em sua origem, como objeto o estudo e a disciplina da principal relação jurídica desenvolvida no seio da sociedade capitalista de produção industrial: a relação de emprego. Por ser um vínculo essencialmente social, sua natureza é dinâmica e fortemente influenciada pelo contexto socioeconômico e político no qual se insere, haja vista constarem em seus polos as duas principais forças que conformam a estrutura do Estado contemporâneo: o capital e o trabalho. O dinamismo desta relação, deve-se, sobretudo, à necessidade de se adaptar à evolução natural da sociedade, marcada nas últimas décadas pela globalização dos mercados, a superação das fronteiras geográficas, a revolução tecnológica, a velocidade cada vez mais elevada da troca de informações, etc. Associada a tais fatos, ainda, a imprescindibilidade de desenvolvimento de técnicas de produção e métodos de gestão capazes de adaptar a organização dos meios de produção às novas exigências para sobrevivência no mercado e manutenção dos lucros.

O princípio da proteção, embora de indiscutível importância para o desenvolvimento das atividades laborais segundo os parâmetros de dignidade fixados pelo texto constitucional e documentos internacionais fruto do consenso da sociedade mundializada, deve ser sopesado com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

realidade das atuais relações de emprego que, em muitos casos, distanciam-se daquelas próprias ao momento histórico em que o Direito do Trabalho fora construído.

É por este motivo que são inúmeras as vozes na doutrina que propõem o redimensionamento do princípio da proteção, núcleo axiológico fundamental do direito do trabalho, a fim de superar a crise por que passa este ramo do conhecimento jurídico. Não se trata, em absoluto de propor qualquer espécie de esvaziamento ou mesmo de reduzir seu conteúdo, diminuindo seu espectro de incidência. A reconfiguração do âmbito de aplicação do mencionado preceito deve, ao contrário, tender à expansão, à congregação das inúmeras e novas formas de alienação da força de trabalho, que não se enquadram propriamente nos limites jurídicos de uma relação empregatícia.

Na medida em que o princípio tutelar constitui a razão de ser e a finalidade para que concebido o direito do trabalho, não restam dúvidas de que, diante do avanço de medidas voltadas à flexibilização e à desregulamentação, é preciso preservar sua essência. Por isso, ainda que a maleabilidade do comando prescritivo expresso pela norma permita sua adaptação a novos paradigmas – condição para preservação se sua própria eficácia –, há um núcleo do qual não se pode abrir mão.

Entretanto, existe um dilema a ser enfrentado, no que diz respeito não apenas à reafirmação do princípio da proteção, como também à necessidade de sua adequação aos novos paradigmas do trabalho. Quer-se dizer, o desafio de inseri-lo no contexto de uma comunidade mundial, globalizada, na qual o tempo e o espaço assumem novos contornos, absolutamente diversos daqueles tradicionalmente consagrados pelos institutos clássicos da doutrina justrabalhista.

Talvez por se tratar de um dilema mal resolvido na atualidade que, diante de tantas garantias de proteção inscritas nos ordenamentos jurídicos, é possível identificar um sério problema de efetividade, justificado pelo caráter ambíguo e simbólico[8] das normas que os compõem. Há, ainda, uma incongruência paradigmática entre tais normas e o modelo de sociedade à qual se visa aplicá-las hodiernamente, apresentando, muitas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

vezes uma incompatibilidade com o cenário econômico, social e cultural da sociedade do trabalho contemporânea[9]. Se é verdade que à época em que implantadas nas Cartas Constitucionais, serviam aos objetivos próprios da sociedade industrial, ao conceito de dignidade humana baseado no trabalho subordinado, de longa duração e por conta alheia, o mesmo não se pode dizer a respeito da sociedade pós-industrial, porque a maior parte dos trabalhadores não mais se enquadra a este tipo de trabalho.

É sob este prisma que se propõe a leitura do precedente produzido no Recurso Extraordinário nº 590.415.

4.2. Parâmetros para a interpretação da *ratio decidenti* do precedente contido no RE 590.415.

Ao optar pela viabilidade de a adesão de um empregado a plano de demissão incentivada implicar a quitação ampla do contrato de trabalho, a Corte Suprema estabeleceu alguns parâmetros para que se possa emprestar validade à mencionada cláusula.

Inicialmente, há necessidade de **participação do ente coletivo obreiro**nas negociações que redundam no plano de demissão incentivada, constando este de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Isso porque, a atuação do ente sindical, segundo as razões de decidir constantes no voto do Ministro Roberto Barroso, tem por finalidade, exatamente, assegurar os interesses dos trabalhadores representados e que o acordo firmado efetivamente se lhes mostra vantajoso.

Em outras palavras, a decisão partiu da acertada premissa de que um negócio jurídico que envolva atos de disposição de direitos, no âmbito laboral, é realmente excetivo. A lógica empregada não poderia mesmo ser distinta, sob pena de vulnerar todo o aparato valorativo que dirige o direito do trabalho no Brasil e no mundo, além de contrariar a teleologia sistêmica que o justifica. A limitação da autonomia da vontade do empregado é, assim, a pedra de toque do direito individual do trabalho, ante a desigualdade ínsita à relação material que se estabelece entre empregado e empregador. O mesmo, entretanto, não se pode falar do direito coletivo do trabalho, que tem, como princípios orientadores, dentre outros, o da interveniência sindical obrigatória e o da equivalência entre os seres

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

coletivos. Com fundamento nesta equivalência e destacando que a valorização das negociações coletivas é nota características de estados de democracia avançada, o voto condutor da decisão ora em estudo conclui:

> A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

Nesse sentido, inclusive, as Convenções 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho propugnam a ampla autonomia negocial dos sujeitos da relação de emprego, na medida em que, assim, é fortalecido o princípio democrático, por meio do reconhecimento estatal do poder conferido às partes destinatárias da norma e da prerrogativa de construí-la segundo as particularidades circunstanciais de cada grupo (política, econômica, geográfica, financeira, tecnológica, social, etc.) que marcam a relação.

Este é, realmente, o meio que mais realiza os fins do direito do trabalho. De um lado, ficam preservadas as regras protetivas sem que, de outro lado, não seja usurpada por completo a possibilidade de exercício da autonomia da vontade pelos trabalhadores.

Ocorre que a própria Organização Internacional do Trabalho pauta sua atuação normativa e fiscalizatória pelo respeito às peculiaridades de cada Estado e ao respectivo estágio de desenvolvimento socioeconômico[10]. Não há, de fato, qualquer coerência lógica nas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pretensões corriqueiramente difundidas de se transplantar padrões jurídicos ou mesmo sociais quando os modelos das sociedades paradigma e de destino são absolutamente distintos. A inspiração é válida, bem intencionada e importante para a promoção de mudanças desejáveis; no entanto, com frequência os resultados almejados são frustrados por deixar de se levar em consideração peculiaridades indeléveis do grupo social onde a implementação se pretende. Um modelo de transição é, por isso, estágio imprescindível para qualquer transformação sólida na estrutura de uma sociedade.

O sistema sindical brasileiro padece de um sem número de mazelas. Não constitui objeto deste trabalho a investigação das razões de fato e de direito que conduziram ao estágio de sucateamento por que passam os sindicatos no Brasil, mas sua constatação é premissa que se prende logicamente à conclusão a que se intenta chegar. Há uma crise de representatividade que se faz claramente sentir pelos próprios trabalhadores. Uma consequência imediata é o reduzido número de empregados efetivamente filiados e o drástico decréscimo de receitas arrecadadas no ano de 2018, em decorrência da perda da compulsoriedade da contribuição sindical compulsória. A vontade dos trabalhadores não está sendo adequadamente veiculada? Há questões que devem ser resolvidas na interlocução entre a base representada e a direção sindical? Há desinteresse na perfeita correlação entre os interesses destes? Ou há interesse em manter a falta de alinhamento?

Por ora, estes questionamentos não serão respondidos, pois apenas o fato de eles existirem e pairarem na ciência jurídica e sociológica, na jurisprudência e na pragmática já desqualifica a presunção absoluta de validade dos negócios jurídicos firmados por tais entes sindicais. Não por outro motivo que, ainda do voto do Ministro Relator no RE 590.415, houve preocupação em destacar o grau de legitimidade de que gozava a decisão sindical que, por meio de acordo coletivo de trabalho, instituiu o programa de demissão voluntária no então Banco do Estado de Santa Catarina – BESC (sucedido pelo Banco do Brasil). Para refutar os argumentos que serviram à decisão recorrida, exarada pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Luís Roberto Barroso fez constar com clareza, no item IX do voto condutor, que a validade do ACT em questão não foi comprometida pois

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> a participação direta dos trabalhadores no processo de negociação do PDI e do acordo coletivo que o aprovou demonstra a efetiva mobilização de toda a categoria em torno do assunto. Lembre-se de que, diante das resistências do sindicato em convocar assembleia para deliberar sobre o assunto, os trabalhadores convocaram assembleia própria, pela qual decidiram aprová-lo. Na sequência, pressionaram o sindicato, foram às ruas, manifestaram-se às portas do TRT, até que a assembleia sindical fosse convocada. Uma vez convocada, compareceram a ela e convalidaram a aprovação já deliberada pelos trabalhadores.
>
> Não há como afirmar, portanto, que a aprovação do acordo coletivo, nos seus exatos termos, não era a verdadeira vontade da categoria.

Conclui-se, assim, que dentre as razões de decidir que levaram à Corte Constitucional brasileira a optar pela prevalência do negociado no caso concreto, neste precedente, levou-se em consideração a higidez da manifestação da vontade do ente coletivo obreiro que pactuou a negociação coletiva[11]. Evidentemente que, no atual estágio de avanço da eficácia dos instrumentos democráticos concebidos pelo constituinte de 1988, não é dado ao Poder Judiciário intervir diretamente nas decisões tomadas pelas assembleias de sindicatos, regulamente constituídas, e se imiscuir em questões eminentemente políticas afetas à gestão de interesses da entidade sindical. Do contrário, estar-se-ia a retroceder algumas décadas na evolução jurídica alcançada desde a implementação do regime autoritário e corporativista que fixou as bases da estrutura sindical no Brasil. Entretanto, em casos de abusos, por meio da prática de ilegalidades, desvios de finalidade, corrupção dos interesses defendidos – ingerência patronal, etc., o Judiciário deverá intervir a fim de garantir o exercício das prerrogativas sindicais em harmonia com o plano político constitucionalmente estabelecido. É possível, ainda, a realização de um controle indireto da legitimidade dos atos decisórios tomados pelos Sindicatos. Este se dará sempre que a validade de uma cláusula for

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

submetida ao controle pelo Estado juiz. Nesse caso, a investigação deverá recair não sobre a conveniência ou não da celebração de determinada cláusula, mas sim sobre a licitude ou não do objeto da transação, adequando-se, assim, ao comando oriundo do art. 8º, §3º, da CLT. Com efeito, embora a pretensão da Lei n. 13.467/17 tenha se voltado à restrição da margem de interferência do juiz do trabalho no controle de legalidade das normas coletivas, o dispositivo não afastou, nem poderia, a possibilidade de adequação do negócio jurídico aos preceitos do art. 104 do CC. Dentre os pressupostos fixados no mencionado dispositivo legal, destaca-se a licitude do objeto, sem o que a cláusula normativa deverá ser reputada inválida. A licitude, no caso de acordos e convenções coletivas, estará pautada, evidentemente, nos parâmetros de validade fixados pela doutrina justrabalhista, ante a especificidade do objeto e dos princípios que o orientam.

Avançando no estudo, destaca-se a necessidade de que a cláusula de quitação conste expressamente dos instrumentos de negociação coletiva e do termo individual que o trabalhador irá assinar, impondo-se, ainda, a ampla divulgação das condições em que fixadas a transação. Quer-se, com isso, viabilizar a investigação da higidez da manifestação da vontade do empregado, individualmente, ao aderir ao plano. A publicidade e transparência são espectros do princípio da boa-fé objetiva. Verificar a clareza dos termos em que posta a transação é, nesse sentido, o primeiro passo. Mais adiante, deve o julgador se pautar pelos critérios de validade de negócio jurídico estatuídos no Código Civil, para rejeitar os atos eivados de erro, dolo ou coação, por exemplo.

Com frequência, os vícios na manifestação de vontade do trabalhador não são tão evidentes, pois praticados sob o manto da aparente legalidade que confere o poder diretivo patronal. Uma situação fática que retrata com clareza esta afirmação é a concessão de curtos prazos para assinatura dos PDVs ou PDIs, a despeito das profundas repercussões que a decisão trará para a vida do trabalhador. Os psicólogos Natália Diógenes de Brito e Cássio Adriano Braz de Aquino, em estudo sobre o tema, explicam que "tal estratégia é adotada como uma forma de pressionar a escolha dos funcionários e, assim, 'recrutar' um maior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

número de funcionários para a demissão"[12], inviabilizando que a escolha seja tomada sob bases efetivamente sólidas e ponderadas.

É comum que os planos de desligamento voluntário acabem por atingir os empregados mais antigos, com tempo de serviço que ultrapassa décadas, quando a reinserção no mercado de trabalho se mostra, como se sabe, mais difícil. Deixar o trabalho pode significar um impacto imensurável não apenas sob a ótica financeira – mais facilmente calculados, aliás –, mas também sob a perspectiva psicossocial. A sociedade pós-industrial foi lastreada no dogma moral e religioso segundo o qual o trabalho dignifica o homem. O que, então, dizer do não-trabalho?

Por isso, a adesão ou não do trabalhador produz impactos tão significativos na maioria dos casos. É claro que a decisão, exatamente por esse motivo, deve ser tomada com cuidado e exclusivamente pelo empregado, com o apoio de sua família.

Para além do fomento a uma jurisdição repressiva resultante da interveniência do Poder Judiciário trabalhista na avaliação acerca do quão livre, de fato, manifestou-se o trabalhador, chama-se atenção para a adoção de medidas adequadas à preservação da saúde mental no ambiente de trabalho e a projeção de seus efeitos em toda sociedade. Os prejuízos imediatos da pressão a que sujeitos trabalhadores, quando se veem obrigados a optar pela manutenção ou não do emprego, mesmo diante dos eventuais benefícios propostos na transação, foram constatados em estudo promovido com ex-funcionários de instituições públicas de Brasília, a fim serem investigados os aspectos motivacionais e os fatores associados ao planejamento dos indivíduos que aderiram a plano de demissão voluntária. Uma das conclusões a que chegaram os autores foi a seguinte:

> A pesquisa chama a atenção quanto à necessidade, dentro das empresas, de um empenho por parte de psicólogos organizacionais, administradores e gerentes, na busca de estratégias que implementem a qualidade de vida do trabalhador, tornando o estresse no trabalho menos intenso para os trabalhadores, aumentando o nível da percepção

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> de realização no trabalho e permitindo que os participantes alcancem um maior nível de bem-estar no âmbito profissional. Os autores Rodrigues, Ayabe, Lunardelli e Canêo (2005), colocam que o papel de atuação do psicólogo dentro da área de Recursos Humanos seria de auxílio à organização para que construa condições de promoção de qualidade de vida dos funcionários, como o desenvolvimento de uma consciência e responsabilidade tanto por sua saúde, quanto por sua carreira profissional".[13]

Fixada a premissa de que hígida a manifestação de vontade do trabalhador ao aderir ao plano, passa-se a outro elemento essencial à validade: a licitude do objeto do negócio jurídico celebrado.

Inicialmente, cumpre salientar que os direitos passíveis de transação são, segundo a tradicional classificação da doutrina juslaboral, aqueles de indisponibilidade apenas relativa. Por decorrência lógica, os mencionados efeitos, de quitação ampla do pacto de emprego, não seriam possíveis na hipótese de direitos de indisponibilidade absoluta ou que não possuíssem cunho estritamente trabalhista, como seria se se tratar de pedido de indenização por danos morais decorrente de acidente de trabalho.

Para que a transação tenha plena validade na seara laboral, outrossim, imprescindível atender a mais dois requisitos: ter efetivamente havido concessões recíprocas de direitos (não simples renúncia) e não implicar prejuízo ao trabalhador. Ao analisar os critérios adotados para que os empregados da empresa possam aderir ao plano de desligamento voluntário, a conclusão não pode ser outra senão a de que houve efetivas vantagens ao trabalhador.

A partir de tais elementos, não podem restar dúvidas de que o negócio jurídico celebrado entre sujeitos plenamente capazes, que manifestaram livremente sua vontade, de forma isenta de quaisquer vícios, e cujo objeto transacionado atende não só o disposto no art. 841 do CC, como também as limitações impostas pelo princípio da indisponibilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

dos direitos trabalhistas, é válido e deve ter seus efeitos plenamente reconhecidos pela ordem jurídica, inclusive quanto à extensão de seus efeitos. Dentre eles, a extinção da obrigação transacionada, nos limites e forma prevista em seus termos. Como dito, as cláusulas integrantes do PDV devem ser claras ao estipular que a adesão ao plano importa a "renúncia" a outras vantagens por ventura decorrentes do pacto laboral.

Não poderá, portanto, o empregado ir a juízo posteriormente para discutir a existência de outras parcelas decorrentes do extinto contrato de trabalho firmado com o empregador. Melhor dizendo, ir à juízo ele sempre poderá, não se lhe derroga o direito fundamental de acesso à justiça. Entretanto, tal somente será admitido, como dito anteriormente, caso a transação diga respeito a direitos não patrimoniais (art. 841 do CC), como os direitos da personalidade, a lesões de que não poderia ainda ter ciência, quando da transação, e àqueles denominados pela doutrina juslaboral como de indisponibilidade absoluta.

Importante nesta altura pontuar a necessidade de, respeitados os limites legalmente impostos, a participação do ente sindical e os direitos de indisponibilidade absoluta, cujo objeto de proteção é de interesse público, serem dados espaços para exercício efetivo da liberdade do trabalhador. Diferente conclusão colabora para o emprego e tolerância de comportamentos contrários à boa-fé objetiva, princípio geral do direito, além de implicar enriquecimento destituído de causa de um dos sujeitos contratantes (art. 884 do CC), que, no caso, é o trabalhador.

Os parâmetros interpretativos da decisão do Supremo Tribunal Federal não cedem diante inserção do art. 477-B no texto da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há qualquer justificativa de cunho jurídico que justifique distinta conclusão. O parecer da comissão especial da Câmara dos Deputados, inclusive, justifica o mencionado dispositivo legal na incorporação, pelo legislador, da orientação oriunda da Corte Suprema, a qual, segundo o documento, "fundamentou-se nos pilares de que: a) decorreu de negociação coletiva, b) os empregados tiveram opção de aderir ou não ao plano e c) houve a previsão de vantagens aos trabalhadores"[14].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

5. Conclusão

Há na doutrina justrabalhista certa harmonia quando o assunto é o modelo sindical mais adequado e que melhor se conforma às balizas democráticas instituídas no texto constitucional. Democracia importa reconhecer a legitimidade dos cidadãos de desenvolver as potencialidades de sua condição humana, segundo sua autodeterminação para fazer escolhas livres, defender ideais ou professar religiões. É noção que se aproxima com a de pluralidade.

Por isso, ao conceder aos empregados e empregadores o poder de auto-regulamentação, ao chancelar a criação de normas jurídicas por sujeitos de direito privado, a Constituição Federal de 1988 deu um passo em direção ao amadurecimento político. Pautando-se em tais assertivas é que o presente trabalho buscou interpretar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 591.415.

Após a exposição dos fundamentos que justificaram a posição assumida pelo TST, por meio da edição em 2002 da Orientação Jurisprudencial nº 270 da SBDI-I, percebe-se que o intento da Suprema Corte foi reconhecer a autonomia privada coletiva, valorizando o exercício pelos cidadãos do efetivo poder político que a negociação coletiva lhes confere. A decisão, entretanto, não derrogou os princípios da proteção e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, pois os tem enquanto premissas. Se por um lado é verdade que a promoção da democracia passa pela tomada de decisões responsáveis pelos indivíduos representados, em suas esferas de liberdade, também é certo que esta mesma liberdade tem que ser efetiva e plena. Sem os instrumentos protetivos, no âmbito individual, e sem uma representação legítima, no espaço coletivo, não se pode falar, coerentemente, em liberdade. E, mais, a transição que parte de um estágio de absoluto alheamento da representatividade sindical e de pouco amadurecimento da classe de trabalhadores imprescinde da interveniência estatal nos espaços de plena vulnerabilidade, sem o que se correrá o risco de ficar no meio do caminho da trajetória "evolutiva".

Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral.** São Paulo: LTr, 2005.

BRITO, Natália Diógenes de; AQUINO, Cássio Adriano Braz de. **Planos de Demissão Voluntária**: Reflexos sobre a Relação Indivíduo-Trabalho. Revista de Psicologia, Fortaleza, v.7, n.º 1, jan./jun, 38-50, 2016.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A dispensa coletiva e a ordem social**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ano 52, número 205, jan/mar, 281-296, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Edição. São Paulo: LTr, 2017.

_____, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5ª Edição. São Paulo: LTr, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 41ª Ed. São Paulo: LTr, 2018.

OLIVEIRA-SILVA, Ligia; VIEIRA, Jeanine Ângela; BAIDEK, Adriana Cássia Ribeiro, **Para além do fim do arco-íris: motivações e consequências da adesão ao plano de demissão voluntária** *in* ReCaPe - Revista de Carreiras e Pessoas. São Paulo Volume V, Número 02 - Mai/Jun/Jul/Ago, 270-291, 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A negociação coletiva de trabalho como instrumento de pacificação social**. *In* Temas contemporâneos de direito material e processual do trabalho. Editora juspodivum: Salvador, 2015.

SANTOS, Fernando Henrique Ferreira; SILVA, Lydiane Machado e. **O novo regramento jurídico da dispensa coletiva e dos planos de demissão voluntária: análise crítica** *in* COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira e BELTRAMELLI NETO, Silvio (orgs.). Reforma trabalhista na visão dos Procuradores do Trabalho. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

STAMATOPOULOS, Jorge. **A Evolução dos Contratos de Trabalho e os Planos de Desligamento Voluntário**. 1ª Edição. LTr: São Paulo, 2001

---

[1] Sendo, por conseguinte, devidas todas as parcelas inerentes a esta espécie de extinção do contrato de emprego. Nesse sentido, DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Edição. São Paulo: LTr, 2017, p. 1289.

[2] STAMATOPOULOS, Jorge. **A Evolução dos Contratos de Trabalho e os Planos de Desligamento Voluntário**. 1ª Edição. LTr: São Paulo, 2001, p. 67.

[3] STAMATOPOULOS, Jorge. **A Evolução dos Contratos de Trabalho e os Planos de Desligamento Voluntário**. 1ª Edição. LTr: São Paulo, 2001, p. 67.

[4] No ARR - 1419-04.2015.5.06.0401, o Ministro Relator Aloysio Corrêa da Veiga, entendendo se tratar de pedido de demissão e por não haver demonstração de vício de consentimento, negou o direito ao aviso prévio indenizado e à multa de 40% sobre os depósitos de FGTS postulados posteriormente.

[5] CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A dispensa coletiva e a ordem social**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ano 52, número 205, jan/mar, 281-296, 2015, p. 293.

[6] NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 41ª Ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 362.

[7] DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5ª Edição. São Paulo: LTr, 2017, p. 145.

[8] Conforme explica o Professor Everaldo Gaspar: "são enunciados ambíguos porque privilegiam na verdade o econômico em detrimento do social e simbólicos porque foram instituídos para um modelo de sociedade em que as desigualdades sociais são escandalosos". ANDRADE, Everaldo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral.** São Paulo: LTr, 2005, p. 230

[9] ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral.** São Paulo: LTr, 2005, p. 230.

[10] Art. 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho determina que "na elaboração de uma convenção ou de uma recomendação de aplicação geral, a Conferência deverá ter em consideração os países nos quais o clima, um desenvolvimento incompleto da organização industrial ou quaisquer outras circunstâncias particulares tornem as condições industriais essencialmente diferentes, e terá de sugerir as alterações que considerar serem necessárias para responder às condições próprias desses países".

[11] Nesse sentido também SANTOS, Fernando Henrique Ferreira; SILVA, Lydiane Machado e. **O novo regramento jurídico da dispensa coletiva e dos planos de demissão voluntária: análise crítica** *in* COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira e BELTRAMELLI NETO, Silvio (orgs.). Reforma trabalhista na visão dos Procuradores do Trabalho. Salvador: Editora Juspodivm, 505-528, 2018, p. 523.

[12] BRITO, Natália Diógenes de; AQUINO, Cássio Adriano Braz de. **Planos de Demissão Voluntária**: Reflexos sobre a Relação Indivíduo-Trabalho. Revista de Psicologia, Fortaleza, v.7, n.º 1, jan./jun, 38-50, 2016, p. 46.

[13] OLIVEIRA-SILVA, Ligia; VIEIRA, Jeanine Ângela; BAIDEK, Adriana Cássia Ribeiro, **Para além do fim do arco-íris: motivações e consequências da adesão ao plano de demissão voluntária** *in* ReCaPe - Revista de Carreiras e Pessoas. São Paulo Volume V, Número 02 - Mai/Jun/Jul/Ago, 270-291, 2015.

[14] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E PANORAMA NORMATIVO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA 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 da terceirização trabalhista, suas hipóteses de incidência lícita e ilícita, bem assim o panorama normativo após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2017, que possibilitou a terceirização nas atividades principais da tomadora dos serviços. Através da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, objetiva-se o estudo da ampla possibilidade de terceirização em quaisquer atividades do tomador, bem assim a possível precarização das relações de trabalho e a postura a ser adotada pelos operadores do direito juslaboral.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista. Terceirização. Atividade-fim.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito, objetivos e hipóteses de incidência da terceirização trabalhista; 3. A terceirização em atividade-fim após a Lei n. 13.467/2017; 4. Conclusão. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A terceirização é o procedimento comercial por meio do qual uma empresa transfere parte de seu processo produtivo periférico/acessório para outras empresas, com o fim de concentrar seus esforços em sua atividade-fim, garantido, assim, maior produtividade e especialização.

Por longo período, o cenário brasileiro não possuiu legislação acerca da terceirização, o que possibilitou a utilização livre desse modelo produtivo pelos empregadores e, por consequência, precarização das relações de trabalho, dado que, para garantia da redução de custos mesmo havendo uma empresa intermediando a mão de obra em favor do tomador,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

houve a necessidade de redução dos salários e da qualidade das condições de trabalho.

Nesse cenário, em papel interpretativo, o Tribunal Superior do Trabalho procurou estabelecer critérios e requisitos para a realização lítica da terceirização, fixando, dentre outras consequências, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador do serviços e a possibilidade de terceirização de mão de obra apenas em atividades-meio da empresa contratante.

A seu turno, a Lei n. 13.467/2017, conhecida como a Reforma Trabalhista, promoveu a alteração/inclusão de diversos temas na Consolidação das Leis do Trabalho, bem assim na Lei n. 6.019/74, possibilitando a prática da terceirização inclusive nas atividades principais (atividades-fim) do tomador dos serviços.

De par com isso, o presente estudo possui a finalidade de analisar se esta alteração trouxe precarização para as relações de trabalho, bem assim a postura a ser adotada pelos operadores do direito justrabalhista quando do julgamento dos casos concretos que envolvam terceirização de serviços na atividade-fim do tomador, de forma a garantir a igualdade material estabelecida na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, perpassará pela conceituação de terceirização de serviços, suas hipóteses de incidência e as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 na legislação de regência (Lei n. 6.019/74).

2. CONCEITO E OBJETIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

A terceirização de serviços, também conhecida como externalização e subcontratação, consiste no procedimento comercial, de natureza contratual, por meio do qual uma empresa transfere parte de seu processo produtivo periférico – acessório – para outras empresas, com o fim de concentrar seus esforços em sua atividade-fim, garantido, assim, maior produtividade e especialização.

No modelo terceirizante, quebra-se a relação natural existente no Direito do Trabalho entre empregado e empregador, para ser criada uma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

relação entre três sujeitos, em que o empregado, apesar de formalmente ligado a um empregador, presta serviços em favor de um terceiro, qual seja, o tomador dos serviços.

A terceirização remonta à época do modelo de produtividade praticado pela empresa japonesa Toyota, a partir da década de 1970. Este modelo, conhecido como toyotismo, baseia-se na utilização mais eficiente dos meios de produção, sempre com base da demanda, e permite a ampliação ou diminuição do ritmo de trabalho de acordo com demanda exigida. Desse modo, mantém um quadro mínimo de trabalhadores, que eventualmente é aumentado por subcontratações e trabalhadores temporários, de acordo com as condições de mercado[1].

No cenário brasileiro, a possibilidade de subcontratação de mão de obra, mediante a inserção do trabalhador no modelo de produção do tomador dos serviços – mesmo mantendo o vínculo com a empresa subcontratada –, teve como precursora a subempreitada, prevista no art. 455, da CLT e até hoje inalterada[2]. Pela redação do artigo celetista, observa-se o estabelecimento da responsabilidade subsidiária do empreiteiro principal, tomador dos serviços, em caso de inadimplemento das obrigações pelo empreiteiro principal.

No campo estatal, a terceirização dos serviços restou viabilizada através da edição do Decreto-Lei 200/67, que estabeleceu a possibilidade de subcontratação de mão de obra através de empresa interposta, inclusive como hipótese preferencial à contratação direta, *in verbis*:

> Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
>
> (...)
>
> § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e contrôle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A elaboração de leis específicas acerca da terceirização de serviços restringiu-se, até então, à Lei n. 6.019/74 e Lei n. 7.102/83. A primeira tratava apenas das hipóteses de contratação temporária de mão de obra, seja para substituição transitória dos empregados permanentes, seja pelo aumento extraordinário dos serviços, perfilhando em parte a prática do toyotismo e sujeitando as contratações às demandas do mercado. Já a segunda, concentra-se na hipótese de subcontratação dos serviços de vigilância para estabelecimentos de crédito (bancos), porém, não de forma temporária como a Lei n. 6.019/74, mas sim, permanente.

De toda sorte, o Tribunal Superior do Trabalho sempre observou as possibilidade de terceirização de mão de obra como excepcionais, conferindo validade apenas às hipóteses previstas em lei. Assim, editou a Súmula 256, firmando entendimento majoritário no sentido de que "Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços." [3].

Contudo, como forma de abranger o entendimento jurisprudencial acerca da terceirização no setor público, houve o cancelamento da súmula 256 e edição da súmula 331, englobando o entendimento jurisprudencial anterior e acrescentando as hipóteses de responsabilização subsidiária, mesmo em caso de terceirização lícita, bem assim as entabuladas com os entes da Administração Pública Direta e Indireta:

> 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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

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.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A partir do referido verbete sumular, observa-se que o entendimento jurisprudencial da Corte Superior Trabalhista caminha no sentido de conferir validade apenas para as hipóteses de terceirização expressamente previstas em lei, bem assim para as que se relacionem somente com as atividades-meio do tomador dos serviços. Como critério adicional, estabeleceu a impossibilidade de existência de subordinação ou pessoalidade diretas do tomador dos serviços em face do empregado terceirizado.

Nesses termos, atividade tormentosa para os operadores do direito se perfaz quanto ao efetivo estabelecimento dos critérios definidores da atividade-meio e atividade-fim, em razão da diversidade de tarefas e funções desempenhadas numa mesma organização empresarial, bem assim o entrelaçamento e relação de interdependência entre as atividades desempenhadas e a importância para o resultado do serviço/produto final do empregador. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado estabelece distinção contundente entre atividade-meio e atividade-fim, lecionando que a diferenciação se perfaz quanto à inserção ou não do trabalhador na dinâmica empresarial do tomador dos serviços[4]:

> Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.
>
> Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: "transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas". São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).

A ilicitude da terceirização, portanto, importará na declaração de nulidade do contrato formal de trabalho entabulado com a empresa interposta e o reconhecimento do vínculo empregatício direto com o tomador dos serviços, nos termos referenciados nos itens I e II, da Súmula 331, do C. TST, acima esposada. Nessas hipóteses, a modalidade de responsabilidade será solidária, pois respaldada no art. 9º, da CLT, que estabelece serem nulos todos os atos destinados a desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho, bem assim com esteio no art. 942 e parágrafo único, do Código Civil, prevendo especificamente tal modalidade de responsabilidade em face de todos os que ofenderam ou violaram os direitos de outrem, no caso, do trabalhador.

A interpretação restritiva do Tribunal Superior do Trabalho se impõe, ante a precarização verificada com a utilização desse procedimento no mercado de trabalho brasileiro. De acordo com estudos realizados pela CUT e Dieese, com base em dados fornecidos pelo Ministério do Trabalho em 2013, os empregados terceirizados trabalham em média três horas a mais por semana em relação aos trabalhadores contratados diretamente pelo tomador dos serviços, bem assim ganham salários 25% inferiores, além de estarem mais sujeitos a acidentes de trabalho[5].

Vê-se, portanto, a redução expressiva da média salarial dos trabalhadores terceirizados. Ainda que ganhassem salário igual, o simples aumento da jornada normal de trabalho sem a contrapartida proporcional financeira já importa em diminuição do valor do salário-hora.

No entanto, em relação à terceirização de serviços realizada nas hostes dos entes da Administração Direta e Indireta, não haverá o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

reconhecimento de vínculo direto com o tomador, em razão da ausência do requisito constitucional do concurso público (art. 37, II e § 2º, da CRFB). Nesses casos, a própria responsabilidade subsidiária atribuível ao tomador dos serviços não será automaticamente aplicada, em razão do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, proferido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em 24.11.2010, declarando a constitucionalidade do § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93[6] e afastando, via de regra, a responsabilidade dos entes públicos pelas obrigações trabalhistas da empresa subcontratada.

Nos termos do entendimento já propalado pelo C. TST, no item V, da Súmula 331, a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, nas mesmas condições do item IV do aludido verbete sumular, não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa interposta, mas apenas caso reste evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, principalmente no tocante à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da empregadora formal do trabalhador.

Inclusive, não poderão os tribunais do trabalho simplesmente afastar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, pois tal procedimento, na visão do E. STF, afronta a cláusula de reserva de plenário inscrita no art. 97, da CRFB, nos exatos termos da Súmula Vinculante n. 10, do Pretório Excelso.

Recentemente, o STF reafirmou sua jurisprudência em relação à responsabilidade da Administração Pública Direta e Indireta pela terceirização de serviços, fixando tese no Recurso Extraordinário n. 760.931/DF, no sentido de que o mero inadimplemento da prestadora de serviços não enseja responsabilidade automática da Administração, acrescentando a necessidade de existência de prova taxativa do nexo de causalidade entre a omissão atribuível à Administração e o dano sofrido pelo particular[7].

3. A TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM APÓS A LEI N. 13.467/2017

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

No cenário de discussão entre atividade-meio e atividade-fim, bem assim sua específica delimitação para fins de caracterização da licitude da terceirização, a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, no afã de regulamentar a terceirização de serviços, promoveu várias alterações na Lei n. 6.019/74, além de acrescentar diversos artigos naquele diploma legal.

Dentre os artigos de maior revelância acerca da terceirização de serviços, cita-se o novo art. 4º-A, com a seguinte redação:

> Art. 4º-A. **Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos**.
>
> § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.
>
> § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (sem grifos no original).

Considerando a específica redação atribuída ao caput do artigo 4º-A, vários empregadores e operadores do direito finalmente entenderam que havia possibilidade legal de realizar a terceirização de mão de obra na atividade-fim da empresa cliente – tomadora dos serviços, inclusive apressando-se em requerer perante as demandas pendentes de julgamento a convalidação da terceirização alegadamente ilícita, exatamente pela exploração de atividade-fim pelo empregado terceirizado.

Não obstante, sugere-se que essa interpretação não se caracteriza como a mais adequada.

De acordo com a redação do art. 3º, da Lei n. 13.429/2017, houve a expressa menção de que a referida a norma entraria em vigor na data de sua publicação, o que ocorreu apenas em 31.03.2017, razão pela qual, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

pronto, não há como ser aplicada para regularizar situações de trabalho já superadas, tendo em conta que a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro quanto à eficácia das leis no tempo fundamenta-se no princípio da irretroatividade, *ex vi* do art. 6º, da LINDB c/c art. 5º, XXXVI, da CRFB.

Portanto, não há que se falar em retroatividade da inovação legislativa para convalidar terceirização levada a efeito em momento anterior, período em que não havia qualquer permissão para a intermediação de mão-de-obra em atividade-fim, fora dos estritos limites do entendimento majoritário do C. TST (Súmula 331).

Demais disso, igualmente sugere-se que não é certo falar que a terceirização foi permitida para toda e qualquer atividade-fim nas empresas tomadoras dos serviços, após a edição da Lei n. 13.429/2017.

Apesar de haver previsão expressa no art. 4º-A, § 2º, da norma em tela no sentido de que não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante, considera-se que o entendimento mais adequado deve ser realizado em consonância com o princípio basilar da proteção que impera na seara trabalhista (art. 7º, *caput*, da CRFB), pelo qual apenas a terceirização *lícita* não gera vínculo empregatício com a tomadora, não havendo, ao longo do texto legal naquele período, disposição sobre a permissividade ou licitude da terceirização em atividade-fim dos prestadores de serviço terceirizados.

Vale ressaltar a diferença existente entre os trabalhadores temporários e terceirizados, para fins de aplicação da inovação legislativa.

Consoante art. 2º, da Lei n. 6.019/74, o "Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços."

Por seu turno, dispõe o art. 9º, § 3º, da Lei n. 13.429/2017, que **O contrato de trabalho temporário** pode versar sobre o desenvolvimento de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

atividades-meio e **atividades-fim** a serem executadas na empresa tomadora de serviços" (original sem grifos).

Nesse sentido, no momento em que a Lei n. 13.429/2017 estabeleceu que o *trabalho temporário* poderia versar sobre atividade-fim do tomador dos serviços, não estabeleceu qualquer inovação legal, pois é sabido que o trabalhador temporário já exercia atividade-fim na tomadora de seus serviços, já que a substituição se dava sobre trabalhadores permanentes daquela, ou para atender à demanda complementar de seus próprios serviços, como se dá com a indústria de alimentos, em épocas festivas.

Situação diversa se operou quanto aos trabalhadores terceirizados, que não se confundem com os temporários.

O trabalho temporário é contrato particularizado, com requisitos, condições, prazos e direitos específicos estabelecidos nos arts. 1º a 4º, 6º a 12, da Lei n. 6.019/74.

Já o contrato dos trabalhadores interpostos possui requisitos e condições diversos, não podendo, assim, ser inadvertidamente confundido com o trabalho temporário.

Como se não bastasse, quando o legislador quis especificar que seria permitido o desenvolvimento de atividade-fim no tomador de serviços, o fez especificamente apenas para os trabalhadores temporários, nos exatos termos do trecho legal acima transcrito, não se admitindo interpretações extensivas prejudiciais aos trabalhadores terceirizados, em nítido contrassenso com todo o arcabouço normativo trabalhista, baseado no estabelecimento de direitos que visem à melhoria das condições sociais do trabalhador (art. 7º, *caput*, da CRFB).

Nesses moldes, o advento da Lei n. 13.429/2017 ainda não foi suficiente para possibilitar a realização de terceirização na atividade-fim das empresas tomadoras dos serviços.

Porém, pouco mais de três meses depois da referida alteração legislativa, foi editada a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, em vigor a partir de 11.11.2017, que conferiu nova redação ao recentíssimo artigo 4º-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A, da Lei n. 6.019/74, a fim de que não pairassem mais quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de terceirização em atividade-fim do tomador dos serviços, *in verbis*:

> Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, **inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (sem grifos no original).

Desse modo, a Reforma Trabalhista conferiu vasta autorização normativa para a realização da terceirização de serviços em quaisquer atividades-fim da tomadora dos serviços.

Não há como se negar, pois, o caráter precarizante da possibilidade de terceirização de atividade-fim da tomadora dos serviços. A partir de 11.11.2017, não haverá, pois, quaisquer limitações para que empregados contratados diretamente e os terceirizados exerçam idênticas funções, em benefício de um mesmo tomador, porém com gama de direitos distinta, importando em nítida discriminação injustificável, contrária ao princípio da igualdade material estabelecido no art. 5º, *caput*, da CRFB.

É certo que ainda houve uma parca tentativa de promover equivalência de direitos entre os trabalhadores diretamente contratados e os terceirizados, através da redação do art. 4º-C, da Lei n. 6.019/74[8]. Contudo, são restritos os direitos ali extensíveis aos trabalhadores terceirizados, e somente incidirão quando os terceirizados prestarem serviços nas dependências da tomadora dos serviços. Os demais direitos trabalhistas seriam extensíveis apenas se decorressem da vontade dos contratantes, em total disparidade com o normalmente esperado pela atividade empresarial e com os fins primordias da terceirização de serviços (redução de custos).

Desse modo, apesar de expressa autorização legislativa, é importante sobrelevar que todo ato normativo do Poder Público demanda

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

compatibilidade vertical com a Constituição Federal de 1988, pois dela retira o fundamento da própria existência e validade. A CRFB estabeleceu como pilares fundamentais da República a dignidade da pessoa humana, bem assim os valores sociais do trabalho. Não obstante a livre iniciativa também esteja estampada no art. 1º, IV, da CRFB ao lado do valor social do trabalho, entende-se que a interpretação desses fundamentos deve seguir a esteira da proporcionalidade. Noutro giro, o próprio *caput* do art. 7º, da CRFB estabelece o caráter progressista de direitos no âmbito das relações de trabalho, pois, além de elencar os direitos sociais trabalhistas mínimos, estabeleceu a cláusula aberta para outros direitos que visem à melhoria – e não ao retrocesso – das condições sociais.

De par com esse raciocínio, a interpretação ampla e notoriamente precarizante da terceirização em atividade-fim milita contra o ideário constitucional dignificante e isonômico, pois possibilita a existência de condições díspares entre trabalhadores inseridos em idêntica dinâmica empresarial, apenas na tentativa de "adequação" das relações juslaborais às novas demandas de mercado.

Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho, mesmo antes da alteração legislativa, já propalava o mecanismo a ser utilizado para a garantia de isonomia entre os trabalhadores terceirizados, qual seja, a aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei n. 6.019/74[9]:

> 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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

É certo que a aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei n. 6.019/74, nos termos esposados pelo C. TST na Orientação Jurisprudencial n. 383, da SBDI-1, apenas estaria garantida para as hipóteses de terceirização ilícita na Administração Pública, conforme se pode observar acima. Contudo, tal entendimento poderá ser aplicado também às relações privadas, fundamentado na aplicação do princípio da isonomia aos particulares na relação de trabalho, na esteira da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

Todavia, a Reforma Trabalhista foi arquitetada com os olhos fixos na jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, antecipando-se ao entendimento da Corte Trabalhista quanto à interpretação possivelmente restritiva a ser adotada quanto à terceirização em atividade-fim. Tal se observa pela nova redação do art. 702, "f", da CLT, igualmente conferida pela Lei n. 13.467/2017, impondo novo procedimento excessivamente rigoroso para a criação e alteração das súmulas pelos Tribunais Trabalhistas[10], cuja constitucionalidade, inclusive, é objeto de discussão pelo Tribunal Pleno do C. TST. Por outro lado, também tentou impor restrições à atividade cognitiva dos Tribunais do Trabalho, pela impossibilidade de "criar ou restringir direitos" via súmulas[11].

Quanto à tentativa de limitação da atividade interpretativa pelos Tribunais Trabahlistas (art. 8º, § 2º, da CLT), Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Marques de Lima possuem lição esclarecedora[12]:

> Destarte, os Juízes e Tribunais não editam leis, mas proclamam normas. Acontece que no Estado de Direito atual, pluralista e democrático, nem se pode falar em lei, mas em sistema legal, do qual decorre o Direito do Estado de Direito. O Estado de Direito forjado no Iluminismo era o Estado segundo a lei, no sentido textual; enquanto o Estado de Direito atual ancora-se no sistema normativo, com todos os seus componentes axiológicos e fáticos. (...) Ora, não há norma senão

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> depois de interpretada e não há interpretação sem criação. O Código de Justiniano, *Corpus Juris Civilis*, proibiu o juiz de interpretá-lo. Não vingou. O de Napoleão também, o tempo o derrotou. Não é essa regra ora sob comento que vai impedir a criatividade dos julgadores.

Defendem, pois, que a atividade cognitiva do juiz se perfaz através da interpretação dos textos normativos e, conseguintemente, extraindo a norma advinda do sistema legal.

Assim sendo, o entendimento mais adequado a partir do sistema legal em que inserida a Reforma Trabalhista situa-se pela necessidade de assegurar o princípio da isonomia nas relações de trabalho terceirizado, a fim de que trabalhadores inseridos na mesma dinâmica empresarial não sejam submetidos a situações de discriminação infundada. Forçoso reconhecer, portanto, a adoção dos mesmos direitos, legais e normativos, aos trabalhadores que exerçam as mesmas funções, sejam contratados diretamente pelo tomador dos serviços ou através de empresas interpostas especializadas, com fulcro na aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei n. 6.019/74. Apenas desse modo permite-se que a fórmula de trabalho terceirizado possa ser utilizada na prática, sem a precarização observada nos dias atuais.

A redução de custos pelos tomadores dos serviços deve ser buscada a partir da desnecessidade de manutenção de amplo pessoal administrativo para reger seus funcionários próprios, pois receberá esses serviços da empresa especializada que contratar, e não à custa da redução de salários dos trabalhadores terceirizados, ampliação de carga horária e restrição infundada de direitos.

Recentemente (15.05.2018), a Comissão de Regulamentação da Lei n. 13.467/2017, constituída por Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, encaminhou ao Presidente da Corte Superior Trabalhista uma proposta de redação de Instrução Normativa, com o fim de estabelecer balizas quanto aos limites de incidência dos preceitos decorrentes da Reforma Trabalhista. Apesar de ainda não votada pelo C. TST, a exposição de motivos daquela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

proposta de Instrução Normativa deixa clara a intenção de limitar-se apenas ao marco temporal de incidência das novas regras, não dispondo acerca do conteúdo das normas estabelecidas.

Desse modo, em face da ausência de delimitação pelo C. TST acerca da aplicabilidade ou não das alterações legislativas promovidas pela Lei n. 13.467/2017, mostra-se ainda mais necessária a postura do magistrado trabalhista na observância primeva do princípio da isonomia em detrimento do positivismo restrito recém sugerido pela Reforma Trabalhista.

4. CONCLUSÃO

A atividade interempresarial de transferência de parte do processo produtivo para empresas intermediadoras de mão de obra, desde que praticada sem o intuito de precarização das relações de trabalho, não deve ser limitada pela atividade jurisdicional.

No entanto, para que não seja utilizada pelos empregadores como forma de precarizar a relação de trabalho, transferindo os trabalhadores para as empresas intermediadoras com o fim de redução de custos ligados ao salário e demais direitos dos empregados, é mister que se adote uma posição isonômica entre os trabalhadores terceirizados e os contratados diretamente pelo tomador dos serviços, não apenas que atuem em suas dependências, mas de todos os trabalhadores que prestam serviços em seu benefício.

Dessa forma, garante-se que os fins positivos da terceirização de serviços sejam alcançados, pela redução dos custos com procedimentos administrativos – e não com diferenciação reducionista indiscriminada de salários – e concentração da empresa tomadora em sua atividade-fim, sem que tal objetivo seja alcançado à custa do trabalhador, sopesando-se, assim, a convivência pacífica entre a dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e livre iniciativa, fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV, da CRFB).

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

ANTUNES, Ricardo. ***Adeus ao Trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho***. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. ***Curso de Direito do Trabalho***. 10ª edição. São Paulo: Editora Ltr. 2016.

BBC BRASIL. ***Mais emprego ou precarização? Os possíveis impactos da lei da terceirização.*** Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39375305. Acesso em 28.05.2018.

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.*** Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Disponível em http://www.stf.jus.br/. Acesso em 28.05.2018.

_____. ***Jurisprudência.*** Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em http://www.tst.jus.br/. Acesso em 28.05.2018.

DELGADO, Maurício Godinho. ***Curso de Direito do Trabalho***. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. ***Curso de Direito do trabalho***. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Francisco Meton Marques de;. LIMA, Francisco Péricles Marques de. ***Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto***. São. Paulo: LTr, 2017.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[1] ANTUNES, Ricardo. ***Adeus ao Trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho***. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

[2] CLT. Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

[3] BRASIL. ***Jurisprudência.*** Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em http://www.tst.jus.br/. Acesso em 28.05.2018.

[4] DELGADO, Maurício Godinho. ***Curso de Direito do Trabalho***. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

[5] BBC BRASIL. ***Mais emprego ou precarização? Os possíveis impactos da lei da terceirização.*** Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39375305. Acesso em 28.05.2018.

[6] Lei n. 8.666/93. Art. 71, § 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

[7] "Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017. ".

[8] Lei n. 6.019/74. Art. 4o-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4o-A desta Lei,

quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - relativas a: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

b) direito de utilizar os serviços de transporte; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1o Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2o Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

[9] Lei n. 6.019/74. Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

[10] CLT. Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete: (Redação dada pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954) (Vide Lei 7.701, de 1988): f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial; (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

[11] CLT. Art. 8º, § 2º. Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

[12] LIMA, Francisco Meton Marques de;. LIMA, Francisco Péricles Marques de. ***Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto***. São. Paulo: LTr, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A SATISFATÓRIA PRODUÇÃO DE PROVAS NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL

DENIR FERNANDES DA COSTA:
Bacharelando do curso de Direito da Universidade Brasil - Campos Fernandópolis/SP

RESUMO: O presente estudo resplandece de importância, na medida em que irá abordar a relevância da produção de provas, de maneira eficaz, no bojo da investigação preliminar, principalmente no que tange ao inquérito policial. A necessidade de abordar o referido assunto é pesquisar o valor probatório do inquérito policial e a sua importância para subsidiar, de maneira eficiente, a ação penal, bem como as consequências negativas que poderão advir na falta de observação de garantias constitucionais e processuais penais durante as investigações policiais.

Palavras-chave: inquérito policial, valor probatório, importância, produção de provas.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1) CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS. 2) INQUÉRITO POLICIAL. 2.1 CONCEITO. 2.2 O VALOR PROBATÓRIO. 2.3 A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS PRODUZIDAS NO INQ. POLICIAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Embora que no Brasil o inquérito policial não é condição essencial para o começo da ação penal, até porque a mesma pode se iniciar quando houver provas suficientes da autoria e materialidade da infração penal (existência de infração penal), na prática, é notório que a maioria dos processos criminais iniciados são seguidos de uma investigação preliminar por meio do inquérito policial, isso para não se falar em totalidade.

Até porque, o inquérito policial é o instrumento administrativo plausível para a apuração das infrações penais e de sua autoria, de acordo com o art. 4º, do Código de Processo Penal.

Apesar da inexistência do contraditório e ampla defesa no bojo do inquérito policial (questão discutível para alguns doutrinadores), tem-se que o mesmo deve ser realizado sobre a observância de todas as garantias

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

constitucionais e processuais penais sobre tal instituto, haja vista o grau de importância do procedimento em estudo para subsidiar futura ação penal.

Ademais, outra finalidade relevante do inquérito policial é o fornecimento de provas ao juiz, para, observados os requisitos legais, embasar possível decretação de eventual prisão cautelar, como por exemplo, no caso de prisão preventiva.

Nessa linha de raciocínio, torna-se necessário perpetrar uma pesquisa no sentido de dimensionar os prejuízos penais e processuais penais advindos de um inquérito policial realizado em descompasso com os ditames legais, principalmente no que tange à produção de provas.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O direito processual penal foi regulamentado por sistemas diversos ao longo da história, sendo os mais conhecidos: o sistema acusatório e o sistema inquisitório.

No **sistema acusatório** ocorre a chamada divisão de tarefas, visto que as funções de investigar, acusar, defender e julgar, recaem sobre pessoas ou órgãos diferentes, ou seja, a acusação, via de regra, é função do Ministério Público, que promoverá ação penal perante um juiz dotado de imparcialidade, ação esta em que será garantida o contraditório e a ampla defesa em favor do acusado.

Note-se que a Constituição Federal de 1988, primou pela adoção do sistema acusatório, haja vista ter garantido o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV), a imparcialidade do juiz (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), bem como ter explicitado que a função de promover privativamente a ação penal pública é do Ministério Público (art. 129, inciso I).

O jurista Antônio Alberto Machado, ao ensinar sobre o sistema acusatório, assim se manifesta:

> A Constituição brasileira, de modo inequívoco, consagrou o princípio do processo acusatório ao separar rigorosamente as funções de investigar (art. 144), acusar (art.129,I e art. 5º,LIX) e julgar (arts. 92 a 126) assegurando imparcialidade dos juízes (art. 95, parágrafo único, o direito de defesa e contraditório (art. 5º, LV), bem como a publicidade dos atos judiciais (art. 5º, LX) (2010, p.35).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Na mesma linha de raciocínio, prelecionam os ilustres doutrinadores Regis Fernandes de Oliveira e Mário Leite de Barros Filho, com as abalizadas colocações:

> De fato, no Brasil vigora o sistema da persecução criminal acusatório. Tal sistema se caracteriza por ter, de forma bem distinta, as figuras do profissional que investiga (delegado de polícia), defende (advogado), acusa (membro do Ministério Público) e julga (magistrado) o crime. (2010, p. 45).

Já no **sistema inquisitivo** as funções de investigar, acusar, defender e julgar são concentradas para uma só pessoa ou um só órgão, comumente, um "juiz".

Nesse sistema, não se fala em contraditório ou ampla defesa, assim, "o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos". (TÁVORA, 2014, p. 47). Dessa forma, é evidente que tal sistema não foi adotado pelo processo penal brasileiro.

Alguns doutrinadores ainda apontam a existência de um outro sistema processual penal, qual seja, o **sistema misto**, em que "há uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório". (CAPEZ, 2011, p. 83). É afirmar que tal sistema processual penal se assemelha, em partes, ora com o sistema inquisitivo, ora com o sistema acusatório.

O doutrinador renomado Guilherme de Souza Nucci defende que o sistema atual do processo penal é o misto, porém, tal posicionamento é minoritário na atual sistemática do processo penal.

2. INQUÉRITO POLICIAL

2.1 CONCEITO

Leciona Tourinho Filho que o inquérito policial é "o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo" (TOURINHO FILHO, 2003, p. 192).

Nas palavras do brilhante professor Nestor Távora:

> O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado (TÁVORA, 2014, p. 110).

Sendo assim, em resumo, o inquérito policial é o procedimento administrativo, inquisitivo e preparatório, destinado à apuração do fato criminoso e sua autoria, possuindo natureza administrativa e investigativa.

2.2 O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

Escrever sobre o valor probatório do inquérito policial é, na verdade, avaliar o grau de admissibilidade das provas colhidas durante a fase de investigação preliminar ocorrida anterior à propositura da ação penal.

Pois bem, em que pese a existência de divergência doutrinária a respeito do tema, a corrente majoritária é aquela que defende que o inquérito policial possui valor probatório relativo, uma vez que o mesmo é sedento de demais provas a serem produzidas durante a fase processual penal.

Para que exista valor de prova, torna-se necessária a sua realização perante o crivo do contraditório e da ampla defesa, ocorrida apenas na etapa de instrução processual, razão pela qual alguns doutrinadores afirmam que no inquérito policial se colhe apenas "elementos informativos", e não "provas".

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, ensinam que o "inquérito policial possui valor probatório relativo, pois carece de confirmação com outros elementos colhidos durante a instrução processual." (TÁVORA, Nestor, 2014, p. 128).

Na mesma linha de raciocínio, o doutrinador Fernando Capez esclarece:

> O inquérito policial 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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> 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. (CAPEZ, 2011, 117/118).

Tal autor ainda cita como exemplo a confissão extrajudicial, sendo que somente terá validade como fonte de convicção do magistrado apenas se corroborada por outras provas produzidas durante a instrução processual penal.

Porém, Muccio, defende que as provas colhidas em fase preliminar poderão ser utilizadas como elementos decisivos pelo juiz, observe-se:

> É comum, tanto na doutrina como na jurisprudência, sustentar que o juiz não pode condenar só com a prova do inquérito, porque nele não se observa o contraditório, pois é sigiloso e inquisitivo, postergando-se a ampla defesa, uma vez que as provas também são colhidas pela autoridade policial e não por um juiz de direito, sendo apenas de conteúdo informativo, cuja finalidade é fornecer os elementos necessários ao titular da ação penal (ministério Público ou ofendido), para que ele possa exercê-la. [...] Adotado o princípio do livre convencimento, é evidente que o juiz pode, para firmá-lo valer-se da prova colhida no inquérito, ainda que na fase judicial não seja reproduzida. (MUCCIO, 2009, p. 204-205).

Entendimento ainda contrário é o do Aury Lopes Jr., que assim escreve: "podemos afirmar que o inquérito somente gera atos de investigação, com uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase". (LOPES JR., 2001, p. 190).

A lição do respeitável professor Aury Lopes Jr. é a de que as provas colhidas na fase pré-processual (inquérito policial), devem ser repetidas na fase de instrução processual, perante o juiz, garantindo-se assim o contraditório e a ampla defesa, sendo que somente assim tais provas poderão fundamentar uma sentença condenatória.

Ainda dentro desse estudo, impende destacar a figura das chamadas provas "não repetíveis" ou "não renováveis", antecipadas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

cautelares, que possuem a necessidade de serem coletadas de maneira imediata, não havendo a possibilidade de esperar o desfecho do inquérito policial, pois caso contrário poderá ocorrer o perecimento das mesmas, situação em que haverá considerável prejuízo para a investigação.

É o que ocorre, por exemplo, com o crime de lesão corporal, na proporção em que o quanto antes for realizada a perícia na vítima, a probabilidade de se obter um laudo pericial mais eficiente será consideravelmente maior.

Cumpre apontar, contudo, que atualmente o judiciário brasileiro vem adotando um sistema em que aquelas provas "essencialmente técnicas", realizadas no inquérito policial, a exemplo das perícias, ou até mesmo provas documentais como interceptação telefônica, busca e apreensão, dentre outras, poderão obter a mesma roupagem probatória daquelas provas colhidas em juízo, ou seja, na fase processual.

Nesse sentido, é pertinente trazer a baila o disposto no art. 155, do CPP:

> 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Assim, as provas cautelares, não-repetíveis ou antecipadas, adquirem roupagem de "prova" na fase processual penal, conforme visto no artigo acima citado, sendo que, em tais casos, o magistrado poderá proferir sentença com base nessas provas colhidas durante a investigação preliminar.

A título de confirmação ao alegado, é relevante narrar o exemplo dado pelos doutrinadores Bruno Fontenele Cabral e Rafael Pinto Marques de Souza:

> Foi justamente o que se viu durante o julgamento do caso "Mensalão" pelo STF (AP 470/MG), quando o relator, Min. Joaquim Barbosa, usou o laudos periciais elaborados durante a fase de inquérito pelo Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> fundamentar os seus votos que levaram a condenação de 25 dos 38 réus. (CABRAL; MARQUES DE SOUZA, 2013 p. 44).

Em sua obra, os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar recomendam que, diante da produção dessas provas não-repetíveis, a autoridade policial autorize de maneira fundamentada que o indiciado e/ou seu advogado acompanhe tal diligência. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 129).

2.3 A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS PRODUZIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL

É de conhecimento que a questão sobre provas seja um dos temas mais importantes e debatidos no universo jurídico. Como bem aponta o professor Antônio Magalhães Gomes Filho, "é dos mais importantes da ciência do processo, na medida em que a correta verificação dos fatos em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa." (GOMES FILHO, 2005, P. 303)

A expressão prova pode ser utilizada como elementos de prova, meios de prova ou até mesmo resultado de prova. Assim, é importante narrar o papel da investigação criminal, ou melhor, do inquérito policial.

Eliomar da Silva Pereira entende a investigação criminal como sendo:

> "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." (PEREIRA, 2011)

Conforme visto anteriormente, ao exame do conceito do inquérito policial, este é na verdade o instrumento processual penal, que objetiva materializar a investigação criminal, apurando as infrações penais e sua autoria, presidida sempre pela autoridade policial, em conformidade com o art. 4°, do Código de Processo Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Nesse sentido, "a autoridade policial deve colher todas as provas possíveis. Em regra o inquérito policial admite todas as provas conhecidas, nominadas e inominadas, sendo que algumas delas lhe são específicas, como a identificação do indiciado". (ARANHA, 1999, p.225).

Note-se, portanto, a imprescindibilidade do inquérito policial na tão almejada busca pela verdade real.

Dentre todas as provas a serem produzidas durante a investigação preliminar, é valioso destacar uma das mais relevantes (na posição do presente artigo), algumas mais relevantes para o tema, qual sejam, a prova pericial e documental.

Com relação à prova documental, o entendimento doutrinário atual é o de que tal prova é colhida na fase do inquérito policial e, posteriormente, inserida na futura ação penal, havendo assim o denominado contraditório diferido ou postergado.

De maneira não diversa ocorre com as provas periciais, pois também podem ser produzidas no curso da investigação preliminar e, em momento oportuno, juntadas na ação pena submetidas ao contraditório e a ampla defesa.

Logo, daí a importância de que as diligências policias que irão colher tais provas, sejam realizadas com a maior precaução possível, sempre observando a legislação processual penal.

Como regra, eventual vício encontrado em sede de inquérito policial não tem o condão de contaminar a ação penal. No entanto, o STJ tem anulado por completo ações penais em algumas situações.

A título de exemplo, o STJ tem anulado por completo ações penais quando, na origem do inquérito policial o procedimento investigatório partiu de denúncia anônima sem concretude nos seus elementos. (julgamento do HC 137.349/SP, STJ, Operação Castelo de Areia).

Em alguns casos, o próprio STF já se posicionou nesse sentido:

> PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDA, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. (HC 69912 segundo, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA. COGITAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA A CO-RÉU NO HC N. 84.388. PACIENTE DESTE HC EM IDÊNTICA SITUAÇÃO PROCESSUAL. EXTENSÃO. 1. Interceptação telefônica sem autorização judicial (art. 10 da Lei n. 9.296/96), atribuída a co-réu. Ausência de descrição da conduta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> típica. Concessão da ordem no HC n. 84.388/SP para trancar a ação penal, por inépcia da denúncia. 2. Paciente igualmente denunciado com fundamento em trechos de interceptações telefônicas realizadas no curso da "Operação Anaconda", cujas transcrições revelam mera cogitação do crime tipificado no art. 10 da Lei n. 9.296/96. 3. Situações processuais idênticas, no que tange à inépcia da denúncia, impondo-se a extensão da decisão que beneficiou o paciente do habeas corpus n. 84.388/SP. Ordem concedida. (STF - HC: 85360 SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 09/12/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00254)

Nessa maneira de pensamento, compartilha o respeitável professor Aury Lopes Jr.:

> o rançoso discurso de que as irregularidades do inquérito não contaminam o processo não é uma verdade absoluta e tampouco deve ser considerada uma regra geral. Todo o contrário, exige-se do juiz uma diligência tal na condução do processo que o leve a verificar se, no curso do IP, não foi cometida alguma nulidade absoluta ou relativa (quando alegada). Verificada, o ato deverá ser repetido e excluída a respectiva peça que o materializa, sob pena de contaminação dos atos que dele derivem. Caso o ato não seja repetido, ainda que por impossibilidade, sua valoração na sentença ensejará a nulidade do processo. (LOPES JR., 2001, p. 201)

Apesar de grande parte da doutrina sustentar que inquérito policial não possui valor probatório, e ainda, que eventual vício contido no inquérito interfere na ação penal, tal afirmação compromete o bom direito, pois quase a totalidade das ações penais existentes são fundamentadas com base em elementos colhidos durante a investigação preliminar, que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

por sua vez, é representada por incansáveis policiais preparados buscando materialidade e autoria de infrações penais.

Nota-se, portanto, que o excelso desempenho da Polícia Judiciária é imprescindível na fase do inquérito policial, pois sua atuação será determinante para o bom andamento da ação penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Porventura a asserção de que o "inquérito policial seria um nada probatório" no atual sistema fosse coberta de verdade caso levasse em consideração que a polícia judiciária realizasse suas atividades contrariando a legislação, ferindo direitos consagrados, atuando de maneira vil e grosseira. O que, verdadeiramente, não ocorre.

Por meio da Constituição de 1988, a investigação policial passou a ser realizada respeitando direitos fundamentais, até porque, e notório que as delegacias contam com a cotidiana presença de advogados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, havendo ainda a relevante fiscalização das Corregedorias de Polícia.

Vale ressaltar ainda, que nos últimos tempos a contratação de Peritos ocorre por meio de concurso público e, com isso, é evidente o grau de concorrência existente entre as pessoas que desejam ingressar em tal carreira, havendo uma certa "seleção" dos concorrentes mais preparados e capacitados para realizar as atividades de investigação.

Ademais, alguns concursos de Delegados de Polícia, de acordo com o edital de cada estado, passou a exigir certo tempo de atividade jurídica por parte do candidato, uns de 2 (dois) anos, o que ocorre por exemplo no Estado de São Paulo, outros de até 3 (três) anos, buscando assim garantir um grau de experiência e maturidade do concorrente para atuar com mais segurança em tal carreira.

Assim, é notório que a profissionalização da atividade policial vem sendo almejada cada vez mais pela polícia judiciária.

Portanto, não pairam dúvidas que novo manto foi atribuído ao inquérito policial, pois passou a ser um procedimento realizado respeitando direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional, podendo, inclusive, apresentar valor probatório, uma vez que, a depender da situação em concreto, o juiz poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas colhidas durante a fase investigativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9.ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014;

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 18.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

MUCCIO, Hidejalma. Prática de Processo Penal: teoria e modelos. São Paulo: Método, 2009.

LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2011;

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 5ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO PELA INTERNET: ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E DANOS PSICOLÓGICOS CAUSADOS NAS VÍTIMAS

ARTHUR HENRIQUE ARAGÃO ARANTES DAS SILVA: Bacharelando do Curso de Direito pela Universidade Brasil.

EDA LECI HONORATO

(Orientadora)

RESUMO: A evolução da internet e o uso das redes sociais é um local propício para interação social, onde se observa o rápido acesso a informação e difusão de conteúdos variados. Porém, este local que a princípio parece ser mágico, também traz consigo uma grande preocupação social, pois nesse ambiente também é possível identificar uma elevada incidência de ofensas a alguns direitos da personalidade, que chegam a transcender a esfera civil, atingindo a esfera penal. Com isso, podem ser observados ilícitos penais, que muitas vezes são seguidos por danos irreparáveis, uma vez que tais atos ferem não só a os direitos e garantias inseridos na lei maior em seu artigo 5º, inciso X, mas também causam danos psicológicos e sociais. Dentre as diversas formas de violação dos direitos da personalidade no mundo virtual, a divulgação ou compartilhamento de imagem ou vídeo de nudez sem o consentimento da pessoa e o *cyberbullying* manifestam-se de forma corriqueira, sendo necessária uma grande atenção da sociedade e do universo jurídico.

Palavras-chave: redes sociais - liberdade de expressão – direitos da personalidade - *cyberbullying – sexting.*

ABSTRACT: The evolution of the Internet and the use of social networks is a favorable place for social interaction, where one can observe the rapid access to information and the diffusion of varied contents. However, this place which at first seems to be magical also brings with it a great social concern, because in this environment it is also possible to identify a high incidence of offenses against some personality rights, which transcend the civil sphere, reaching the criminal area. As a result, illegal crimes can be

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

observed, which are often followed by irreparable damage, since such acts not only harm the rights and guarantees inserted in the more critical law in its article 5, paragraph X but also cause psychological and social damages. Among the various forms of violation of the rights of the personality in the virtual world, the dissemination or sharing of nudity (image or video) without the person's consent and cyberbullying regularly manifest themselves, requiring the considerable attention of society and the legal universe.

Keywords: social networks – freedom of expression – personal rights - *cyberbullying – sexting.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ANONIMATO. 3. DAS FORMAS DE VIOLAÇÃO. 4. DAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS. 5. DA PROTEÇÃO JURÍDICA. 6. DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, "caput" e inciso X, assegura de maneira expressa a inviolabilidade, a privacidade, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Tais direitos e garantias são relembrados, ainda, na Lei 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet.

> A Lei 12.965/14, que dispões sobre o denominado Marco Civil da Internet, apresenta-se como uma das fases de crescimento democrático que o país, com sua jovem Constituição, está vencendo. Todavia, sua efetividade vai depender de uma série de fatores que demandarão muito mais que uma boa vontade política. Afinal, está se tratando de tecnologia da informação, um assunto que se encontra espacialmente disperso, ou seja, não há uma localização geográfica física, é mundial, internacional, quiçá. (Leal, 2015, p.174).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tratam-se de direitos inerentes ao homem, considerados essenciais à natureza humana, aqueles que, se não existissem, a pessoa também não existiria.

A intimidade está relacionada à identidade da pessoa, aos seus segredos e às informações intransmissíveis, bem como às particularidades de contexto moral (sexualidade e autoestima). Já a vida privada é conceituada de forma um pouco mais ampla do que a intimidade, abarcando as relações pessoais e sociais. A honra, por sua vez, pode ser subdividida em subjetiva, que está atrelada ao sentimento interno do indivíduo, e objetiva, relacionada à visão pública que se tem em relação ao indivíduo. Por fim, a imagem consiste em fotos, caricaturas, esculturas, pinturas e etc., sendo inadmissível que uma pessoa se utilize de quaisquer desses meios para expor alguém ao público, sem o indispensável consentimento.

É sabido que, com o crescimento tecnológico e os meios de comunicação, a exposição e disseminação de conteúdos variados tornaram-se muito mais fáceis, pois em questão de segundos, um vídeo, uma fotografia, um comentário percorre o mundo, causando repercussões positivas ou negativas nunca constada nos veículos de transmissão tradicionais. Ocorre que, infelizmente, não raras vezes, estes conteúdos mostram-se desprovidos de moral, o que se observa nos casos de compartilhamento de imagem ou vídeo de nudez sem o consentimento da pessoa exposta, bem como o tão temido *cyberbullying*. Neste sentido, observa-se que o conteúdo compartilhado não fica restrito a uma pessoa, mas o dissemina de forma incalculável, tornando-se irreversível a situação.

É óbvio que publicar ou compartilhar uma imagem, ideia ou pensamento sobre alguém, afrontando alguns de seus direitos da personalidade já referidos, não se trata de liberdade de expressão, pois não se pode confundir esta com irresponsabilidade. A partir do momento em que o indivíduo usa essa liberdade para menoscabar o outro, ele não estará exercendo aquela garantia prevista na Constituição Federal, mas sim praticando conduta totalmente imoral e contrária ao nosso ordenamento jurídico, afrontando alguns direitos da personalidade. Ora, devemos nos lembrar de uma premissa fundamental que qualquer indivíduo deve ou, ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

menos, deveria ter, qual seja, que o direito de um vai até onde começa o do outro. Logo, se alguém exceder este limite, deve ser penalizado.

O Fato inegável é que o compartilhamento de imagem ou vídeo de nudez sem o consentimento da pessoa exposta e o *cyberbullying* possuem consequências que amargam e abalam sobremaneira a vida da vítima, deixando-a, na maioria das vezes, em estado depressivo, com dificuldade de expressar sua opinião em público, ansiedade, medo e, até mesmo, em casos mais extremos, com desejo de ceifar a própria vida.

2. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ANONIMATO

Antes de se abordar acerca das principais formas de violação aos direitos fundamentais pela internet, deve-se fazer a seguinte indagação: por qual razão um indivíduo expõe outro ao mundo, sem, muitas vezes, pensar em quais seriam as consequências deste ato? Dentre as várias situações que se pode pensar como resposta para tal pergunta, a principal delas é que o indivíduo possui a falsa sensação de que nunca será punido pelo dano causado, como se estivesse protegido pelo "anonimato *online*".

Neste ponto, posiciona-se o psicólogo e pesquisador da Universidade Federal da Bahia Rodrigo Nejm, diretor de Educação da Organização não Governamental (ONG) SaferNet: "o fato é que os adolescentes se apropriam da internet com uma sensação de poder e anonimato, como que aquilo que está fazendo está protegido, que não tem consequências (...)"

Contudo, a realidade é que a Lei Maior, de forma objetiva, dispõe que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (artigo 5º, inciso IV). Ora, o anonimato é vedado por um simples motivo, qual seja, caso o sujeito aja ferindo direitos alheios (vida, honra, imagem e intimidade) ou até mesmo, cometa um ilícito penal, será necessária sua identificação para viabilizar uma posterior responsabilização pelo ato praticado. Outrossim, em um Estado Democrático de Direito, os indivíduos são livres, todavia, responsáveis pelos seus atos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Dessa forma, segundo Leal (2015), a liberdade é plena, mas para veicular ou transmitir ideias, opiniões e convicções há a necessidade legal de identificação da autoria, não se admitindo a utilização do anonimato, por expressa proibição constitucional.

Contudo, por mais que exista esta vedação constitucional, na prática, o sistema virtual e jurídico há grande dificuldade de identificar o autor da conduta lesiva, uma vez que, mesmo havendo a proibição da utilização de pseudônimos ou anonimato na declaração de Direitos e Deveres, pactuada por todos aqueles que assinam uma conta em um site de interação, constantemente nos deparamos com pessoas fazendo o uso de perfis falsos.

3. DAS FORMAS DE VIOLAÇÃO

Por mais que haja inúmeras formas de praticar o mal no meio virtual, a divulgação ou compartilhamento de imagem ou vídeo de nudez sem o consentimento da pessoa e o *cyberbullying* merecem, atualmente, especial atenção.

A prática desses ilícitos provém de pessoas "desprovidas de racionalidade", que causam danos, na maioria das vezes, irreparáveis, pois quando falamos da vida e da integridade físico-psíquica, imagem, honra (subjetiva e objetiva) e intimidade, estamos falando de direito extrapatrimonial, ou seja, que não se pode estipular um valor patrimonial, uma vez que se trata de algo imaterial. Logo, por mais que a pessoa lesada seja "indenizada", o dano sofrido por ela ainda remanesce, pois não há dinheiro algum que possa trazer sua honra, imagem ou qualquer outro direito relacionado ao "status quo ante".

O compartilhamento de imagem ou vídeo de nudez sem o consentimento da pessoa, muitas vezes é praticado na forma conhecida como "Pornografia da vingança", que consiste em distribuir fotos íntimas da pessoa na internet, por motivo de raiva ou fúria, como se o agente estivesse com sede de vingança. Além disso, uma das causas facilitadoras da propagação de imagem ou vídeo de conteúdo erótico é o chamado *Sexting,* que consiste em uma "diversão" dos adolescentes e jovens, na qual compartilham entre si imagens de nudez. Conforme

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

conceitua o Safernet Brasil[1], "*Sexting* é a junção da palavra *sex* (sexo) + *texting* (torpedo), tem origem inglesa e surgiu quando a Internet nem era 3G e as pessoas enviavam mensagens de texto por 'sms' (*Short Message Service*) de caráter erótico e sexual, sendo que hoje tais mensagens consistem em fotos e vídeos enviados por 'mms' (*multimedia messagem service*)".

Sob outro giro, o *cyberbulling* (modalidade virtual do *bullying*) consiste em um tipo de violência psicológica com o intuito de intimidar, hostilizar, diminuir ou descriminar alguém.

Importante ressaltar que o *cyberbullying* não possui as mesmas consequências que aquele *bullying* praticado na escola ou na rua. Na realidade, possui consequências mais desastrosas, uma vez que um número indeterminado de pessoas poderá ter acesso ao ilícito, causando, portanto, intimidação e constrangimento inimaginável na vítima. Ora, as redes sociais são ambientes de rápida propagação de "informação", seja ela saudável ou não, uma vez que nelas existem meios de se compartilhar o conteúdo, ampliando o número de pessoas que terão conhecimento sobre o ocorrido, sem que haja qualquer controle sobre o potencial lesivo daquela "informação". Dessa forma, ante a impossibilidade de se limitar a quantidade de pessoas que teriam acesso ao fato, observa-se a grande probabilidade de irreversibilidade da situação danosa.

4. DAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS

Como já apontado anteriormente, na maioria das vezes, o sofrimento causado à vítima é tão grande, que a induz a cometer loucuras, como ceifar a própria vida.

Segundo notícias apontadas pela empresa "Universo Online", uma jovem de 16 anos do interior do Rio Grande do Sul e outra adolescente de 17 anos, do interior do Piauí, cometeram suicídio após terem suas imagens íntimas divulgadas na internet e compartilhadas em redes sociais. A primeira teria sido vítima de um colega de escola, suspeito de ter publicado a foto íntima da jovem. A segunda teve imagens em que aparece tendo relações sexuais compartilhadas no aplicativo de bate-papo Whatsapp.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Infelizmente, as pessoas que se envolvem neste tipo de "diversão", não possuem a consciência de que podem perder o controle sobre a imagem de si. Imagens com conteúdo erótico possuem efeito viral, rapidamente se distribuem e pode parar em sites de pornografia. Neste sentido, a ONG Safernet informa que essas imagens podem permanecer anos na Internet, e aparecer vinculadas ao nome do envolvido. O que significa que depois de anos, ainda assim os envolvidos respondem pelo o que aconteceu. Isso pode ter repercussão numa entrevista de emprego, para o novo parceiro e possivelmente quando tiver filhos.

Quanto à prática do *cyberbullying*, verifica-se que as vítimas estão altamente propensas a entrar em depressão, haja vista que esta prática destrói sua autoestima. Uma outra característica desta maligna prática virtual é que, diferentemente da presencial, apresenta um número ilimitado de espectadores, o que contribui ainda mais à degradação da imagem.

Segundo estatísticas apontadas pelo site "Universo Online", na Itália, 11% das pessoas que se tornam vítima do *cyberbullying*, tentam cometer suicídio.

5. DA PROTEÇÃO JURÍDICA

Inegavelmente, quando tratamos acerca de lesão sobre os direitos da personalidade, não podemos deixar de lado instituto da reparação por danos morais. Trata-se de uma reparabilidade relativamente nova, pois se tornou pacífica com a Constituição Federal de 1988, pela previsão expressa no seu artigo 5º, incisos V e X.

Além disso, há de falar na possibilidade do direito de resposta, conforme reconhece o enunciado aprovado na *VII Jornada de Direito Civil* (2015): "A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio" (Enunciado n. 598).

O que poucos sabem, é que a proteção civil não é a única via para tentar coibir as práticas já mencionadas. Existem previsões penais e projetos de lei que buscam reprimir aqueles que compartilham imagens de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

conteúdo erótico sem o consentimento da pessoa envolvida, bem como o *cyberbullying*, conforme se verá a seguir.

Segundo estatísticas apontadas pela Safernet Brasil, 65% dos casos de *cyberbullying* e 67% dos casos de S*exting* ocorrem com vítimas mulheres. Acrescenta, ainda, que o número de denúncias registradas no ano de 2016 em relação ao vazamento de imagens de nudez foi inferior ao número registrado no ano de 2015. Entretanto, infelizmente, não se pode dizer o mesmo em relação ao *cyberbullying*, que cresceu no ano de 2016, sendo registradas cerca de 47 denúncias a mais do que no ano de 2015.

Neste sentido, observa-se que o Projeto de Lei nº 5.555/13 (acréscimo à Lei Maria da Penha), em defesa das mulheres, busca punir aquele que ofender a dignidade ou o decoro da pessoa com quem mantém ou manteve um relacionamento, por meio da divulgação de imagens, vídeos ou outro material com cenas de nudez ou de atos sexuais[2].

O mesmo se observa nos artigos 241 a 241-E, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de redação incluída pela Lei nº 11.829 de 2008, pela qual se busca prevenir a exposição de cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Quanto ao *cyberbullying*, o Código Penal, em seus artigos 139 a 141[3], pune a prática deste ilícito, não se limitando a tutela às vítimas à seara cível. O artigo 139 diz respeito ao crime de difamação, que consiste em imputar um fato ofensivo à reputação de outrem. Por sua vez, o artigo 140 trata do crime de injúria, que consiste em atribuir uma qualidade negativa a alguém, atingindo sua honra subjetiva.

Dispõe, ainda, o artigo 141, "caput" e inciso III, do Código Penal, que "a pena será aumentada de um terço se for cometido na presença de várias pessoas, ou por qualquer meio que facilite a divulgação".

Todavia, há muito que se questionar acerca da efetividade das movimentações jurídicas que buscam reprimir estes ilícitos, ou seja, se serão capazes de minimizá-los, pois, na maioria das vezes, a pena cominada não se mostra proporcional ao dano causado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

6. DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Dentre os possíveis meios para coibir a propagação de imagem ou vídeo de nudez sem o consentimento da pessoa e o *cyberbullying,* um deles apontado por Luziane de Figueiredo Simão Leal merece grande atenção. Segundo a autora, "o Brasil precisa de um sistema informático capaz de dar poderes ao Judiciário, possibilitando que a própria justiça bloqueie conteúdos indevidos levados ao seu conhecimento e decisão, como o faz com o bloqueio de valores e bens por meio dos sistemas *Bacenjud* e *Renajud."* Certamente, isto demonstraria um grande avanço para impedir que o conteúdo se disseminasse de forma desvairada, minimizando o dano.

A necessidade de alteração legislativa das penas cominadas às condutas já mencionada mostrar-se-ia pertinente, haja vista que, atualmente, tais penas não alcançam à consecução da finalidade preventiva geral da sanção penal.

Outrossim, um grande meio preventivo seria a elaboração de políticas públicas educacionais, trazendo consciência às crianças, jovens e adultos acerca da lesividade das referidas condutas, pois, em que pese a vítima seja a mais atingida, a sociedade como um todo também terá consequências.

Por fim, de suma importância seria pensarmos na aplicabilidade do instituto *Punitive Damages*. Esta teoria de origem norte-americana sustenta que, em uma ação indenizatória, o valor a ser fixado pelo magistrado deveria ser consideravelmente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição e prevenção, aplicável em casos de extrema gravidade, onde a conduta do ofensor se mostra extremamente reprovável. Assim, a imposição com caráter punitivo serviria como bom exemplo para a não reincidência pelo causador do dano e para prevenir a ocorrência de futuros casos de lesão.

7. CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que no meio de um crescimento tecnológico revolucionário, nos deparamos com as redes sociais, as quais, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

princípio, deveriam ser um local de interação. Entretanto, esta evolução trouxe consigo a elevada incidência de ofensas à alguns direitos da personalidade (vida, honra, imagem e intimidade), que muitas vezes transcendem da esfera civil, atingindo a esfera penal. Direitos que deveriam ser invioláveis, segundo a lei maior no seu artigo 5º, inciso X, se tornam facilmente violáveis. O mais incoerente é que os indivíduos que perpetram as referidas ofensas nas redes sociais agem como se nunca pudessem ser punidos, aparentando estar em uma terra sem lei.

Infelizmente, o resultado na vida do ofendido, não raras vezes, traz um efeito devastador, a ponto de fazê-lo concluir que a única forma de pôr um fim em seu sofrimento, seria ceifar a própria vida.

Em razão disso, o nosso ordenamento jurídico, em que pese seus lentos passos, mostra-se disposto a reprimir àqueles que causam as lesões. Contudo, há de se questionar se a reprimenda aplicada ao caso concreto será proporcional ao dano causado, bem como se se indicará eficaz para diminuir a incidências dos atos.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 de abr. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5555, de 9 de maio de 2013. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha - criando mecanismos para o combate a condutas ofensivas contra a mulher na Internet ou em outros meios de propagação da informação. **PL**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576366>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. 2016. 11% vítimas de cyberbullying tentam suícidio na Itália. Disponível em:<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2016/04/07/11-das vitimas-de-cyberbullying-tentam-suicidio-na-italia.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

LEAL, Luziane de Figueiredo Simão. **Crimes contra o direito da personalidade na internet:** violações e reparações de direitos fundamentais nas redes sociais. Juruá, 2015. 200 p.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

Mulheres são maiores vítimas de vazamentos na internet; saiba se proteger. 2017. Disponível em: <https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/03/08/mulheres-sao-maiores-vitimas-de-vazamentos-na-internet-saiba-se-proteger.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018.

MARTINS, Andréia. Brasil: 2013. Sexting: Vingança, exposição e a intimidade compartilhada na internet. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/sexting-vinganca-exposicao-e-a-intimidade-compartilhada-na-internet.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. 1717 p.

Vade Mecum, 17º ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

Vazamentos de nudes caem, mas cyberbullying cresce no Brasil em 2016. 2017. Disponível em: <http://idgnow.com.br/internet/2017/02/07/vazamentos-de-nudes-caem-mas-ciberbullying-cresce-no-brasil-em-2016/>. Acesso em: 19 dez. 2017.

WELLE, Deutsche. **Quando a liberdade de expressão na internet vira crime**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/quando-a-liberdade-de-expressao-na-internet-vira-crime-5909.html>. Acesso em: 12 abr. 2017.

NOTAS:

[1] Trata-se de uma organização não governamental, sem fins lucrativos, que reúne professores, pesquisadores, cientistas da computação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

e bacharéis em Direito, que visam combater o uso indevido da internet para a prática de crimes e violação dos Direitos Humanos;

[2] Inclui a comunicação no rol de direitos assegurados à mulher pela Lei Maria da Penha, bem como reconhece que a violação da sua intimidade consiste em uma das formas de violência doméstica e familiar; tipifica a exposição pública da intimidade sexual; e altera a Lei n° 11.340 de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

[3] Dos Crimes Contra a Honra, Capítulo V do Código Penal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

A NECESSIDADE DA AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

TAINÁ BRASIL NUNES: Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins-FACTO.

IGOR DE ANDRADE

(Orientador) [1]

RESUMO: O artigo abordará sobre a necessidade de conferir a autonomia funcional, administrativa e financeira à Defensoria Pública da União. Versará, sobre pontos considerados importantes para o alcance da autonomia e ainda, questões essenciais que carecem de melhor abordagem e efetividade do sistema. Destaca a importância do acesso à justiça para os menos favorecidos, devendo ser garantida a sua aplicabilidade. Os direitos referentes à dignidade humana são garantia a todos e indispensável ao ser humano, tendo que assegurar a assistência judiciária ao necessitado. A intenção do legislador é construir uma sociedade mais livre, justa e solidária e é isso que a justiça proporciona. Procurou-se estudar as leis e novas Emendas que tratavam sobre o tema, compreendendo as mudanças ocorridas ao longo dos anos através de livros, artigos e no próprio ordenamento. Conclui-se que o alcance de autonomia, foi fator substancial para obter o pleno exercício das suas funções, indispensável para o fortalecimento da instituição que tanto faz pela sociedade. A Defensoria Pública como um todo, deve ser reconhecida como a mãe de todas as lutas, é primordial para a função jurisdicional do Estado como um todo; possui, por sua própria natureza, habilidade democrática e tem como finalidade oferecer a assistência judiciária.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Autonomia; Defensoria Pública; Emenda Constitucional 74/2013 e 80/2014.

ABSTRACT: The article will approach the need for a confer functional, administrative and financial autonomy of the Public Defender of the Union. It will address issues considered important for the achievement of autonomy, as well as essential issues that require a better approach and effectiveness of the system. Emphasizes the importance of access to justice

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

for the less fortunate, and their applicability must be guaranteed. The rights relating to human dignity are guaranteed to all and indispensable to the human being, having to ensure legal assistance to the needy assisted. The intention of the legislator is to build a society that is more free, fair and supportive and that is what justice provides. It was studied the laws and new Amendments that dealt with the subject, understanding the changes that have occurred over the years through books, articles and in the proper ordering. It is concluded that the scope of autonomy of the Public Defensory was a substantial factor to obtain the full exercise of its functions, an indispensable point for the strengthening of the institution that does so much for society. Public Defensory of the Union or State, it must be recognized as the mother of all struggles, it is paramount for the jurisdictional function of the State as a whole; it has, by its very nature, democratic ability and aims to offer legal aid.

Keywords: Access to Justice; Autonomy; Public Defensory, Constitutional Amendment 74/2013 e 80/2014.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Princípio do Acesso à Justiça como Garantia Constitucional; 2. A Defensoria Pública como Mecanismo de Democratização do Acesso à Justiça; 3. Da Autonomia Funcional, Administrativa e Financeira; 3.1 A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública do Estado pela Emenda Constitucional de nº 45/2004; 3.2 A necessidade de extensão da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública da União; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata sobre a imprescindibilidade da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública da União. A princípio, busca demonstrar conceitos sobre justiça e aborda breve histórico até a conquista da obtenção de seu pleno acesso.

No Brasil, somente na Constituição Federal de 1988 que o Estado passou a garantir a assistência jurídica integral e gratuita aos menos favorecidos. Esse acesso à justiça, que é direito indubitável a todos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

indistintamente, passou a se tornar realmente efetivo com a criação das Defensorias Públicas, que atuam em função de assegurar os direitos dos mais necessitados, sendo uma instituição indispensável para o Estado Democrático de Direito.

Evidencia-se a responsabilidade da Defensoria Pública frente à sociedade, nos seus constantes desafios em tornar os direitos previstos constitucionalmente, realmente efetivos e de forma célere.

Aludindo precisamente os princípios e objetivos prestados pela instituição, dando ênfase aos problemas que a Defensoria Pública enfrenta decorrente da sua desvalorização, falta de verbas, más estruturas, e ainda, pequeno número de Defensores para o atendimento nas comarcas para a população.

Explanou-se que ao longo do tempo, ocorreram mudanças que conferiram força às Defensorias Públicas. As grandes responsáveis por isso são especificamente as Emendas Constitucionais de nº 45/04, 75/13, 80/14, também abordadas no referido trabalho, que possibilitam a autonomia funcional, administrativa e financeira da instituição, a tornando-a independente de Poderes Estatais, fazendo por meio disso, que a sua eficácia e força sejam ainda maiores.

Justifica-se, por ser inegável a sua importância perante a sociedade, por possuir função essencial de acessibilidade de justiça aos necessitados, focando também, nas necessidades de funcionamento para que se tenha plena efetividade e concretização na aplicabilidade dos direitos, que são fundamentais para a dignidade de todo e qualquer ser humano. Sustentando a ideia de ser o acesso à justiça o garantidor dos demais direitos, por ser a base fundamental do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, um dos focos principais, é demonstrar a necessidade que a instituição tem em obter total autonomia em exercer o seu funcionamento, a sua administração e ainda, poder elaborar a sua própria proposta orçamentária.

Portanto, perante esses motivos, pretende-se demonstrar com clareza a necessidade de observar a Defensoria Pública como instituição fundamental, conferindo a ela a valorização devida, da necessidade da sua autonomia e ainda, defendendo os direitos dos hipossuficientes, levando em consideração a igualdade no meio social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O acesso à justiça é um direito constitucional garantido a todos indistintamente, visando avaliar o que é correto, direito e justo nos casos que são postos em análise. Compreende-se essencialmente em alcançar a paridade de garantia aos menos favorecidos quando estes buscarem a efetividade do seu direito, tendo como intenção real garantir o seu cumprimento.

O conceito de justiça e do seu próprio acesso pode ser apreciado além do seu significado em caminhar na diretriz correta. Deve observar a sua percepção diante da sociedade. Essa percepção está ligada a reparar o que se faz e sofrer as devidas consequências quanto a isso.

Por vezes, existe a interligação entre igualdade e justiça, porém, a sociedade passa a enxergar distinções entre elas, quando na ocorrência de escolha de uma, sentem-se prejudicados, entendendo que tratar em igualdade não significa conceder oportunidades idênticas. Conferir o direito seria o ponto de igualdade, mas oportunizar não.

Nesse sentido, seria como observar três meninos assistindo a um jogo por trás de um muro, obtendo cada um deles estatura diferente. O primeiro consegue assistir sem esforço algum. O segundo, falta poucos centímetros para conseguir enxergar, enquanto o terceiro está longe de conseguir ver o jogo. Dar a cada um deles um banquinho seria a aplicação da igualdade, porém, o menor ainda continuaria sem enxergar o jogo, ou seja, a igualdade não daria a oportunidade dos três alcançarem o objetivo, porém, a justiça sim.

A apreciação da doutrina diante do caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é pacífica. Reconhecem que a igualdade formal está explícita, de modo que o correto é tratar a todos da mesma forma, independente de qualquer situação em que haja a desigualdade de fato.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Enquanto na relação de justiça, existe a proposta de conceder tratamento desigual a pessoas que estão em desigualdade, simplesmente com o intuito de garantir a existência da igualdade. Compreendendo então, que a justiça busca equilibrar as relações de fato, levando em consideração as pessoas envolvidas.

O que se pode afirmar, portanto, é que nem sempre agir com igualdade irá promover a aplicação do justo. Chegando ao entendimento que para promover a igualdade basta usar o mesmo critério para todos, enquanto para ser justo, é necessário muito além, deve-se olhar o mundo na perspectiva do mais fraco.

Os primeiros conceitos de justiça que apareceram na Constituição Brasileira foi em 1934, que previa o seguinte:

> Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
>
> 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. (BRASIL, 1934, página única)

Porém, essa assistência judiciária aos necessitados concedida na Constituição de 1934, foi revogada, passando a ser tratada novamente apenas na Carta Magna de 1946 que determinava o que se segue:

> Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. (BRASIL, 1946, página única)

Todavia, somente com a Constituição Federal de 1988 é que o acesso a justiça passou realmente a ser garantido a todos pelo Estado, vindo de forma mais ampla, contemplando no seu novo texto assegurar de forma integral o direito dos menos favorecidos, sendo o acesso à justiça incluído como um dos princípios constitucionais de garantia, previsto no artigo 5º da Constituição, tratando especificamente sobre o tema no inciso LXXIV:

> 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: [...]
>
> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. (BRASIL, 1988, página única)

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, defendem em sua obra "Acesso a Justiça" a ampliação da seguridade dos direitos que garantem aos indivíduos menos favorecidos a possibilidade da assistência jurídica, afirmando o seguinte:

> O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses "públicos" é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem sucedidas – e, em parte, já o foram – no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes dos seus direitos. Tem havido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradicionais quanto novos, dos menos privilegiados. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 67)

Afirmam ainda, que o acesso a todos não empobrece a justiça, mas pelo contrário, a enriquece, por estar expandindo o seu alcance, se tornando legítima tanto para aquele que é considerado rico, quanto para o menos favorecido.

> A finalidade não é fazer uma justiça "mais pobre", mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva — não apenas formal — é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior "beleza" — ou melhor qualidade — do que aquele de que dispomos atualmente. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 59)

É, portanto o acesso à justiça uma garantia constitucional e direito fundamental, sendo que por meio dele existe a chance em concreto de alcançar as demais regalias, pois ele é quem dará a abertura para conquistar a amplitude do direito. Sem a conquista do acesso à justiça, os demais direitos não poderiam ser garantidos, portanto é ele quem efetiva de fato os princípios constitucionais.

Segundo Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré:

> O direito de acesso à justiça é o direito primeiro, é o direito garantidor dos demais direitos, é o direito sem o qual todos os demais direitos são apenas ideais que não se concretizam. A assistência jurídica voltada para os hipossuficientes é, pois, o móvel indispensável para a realização dos direitos e, em consequência, da igualdade. (RÉ, 2013, p.38)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Porém, para abarcar situações em geral, percebeu-se que a orientação jurídica deveria ser integral, atendendo os necessitados, tanto para orientar juridicamente, quanto para prestar serviços extrajudiciais, em que necessitam de apoio maior.

Essa assistência é dita como garantia constitucional que tem como fim, assegurar os direitos essenciais previstos constitucionalmente. Os direitos constitucionais podem se distinguir das garantias constitucionais, porém, ressalta-se, que ambos são os alicerces da estrutura do ordenamento jurídico. É o ponto mais importante do nosso direito, devendo proteger os valores do cidadão.

A assistência judiciária é regulada pela Lei 1.060/50, que nasceu com a finalidade de estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Seu artigo 1º, compreende para fins legais como necessitado, todo aquele, cuja situação econômica não lhe permita pagar às custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

No sentido literal da palavra "necessitado", o significado remete como sendo algo ou quem não disponha nem mesmo do mínimo necessário para sobreviver, se tornando por tais motivos, um indigente, pobre e miserável. Alguém que precisa de ajuda.

Esse necessitado, que têm o direito disponível, poderá exercê-lo através da Defensoria Pública, instituição criada pela Constituição Federal de 1988 para defender gratuitamente estes que há muitos, viviam na precariedade do acesso à justiça, carecendo de recursos para contratação de bons advogados para buscarem os seus direitos diante de diversas situações.

No entanto, o papel da Defensoria Pública não se restringe à propositura de ações ou defesa judiciais em favor dos necessitados. Compreende algo muito maior, que é o alcance da cidadania pelos grupos vulneráveis, seja pela orientação jurídica extrajudicial para solução dos conflitos e efetivação de direitos, ou pela difusão dos direitos que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

pertencem, contribuindo por uma ordem jurídica justa e igualitária. Nesse sentido, Paulo Osório se manifesta afirmando que:

> [...] a atuação da Defensoria Pública, na defesa dos grupos vulneráveis, não se limita a intervenções judiciais. Pelo contrário, a orientação extrajudicial aos necessitados reflete, definitivamente, um essencial escopo do sistema normativo constitucional, pois possibilita a prevenção de litígios, além de educar estes grupos vulneráveis na consolidação de seus direitos e garantias fundamentais. (ROCHA, 2009, p. 228, apud ARAÚJO, 2013, p. 18)

Destarte, pode ser observado que o intuito do legislador é inserir na sociedade um sistema onde as desigualdades sociais, econômicas, ou dentre tantas outras, sejam aniquiladas.

Salienta-se, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece em seu artigo 3º que "constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, **justa** e solidária; [...]." (BRASIL, 1988, grifou-se).

A ideia de justiça abrange valores inerentes ao ser humano, quais sejam: a dignidade, igualdade, liberdade, moralidade, honestidade, segurança, enfim, engloba direitos transcendentais que são mínimos para qualquer pessoa.

Mas, ainda que a justiça seja o equilíbrio das relações no meio social nessa sociedade moderna, acabou se tornando algo tardio, o que gera automaticamente violência aos direitos humanos, afetando diretamente a dignidade da pessoa, que deveria ser um dos princípios defendidos. Um dos motivos é a própria lentidão do sistema. Ou seja, a ineficácia que por vezes é sentida, não é da proposta do significado de justiça e das lutas que ela possibilita, mas sim, pelo demorado sistema de aplicabilidade.

Diante disso, a justiça é um direito que sofre constantes modificações, tendo em vista que os valores por ela defendidos são abertos, ou seja, são todos aqueles guarnecidos desde os primórdios, e que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

tanto se fala no direito natural. O direito, portanto, na busca incansável da justiça, está caminhando sempre em sentido a evolução.

Assim sendo, pode se afirmar que a finalidade do direito é a consumação da justiça, e que por consequência, a finalidade da justiça é a realização da transformação social. Alcançando então, a construção da sociedade justa, livre e solidária, sem preconceitos e desigualdades sociais. Petrunko da Silva descreve o seguinte:

> Desta forma, o direito da acessibilidade, não significa somente o ingresso no Judiciário, mas também o acesso a uma prestação jurisdicional completa. A Constituição Federal, bem como diversas leis ordinárias, trazem sempre em destaque princípios e garantias (individuais e coletivas), que unidos, constituem o caminho da ordem jurídica justa. O acesso à justiça está como ideia central neste caminho, para transformar essas garantias concretamente em direitos efetivados. (SILVA, 2013, p. 13)

Por fim, Cappelletti defende que "o acesso à justiça pode, ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos." (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 11 e 12). Ou seja, é o responsável em garantir que os demais direitos sofram a aplicabilidade devida.

Portanto, ter a possibilidade de acesso à justiça, já é um passo largo para aqueles que durante anos sofriam com a não assistência jurídica, e que por tantas vezes, deixaram de lado o seu direito, por não possuir condições financeiras, ou por sequer ter o conhecimento da existência do seu direito.

A Constituição Federal garante então o acesso, tornando a justiça, direito igualitário, quebrando as barreiras do rico e pobre na possibilidade de garantir seus direitos. Devendo este, ser buscando através da instituição da Defensoria Pública, que busca insaciavelmente, em promover a proteção e preservação dos direitos fundamentais inerentes do ser humano.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO MECANISMO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Sempre existiu na sociedade, a necessidade de se amparar os mais necessitados, pois estes não tinham acesso à prestação jurisdicional, simplesmente pela exorbitante custa processual. Seus problemas eram encaminhados a diversos setores, sem ocorrer de fato à eficiente presteza em suas resoluções, ocorrendo até mesmo, por diversas vezes, a desistência do cidadão em buscar o seu direito.

No Brasil, a origem da Defensoria Pública ocorreu com as Ordenações Filipinas de 1603, onde "o princípio da gratuidade dos serviços advocatícios, nas causas cíveis e criminais, veio a garantir a igualdade de condições dos pobres em juízo." (WEINTRAUB, 2000). Era previsto que tinha direito a defesa pública e gratuita, aquele que comprovasse ser pobre, através de uma certidão de pobreza emitida por autoridade policial, sendo que tal legislação perdurou até 1916.

Em 1870, criou-se pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, um Conselho com o objetivo de oferecer aos pobres, assistência judiciária gratuita. Porém, pouco alcançava a todos que necessitavam, por existir um vasto número de pessoas para serem atendidas.

Já em 1934, passou a ser exigido aos Estados que concedessem aos necessitados a assistência judiciária gratuita, no entanto, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é que ocorreu a ampliação dos direitos de acesso à justiça, em que a Defensoria Pública foi criada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, juntamente com o Ministério Público e a Advocacia Pública, passando a ser garantido à figura do Defensor Público para defender a todos os hipossuficientes.

Com o advento do art. 134, da Constituição Federal de 1988, nasceu então a Defensoria Pública:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988, página única)

A Defensoria Pública é defendida em corrente majoritária, como sendo o elo fundamental da sociedade e o Estado, garantindo a proteção, levando a democratização e impondo um sistema justo no meio social. Foi criada especialmente para tornar tangível e vivo o dever estatal.

> Não por mero acaso. Defensoria Pública é a instituição Democrática mais próxima da sociedade e aberta/sensível às suas transformações, principalmente dos seus setores mais vulneráveis, que estão inseridos em contextos sociais, econômicos e jurídicos de contradições e demagogias. (BURGER; KETTERMANN; LIMA, 2017 p. 20)

O que se pode afirmar, é que o Brasil anterior a isso, jamais havia encarado os direitos humanos com a real necessidade em que ele deve ser considerado, não o levando como uma seriedade necessária e primordial. Após essa implementação, a Constituição Federal ao menos escolheu quem o fará: a Defensoria Pública. Ela possui notoriedade para possibilitar o acesso à justiça, mas acima disso, têm vocação, podendo ser denominada como "a mãe de todas as lutas", sendo por meio dela, possível auferir os demais direitos fundamentais.

Apesar de prevista constitucionalmente desde 1988, somente com a Lei Complementar nº 80 do ano de 1994, denominada Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LONDEP), é que a instituição foi regulamentada. A lei estabelece em seu artigo 1º alguns deveres que a Defensoria Pública deve ter perante a sociedade:

> Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, **a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados**, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (BRASIL, Lei Complementar, 1994, página única, grifou-se)

Os deveres são obrigações naturais que nasceram juntamente com a sua criação, passando a existir pontualmente com o propósito de ser cooperadora da sociedade menos favorecida. Isto posto, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição estabelece que o "Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

A Lei nº 1.060/50 que trata sobre a assistência judiciária, criada para estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, versa no mesmo sentido do artigo constitucional citado acima. Compreende-se que para ser um assistido da Defensoria Pública, basta não ter condições suficientes para arcar com às custas processuais, ou seja, ser hipossuficiente, que significa dizer, ter poucos recursos econômicos.

Em regra, aquele que se torna beneficiário do serviço público é quem tem a incumbência de comprovar não possuir recursos financeiros, portanto, "deve a instituição assegurar o acesso à justiça a todas aquelas pessoas que se encontram em grau de necessidade." (SILVA, 2013, p. 30).

Não só atualmente, mas desde sua criação, a Defensoria Pública é compreendida como o escape essencial daquele que necessita da assistência, porém não tem condições de tê-la.

> É a Defensoria Pública quem goza de maior legitimidade jurídica e condições reais para promover tal tutela. Aliás, já dissemos outrora que a realidade tem demonstrado que ela terá atuação de destaque

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> na defesa dos direitos sociais (moradia, saúde e educação), enquanto que o Ministério Público se preocupará, em preponderância, com a defesa do patrimônio público e do meio ambiente. Essa concentração irá, inevitavelmente, ocorrer em razão de dois importantes fatores. Enquanto que a primeira faz, diariamente, um atendimento ao público com carga, quantitativa e qualitativamente, densa, o segundo legitimado tem se detido com a atuação dos administradores públicos, especialmente no trato do orçamento, e com as grandes empresas potencialmente poluidoras e degradantes do ambiente. Ou seja, é a Defensoria Pública que tem demonstrado forte diálogo com a sociedade civil, enquanto o Ministério Público tem se preocupado com os instrumentos de combate à improbidade administrativa e o inquérito civil investigativo. (BURGER; KETTERMANN; LIMA, 2015, p. 32)

A expressão que define propriamente a instituição da Defensoria Pública é justamente a "justiça gratuita", pois quer dizer que existe a concessão da gratuidade das custas e honorários advocatícios nas demandas judiciais pleiteados por hipossuficientes, ainda que sua defesa seja feita por advogados privados ao invés de advogado público, simplesmente em razão da não existência de instalações da Defensoria Pública em determinado local.

A Defensoria Pública é organizada em três abrangências, existindo a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo ainda, normas gerais para sua organização nos Estados. A instituição tem alguns princípios que devem ser seguidos e assegurados, sendo à base da sua estruturação, são eles: a unidade, a indivisibilidade, e a independência funcional.

Tratando-se sobre o princípio da unidade afirma-se que os atos do Defensor Público, são na verdade, os atos da Defensoria Pública, ficando relacionados como um todo na instituição. Ou seja, a parte hipossuficiente

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

beneficiada, não é representada por um Defensor em específico, mas sim pela instituição Defensoria. Conforme palavras de Nelson Nery:

> O princípio da unidade significa que os atos dos defensores públicos são atos da própria instituição, de modo que não são estes servidores públicos especiais que atuam pessoalmente nas demandas judiciais e administrativas, mas a Defensoria como um todo. (NERY, 2010, p. 43)

Nesse caso, há a possibilidade de ocorrer substituições entre os Defensores Públicos, sem que haja problemas no processo pleiteado. Isso tudo, por ser um único organismo, no qual se opera em um todo, não existindo divisões na atuação, fundamentos ou finalidades.

Como o próprio nome já diz, o princípio da indivisibilidade é algo que não pode ser dividido, não havendo possibilidade de ocorrer fragmentações, doando o entendimento, de ser algo que pertence a todos. Ainda, estando o Defensor Público em períodos de férias, licenças ou remoções, a assistência jurídica que é garantida, deve ocorrer até finalizar o processo, isso porque, a lei prevê a possibilidade da substituição. É, portanto, esse princípio continuidade do anterior. Estão correlacionados, nas palavras de Moraes:

> [...] a unidade e a indivisibilidade permitem aos membros da Defensoria Pública substituírem-se uns aos outros, obedecidas às regras legalmente estabelecidas, sem qualquer prejuízo para a atuação da Instituição, ou para a validade do processo. E isto porque cada um deles é parte de um todo, sob a mesma direção, atuando pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades. (MORAES, 2009, p. 118)

Já o princípio da independência funcional, implica dizer que é um dos mais valiosos para a instituição da Defensoria Pública, visto que possibilita total liberdade aos seus membros, não estando ligados a nenhuma hierarquia, se não, a administrativa, que é a da pessoa do Defensor Público Geral. Paulo César Ribeiro reitera:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> A independência funcional assegura a plena liberdade de ação do defensor público perante todos os órgãos da administração pública, especialmente o judiciário. O princípio em destaque elimina qualquer possibilidade de hierarquia em relação aos demais agentes políticos do Estado, incluindo os magistrados, promotores de justiça, parlamentares, secretários de estado e delegados de polícia. (GALLIEZ, 2010, p. 53)

Assim, a Defensoria tem plena autonomia, sem estar submetida às coordenadas de qualquer outro organismo estatal. A própria instituição é quem funcionalmente se organiza, estabelecendo atribuições e competência para si, e também para a administração de seus membros, tanto os Defensores Públicos, como o pessoal de apoio.

A Lei Complementar nº 80/94 foi alterada em 2009 justamente para constar que é ela expressão e instrumento do regime democrático. Tem por objetivo a primazia da dignidade da pessoa humana, a afirmação do Estado Democrático e a prevalência e efetividade dos direitos humanos. Assim determina o artigo 3º-A da referida Lei:

> Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:
> I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;
> II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;
> III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e
> IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (BRASIL, Lei Complementar, 1994, página única)

Esses objetivos, também abarcados como metas, alvos e propósitos, devem ser entendidos de forma ampla, sendo que dia após dias, esses objetivos têm se tornado desafios, os quais devem ser enfrentados pela instituição. A Defensoria Pública busca incansavelmente reduzir as tantas desigualdades existentes na sociedade, as quais se tornam preconceitos e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

atingem em massa aos que estão à margem da sociedade, tornando-os ainda mais vulneráveis

Ainda que seja inegável a importância da Defensoria Pública para a aplicação do justo, tal instituição vive em estado crítico, por não ser valorizada como deveria e não receber os investimentos necessários.

O Brasil é um país democrático, onde tanto o pobre como o rico, possui a liberdade de se expressarem e se associarem a todo e qualquer assunto. A busca por essa democracia, também é uma das tantas lutas da Defensoria Pública, pois, um dos seus objetivos explícitos na lei, é a afirmação do Estado Democrático de Direito, onde independente de opiniões, e da bandeira que o próximo levante, o que deve prevalecer no meio da sociedade é o respeito.

> De fato, qualquer instituição que se disponha a assumir a responsabilidade de ser democrática deve conhecer e compreender, em profundidade e necessariamente, a pessoa, o seu fim maior e ente mais nobre, sob pena de incorrer em demagogias e discursos meramente retóricos. Destarte, a pessoa ostenta uma individualidade única, produto de sua própria existência, seus sentimentos, sua história, sua família, suas angústias, seus medos e suas expectativas. Ela é digna de um tratamento não degradante, humilhante ou constrangedor, mas tolerante e adequado às suas condições e riscos conscientemente assumidos. Digna de cuidado e assistência. Porém, antes de tudo e de qualquer ação ou serviço, ela precisa ser muito bem entendida e compreendida no seu lugar e espaço, que alternam, evoluem, retrocedem. (RÉ, 2013, p. 31)

A efetividade dos direitos humanos é reconhecida como um dos objetivos da Defensoria Pública, "pois de acordo com a doutrina majoritária, é ela quem está mais perto da real situação, acompanhando a realidade social e vivenciando as violações a tais direitos." (STURMER, 2015, p. 37). A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

missão constitucional da Defensoria Pública implica em dar acesso à justiça, o que possibilita exercer a dignidade garantida à todo ser humano:

> Por serem todos iguais em dignidade, a atuação da Defensoria Pública deve garantir respeito recíproco de cada pessoa à dignidade alheia, além de assegurar o respeito e a proteção da dignidade humana pelo Poder Público e pela sociedade em geral. Nesse âmbito de proteção fundamental da pessoa humana se inclui a tutela do mínimo existencial, que identifica o conjunto de bens o conjunto de bens e utilidades básicas necessária à subsistência digna e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. (ROGER, 2014, p. 280)

É importante falar ainda, sobre a figura do Defensor Público, que é aquele considerado também essencial para que se tenha o privilégio alcançado, "são os profissionais que prestam a assistência jurídica aos necessitados. São, pois, os membros das Defensorias Públicas." (SILVA, 2013, p. 24). Defende Petrunko da Silva:

> Muitas vezes os Defensores Públicos sacrificam seus finais de semana e feriados, isso sem falar que habitualmente o horário de saída é extrapolado em muito, posto a grande demanda de atendimentos e o pequeno número de defensores. Sendo assim, o expediente normal é absolutamente insuficiente para a conclusão dos trabalhos. (SILVA, 2013, p. 31)

O número de Defensores Públicos existentes, é praticamente insignificante frente à demanda que se tem nas instituições, sobrecarregando trabalho e impossibilitando inúmeros necessitados de serem atendidos como realmente deveriam. A sua própria figura é vista como reducionista, classificado banalmente como advogado de hipossuficiente, enquanto a sua real visibilidade deveria ser de distribuidor de cidadania.

Os Defensores Públicos e os demais membros dessa instituição possuem funções que devem ser prestadas a sociedade, podendo ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

compreendidas como atribuições ou encargos a serem cumpridos. É através dessas funções que a Defensoria Pública poderá também alcançar de forma efetiva os seus objetivos.

Compreende-se que não é necessário criar novas leis para assegurar a garantia dos direitos aos necessitados, pois não é essa a conquista que o assistido espera alcançar, mas sim, que seja assegurado e exercido os direitos já existentes no ordenamento.

Existe, portanto, uma abrangência na atuação da Defensoria Pública, pois não havendo contentamento em prestar o acesso à justiça, ainda busca contribuir na emancipação social.

O que a tem tornado a mais significativa e eficiente legitimada na proteção dos direitos é a sua própria relação com o necessitado. Ela possui por natureza a habilidade democrática, e, têm como missão ofertar a assistência judiciária, que é feita de modo único e especialmente próprio.

Por fim, somente com uma Defensoria Pública estruturadamente forte, conseguirá dar eficácia e tornar efetivo o direito do acesso à justiça. Por isso, busca-se tanto, que o Poder Público mude sua visão quanto as Defensorias Públicas, dando maior atenção a essa instituição que é indispensável em nosso Estado Democrático de Direito.

3. DA AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA

Existem algumas características mínimas de prerrogativas conferidas à Defensoria Pública, que são: autonomia funcional, administrativa e financeira. A autonomia funcional é uma prerrogativa da instituição e não do ocupante do cargo dentro da instituição. É a virtude das funções exercidas pelo próprio servidor público, o que se executa para ter maior eficácia nas suas funções.

Já a autonomia administrativa, quer dizer que a própria instituição possui aptidão para dirigir a própria organização interna de seus membros, e que tais, por si só, exercem a prática administrativa.

Com relação à autonomia financeira ou orçamentária, Dejalma Campos traz o seguinte entendimento:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> O orçamento público é conceituado de acordo com três pontos de vista: político, econômico e jurídico. Do ponto de vista político, ele supõe a adoção de decisões de grande transcendência no andamento do Estado; no aspecto econômico representa um plano da atividade financeira e, portanto, uma ordenação das necessidades públicas segundo suas prioridades; e, por fim, do ponto de vista jurídico é um ato pelo qual o Poder Legislativo autoriza o Poder Executivo, por período determinado, a realizar as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros objetivos adotados pela política econômica e geral do país e arrecadar as receitas criadas em lei. (CAMPOS, 2001, p. 71)

3.1 A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública do Estado pela Emenda Constitucional de nº 45/2004

Após muitos anos de tramitação pela Câmara, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004 foi aprovada. Com ela veio significativas mudanças e novidades no Poder Judiciário, surgindo com a finalidade de tornar ainda mais efetiva a norma que garante o acesso à justiça.

É nomeada como sendo "a reforma do judiciário", justamente por envolver tantas mudanças na lei. Dentre tantas modificações advindas, uma delas foi à inclusão do § 2º no artigo 134 da Constituição Federal, que prevê o seguinte:

> Art. 134 [...]
>
> § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (BRASIL, 1988, página única)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com isso, foi conferida à Defensoria Pública do Estado, além da prerrogativa funcional e a autonomia no comando administrativo, a permissão em ter a própria política de seus orçamentos podendo ainda auferir o capital equivalente às dotações orçamentárias, incluindo os créditos suplementares especiais, até o dia 20 de cada mês, em duodécimo, no mesmo padrão dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, e ainda, do Ministério Público, que já fruíam dessa prerrogativa como meio de independência funcional.

Dessa forma, a Defensoria Pública do Estado passou a se desenvolver por si só, sem necessitar ser prescindida pelo Poder Executivo, sendo outorgado a ela recursos suficientes para a sua atuação.

> A autonomia administrativa e a iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, portanto, confere à DPE instrumentos necessários à essencialidade de sua atuação, tais como, abrir concurso público e prover os cargos de suas Carreiras e dos serviços auxiliares; organizar esses serviços; praticar atos próprios de gestão; compor os seus órgãos de administração superior e de atuação; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal ativo e inativo da Carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; dentre outras competências decorrentes de sua autonomia. (ARAÚJO, 2013, p. 37)

3.2 A necessidade de extensão da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública da União

Em 2013, foi criada a Emenda Constitucional nº 74 que trouxe a inclusão da Defensoria Pública da União nas prerrogativas do artigo 134 da Constituição Federal. Ou seja, a autonomia atribuída as Defensorias Estaduais, passou a ser também das Defensorias Públicas da União.

Sua autonomia financeira e administrativa foi alcançada após anos de existência da instituição, servindo para reparar uma falha e descuido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

legislativo que ocorreu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu as Defensorias Públicas Estaduais à autonomia, mas, excluiu a Defensoria Pública da União de forma inconstitucional.

Pode ser dito que a instituição atingiu a sua maioridade civil, podendo a partir de então, ter a permissão de expor a proposta orçamentária diretamente ao Congresso Nacional, o que torna a sua atuação mais intensificada e potencializada diante dos hipossuficientes.

O texto da emenda passou a demonstrar autonomia quanto ao aspecto funcional e administrativo, não contendo registro explícito relacionado à autonomia financeira. "Tal fato, porém, não exclui essa autonomia financeira, por uma razão muito simples: as prerrogativas em que se desdobra a autonomia financeira foram expressamente conferidas à DPU." (SARMENTO, 2015, p. 34). A autonomia financeira é fator primordial para o alcance de independência do governo, se concretiza nos dois possíveis aspectos de abordagem, que é com relação à proposta orçamentária e ainda, do direito de receber recursos do Estado.

Para tornar viável a autonomia e independência da Defensoria Pública da União foi necessário que enquadrasse à ela as mesmas prerrogativas conferidas as Defensorias Estaduais. Pois já não fazia sentido, essa instituição depender de órgãos executivos, e do próprio governo no geral para ter acesso a recursos necessários para a boa funcionalidade e efetividade de suas funções. Além de ser o governo, um dos litigantes que a Defensoria Pública frequentemente enfrenta.

Alguns doutrinadores entendem que mesmo não existindo um quarto Poder, existe um quarto complexo orgânico, como afirma Franklin Roger, que "embora não possa ser definido como um quarto Poder, recebeu a seu cargo o exercício de uma quarta função política, ao lado da função legislativa, da executiva e da jurisdicional: a função de provedoria de justiça" (ROGER, 2014). Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 3.569/PE, *in verbis*:

> [...] a vinculação da Defensoria Pública a qualquer outra estrutura do Estado se revela inconstitucional, na medida em que impede o pleno exercício de suas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> funções institucionais, dentre as quais se inclui a possibilidade de, com vistas a garantir os direitos dos cidadãos, agir com liberdade contra o próprio Poder Público. (STF – Pleno – ADI nº 3.569/PE – Rel. Min. Sepúlve Pertence, decisão: 02-04-2007)

O ordenamento brasileiro compreende sem transtornos a existência de instituições independentes em relação a qualquer dos poderes estatais. E após as Emendas nº 45/2004 e nº 74/2013, foi possível perceber um maior desfrute da independência da Defensoria Pública em relação aos outros poderes. A instituição possui funções que não correspondem a nenhum dos papeis dos poderes estatais já existentes, e a proteção quanto a esses poderes passou a ser garantida, sendo essa autonomia, fundamental para o real cumprimento da sua missão constitucional, não existindo ligação exclusiva a qualquer dos poderes.

Foi inserida pela Emenda Constitucional de nº 74 de 2013 a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.296, afirmando a existência de violação ao artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea "c", da Constituição Federal. Esse dispositivo prevê que é de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que tratem sobre servidores públicos da União e territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.

Segundo a ex presidente, no julgamento da ADI 2966, o STF concluiu que as matérias inseridas na lista de iniciativa privada do Executivo não podem ser reguladas por emendas decorrentes de propostas do Legislativo, afirmando que a orientação da Corte é inconstitucional, alegando ter vicio de iniciativa na Emenda nº 74/2013. Porém, como já defendido, a Defensoria Pública possui poderes totalmente desvinculados dos Poderes Governamentais, existindo caráter autônomo para tais instituições, no sentido de não haver nenhuma sujeição a qualquer dos três Poderes.

Não há, portanto, como se falar em afronta a princípio constitucional dos Poderes, e em específico o do Poder Executivo, justamente por levar em consideração todas as alterações e inclusões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

constitucionais que ocorreram durante esses anos, que têm dado efetividade na execução dos trabalhos dos Defensores Públicos.

Portanto, não pode ser aceita a alegação da ex Presidente da República de que teria vicio de iniciativa na propositura da emenda, justamente porque a Defensoria Pública não é integrante do Poder Executivo e nem de nenhum dos outros Poderes estatais, considerando por tais motivos, ser totalmente constitucional a Emenda de nº 74 de 2013.

Posteriormente, houve memorável aperfeiçoamento sobre este assunto, com a promulgação da Emenda nº 80, de 04 de junho de 2014, que com sua entrada em vigor, alterou determinados aspectos compreendidos na emenda anterior. Tal emenda, além de desligar a Defensoria Pública da advocacia, fortaleceu ainda mais a instituição, estendendo à Defensoria aos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Ademais, houve a inserção do artigo 98, que destaca o importante fator da proporcionalidade entre o número existente de Defensor e a população de cada local. O artigo 98º que veio como inclusão, determina o seguinte:

> Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.
>
> § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.
>
> § 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (BRASIL, Lei Complementar, 2014, página única)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Esse artigo nasceu com o intuito de assegurar ainda mais o direito do necessitado, tendo como objetivo garantir não apenas a existência da instituição em paredes, mas também, daquele que exerce função primordial para o seu funcionamento.

A prioridade maior é focar nas regiões que possuem maiores índices de concentração populacional, seguido de exclusão social. O artigo determina, então, que tenha um número proporcional de Defensores à população da cidade, pois assim, além de garantir maior efetividade, garante também celeridade no atendimento, que deve ser efetivo.

Com isso, percebe-se que a emenda trouxe um novo perfil constitucional para a Defensoria Pública. Tendo em vista que a busca agora, é suprir todas as jurisdições com Defensores Públicos de forma proporcional, onde anteriormente, inúmeros carentes não podiam sequer contar com a instituição, meramente por inexistência de servidores e insuficiência de recursos, o que estima ser mudado. Além, é claro, de tornar possível considerável ampliação da instituição.

Com a referida emenda, houve desligamento da Defensoria Pública com relação à advocacia. É mais que claro, que ambas não possuem o mesmo papel, pois a atividade dos Defensores Públicos não corresponde ao da advocacia, devendo evidenciar que a atuação de uma, abarca assuntos que não cabe a outra.

Porém, surgiu um ponto discutido em divergência, tratando da necessidade ou não de cancelar a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil após a posse do cargo de Defensor Público. É certo que a não inscrição na OAB, figuraria ameaça ao exercício laboral do profissional.

O dilema que para alguns não fazia sentido, é tornar a Defensoria Pública da União independente dos Poderes e deixá-la submetida a OAB e suas regências quanto a disciplinas dos advogados, prejudicando assim, sua autonomia há pouco conquistada.

Compreendendo que o concurso público pelo qual se aprova o Defensor, possui grau muitíssimo mais elevado que a prova da OAB, seria descabida a submissão ao órgão institucional e à OAB.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Dessa feita, Daniel Sarmento aponta que "por todas estas razões, pode-se concluir que os Defensores Públicos Federais exercem, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia, e que a sua inscrição deve ser por isso cancelada." (SARMENTO, 2015, p. 22).

As emendas 74/2013 e 80/2014 permitem que os Defensores Federais exerçam a função de *ombudsman*. A expressão tem origem sueca e significa, "representante do cidadão" ou "provedor da justiça".

Tal instituto possui várias características, "[...] com destaque para a base constitucional da sua atuação, e a independência política, administrativa, financeira e funcional de que desfruta no exercício de suas funções." (SARMENTO, 2015, p. 16). Tomou em cada país, uma função significativa e diversificada.

Houve instituições latino-americanas, que tiveram as suas funções relacionadas ao Executivo, alcançando certa independência com relação àquele Poder. Essas instituições possuíram apoio da Unesco, que concedeu o reconhecimento como um fundamental intensificador da instrução de paz.

A instituição foi compreendida como pública, possuindo autonomia em seus atos e funções, tendo como objetivo assegurar os direitos dos cidadãos, diante da Administração Pública.

Com isso, está claro que a Defensoria Pública da União exerce função de *ombudsman.* Pois a função da Defensoria corresponde com a dela, abarcando promoção dos direitos humanos em todos os graus, de direitos não apenas individuais, mas também coletivos, e ainda, sendo exercido de forma integral e gratuita, àqueles que necessitam.

Diante das explanações, é inegável a contribuição das Defensorias Públicas na diminuição da exclusão social, dando efetividade ao direito constitucional de acesso à justiça, através das evoluções que ocorrem constantemente pela luta em garantir que se tenha uma instituição forte e eficaz, para produzir o atendimento da maneira mais célere possível, sobretudo, há de se destacar que grandes impulsionadores desse progresso, são as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, pois elas vieram para de fato, garantir a independência desse órgão que obtém função essencial para a busca da justiça.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, pode se afirmar que a Defensoria Pública tanto Estadual como da União, são instituições independentes, e que isso só é possível pela autonomia que a Constituição Federal e as Emendas Constitucionais vêem trazendo a ela.

Por fim, entende-se que a autonomia conferida, não é um interesse exclusivo da Defensoria e dos seus membros, pelo contrário, a finalidade intencional está relacionada há algo muito maior. A grande polêmica e busca, é na verdade, pela garantia de direitos dos necessitados; direitos estes, que são fundamentais e essenciais para uma vida digna. A proteção deles é, portanto, essencial, para que a Defensoria Pública atue de maneira eficiente e independente.

CONCLUSÃO

Conclui-se, que um dos basilares desse trabalho, foi demonstrar quão imprescindível a Defensoria Pública é para a efetiva democratização em nosso país. Não existindo possibilidade em assegurar direitos, sem antes, assegurar o primordial e essencial de todos, que é o acesso à justiça, sem o qual os demais não podem ser alcançados.

A assistência jurídica gratuita é, portanto, orientação jurídica, alcance de direitos, solução de conflitos, garantia de cidadania e dignidade plena, e ainda, ajuizamento de ações judiciais em favor dos necessitados. O trabalho é árduo e se estende amplamente a população, que necessita de maior atendimento.

Nesse sentido, a efetiva estruturação da Defensoria Pública é um desafio ainda existente, sendo necessária a atenção especial para a sua valorização e aprimoramento. De fato, mudanças benéficas têm ocorrido e já começaram através da reforma do judiciário e dentre tantas novas emendas criadas, para que seja cada dia, mais possível a democratização dos direitos e acesso igualitário, como já descrito no trabalho.

Foi possível observar, que a Defensoria Pública ainda que seja instituição independente, nasceu vinculada ao Poder Executivo, e que por tais motivos, dependia inteiramente dele para que houvesse aprimoramento de cargos, aprovasse orçamentos e estruturasse a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

instituição, porém, com a emenda 45/2004, o rumo passou a ir se modificando.

A autonomia foi se aproximando das Defensorias Públicas do Estado, e atualmente, atinge também as Defensorias Públicas da União, que tão quanto, merece para a sua efetiva aplicabilidade, funcionamento autônomo, para produção mais célere; o que só foi possível após a Emenda Constitucional de nº 74/2013.

Concluiu-se que a Defensoria Pública é uma instituição que se propõe a um papel de alta relevância e que o seu ofício não é meramente oportunizar o acesso à justiça, mas acima disso, dedicar-se para que a dignidade da pessoa humana seja plenamente garantida, alcançando assim, cidadania para o hipossuficiente que não tem condições de lutar pelos seus direitos simplesmente por não obter renda de alto nível.

Por fim, a concessão da autonomia funcional, administrativa e financeira, é medida imprescindível e indispensável para que haja expansão e ainda, o fortalecimento da instituição, sendo tal medida ainda tardia, em razão da sua tamanha importância e pouca valorização. A atuação da Defensoria Pública é, portanto, direito essencial do ser humano, para que se tenha real efetivação da cidadania.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Carlos André Luís. **Autonomia Administrativa e Financeira da Defensoria Pública Como Forma de Efetivação da Cidadania.** Vitória, 2013. Disponível<http://www.adepes.com.br/Arquivo/Documents/PUB/20_7_2013_FDV_TCC_Autonomia_Defensoria_Carlos_Andre.pdf>. Acessado em: 03 de out, 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.**Promulga a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 03 de out, 2017.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 de out, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de out, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília-DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 03 de out, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 74**, de 06 de agosto de 2013. Altera o art. 134 da Constituição Federal. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm>. Acesso em: 03 de out, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014**. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 03 de out de 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de Janeiro de 1994.** Dispõe sobre a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acessado em: 01 de maio. 2018.

BURGUER, Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira (org). **Defensoria Pública**: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia. Brasília: ANADEP, 2015. 283 p. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJgIarrJnXAhXMk5AKHfJfD_8QFghFMAU&url=https%3A%2F%2Fwww.anadep.org.br%2Fwtksite%2FAF_E-book_Metagarantia.pdf&usg=AOvVaw00z4rCpMMLZhqTMHdnPQZc>. Acesso: 03 de out, 2017.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito financeiro e orçamentário.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

COSTA, Nery Nelson. **Manual do Defensor Público.** 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ Concurso, 2010.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves**. Princípios Institucionais da Defensoria Pública**: De acordo com a Emenda Constitucional 74/2013 (Defensoria Pública da União). Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. **Princípios institucionais da defensoria pública.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24°. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **Manual do Defensor Público.** Salvador: JusPodivm, 2013 [in.] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Parecer**: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:

<http://www.adambrasil.com/wpcontent/uploads/2017/05/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf>. Acesso em: 03 de out de 2017.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Defensoria Pública**: não incidência do parágrafo único do artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Revista da Ajuris/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 117, p. 297-309, 2010.

SILVA, Karoline Kássia Petrunko. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça como um Direito Fundamental de Todos.** Curitiba, 2013. 45 p. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2014/03/A-DEFENSORIA-PUBLICA-E-O-ACESSO-A-JUSTICA-COMO-UM-DIREITO-FUNDAMENTAL-DE-TODOS.pdf>. Acessada em: 03 de out, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF – **ADI 3.569/PE.** Relator: Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 02/04/17. Data de Públicaçãoo: DJe-013, DIVULG 10/05/2017, PUBLIC 11/05/2017, DJ 11/05/2017, PP-00047, EMENT VOL-02275-01, PP-00160. LEX STF v. 29, n. 342, 2007, p. 96-105.

STURMER, Karen Nayara de Souza. **A defensoria pública como pilar de acesso à justiça.** Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito, Faculdade Cesufoz. Foz do Iguaçu, 2015, 54 p. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25249/Monografia_-_A_Defensoria_P_blica_como_pilar_de_acesso___justi_a__1_.pdf>. Acessado em: 03 de out, 2017.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **500 Anos de Assistência Judiciária no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <file:///C:/Users/Taina/Downloads/67467-88887-1-PB.pdf>. Acessado em: 03 de out, 2017.

NOTA:

[1] Defensor Público Federal do Tocantins, Mestre em direito econômico e desenvolvimento pelo programa de mestrado em Direito pela Universidade Candido Mendes – UCAM, professor e orientador do curso de Direito da Faculdade do Tocantins – UBEC. E-mail: dpuigor@gmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR DE PESSOAS EM ÂMBITO RODOVIÁRIO

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 3° Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região.

Resumo: Desde o Direito Romano há informações da existência do contrato de transporte e de seus efeitos jurídicos. Nos séculos XIX e XX, a evolução dos meios de transporte impulsiona o advento da teoria da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco. Doutrinariamente, o transporte passa a carrear uma obrigação, não de meio, mas de resultado e garantia, em virtude da necessidade de assegurar a incolumidade física das pessoas. A previsão da responsabilidade objetiva no contrato de transporte só passou a ser legalmente prevista com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, nos artigos 730 a 756. O transporte rodoviário é o principal modo de deslocamento urbano utilizado pela sociedade brasileira, sendo responsável por 93% do transporte urbano. A partir do incremento do uso, passamos a presenciar efeitos nas temáticas do Direito Penal (com os crimes de trânsito) e no Direito Civil, no que concerne à responsabilidade contratual e extracontratual decorrentes de atos ilícitos, como os acidentes automobilísticos e de consumo. No Brasil, nota-se um aumento significativo de assaltos em ônibus e, com isso, o presente estudo investiga a natureza e a existência da responsabilidade do transportador, sob a ótica da doutrina e jurisprudência brasileiras.

Palavras-chaves: Contrato de transporte; responsabilidade civil; assaltos em ônibus.

Sumário: Introdução – 1. Importância do contrato de transporte na evolução da responsabilidade civil; – 2. A responsabilidade civil no transporte de pessoas: 2.1. Considerações iniciais; 2.2. Dispositivos do Novo Código Civil brasileiro; 2.2.1. O tratamento da responsabilidade; 2.2.1.1. A Força Maior como única excludente da responsabilidade prevista no art.734;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2.2.1.2. Cláusula de Incolumidade; 2.2.1.2.1. Assaltos em coletivos, interestaduais e intermunicipais; 2.2.1.3. Contrato acessório de transporte de bagagens; – Conclusão – Referências.

---

1. Introdução

Responsabilidade civil e contrato de transporte, precisamente o de pessoas no âmbito rodoviário, são temas de grande relevância jurídica e de interesse de todos os cidadãos, usuários ou não dos meios de transportes coletivos, já que os efeitos dessa modalidade contratual repercutem, muitas vezes, em esferas particulares alheias à avença.

Neste artigo se observará o entrelaçamento e influência mútua do desenvolvimento dos meios de transportes e seus efeitos fáticos e jurídicos no seio da sociedade civil, fazendo culminar em normas que resguardam os indivíduos dos efeitos danosos de uma das maiores atividades de risco da era contemporânea: o transporte.

Se analisará igualmente qual a resposta que o Direito oferece em face das novas problemáticas oriundas deste campo possuidor de infinitos matizes. Dentre estes obstáculos que clamam por resolução é demonstrado, ao longo deste estudo, como se dá a responsabilização do transportador rodoviário por danos causados aos passageiros e a suas bagagens. Ademais, serão apresentados o tratamento e as decisões em face dos casos corriqueiros de assaltos em transporte coletivos urbanos, interestaduais e intermunicipais, desvendando os limites da responsabilidade do transportador, dos órgãos públicos, da vítima do evento, e do suposto ressarcimento a que esta faz *jus*.

Visando a exposição da matéria com completude, se trará ao lume a análise dos mais importantes diplomas legais sobre o tema, indicando suas normas, conflitos e contradições, auxiliando o aprimoramento do estudo jurídico pátrio.

2. Importância do Contrato de Transporte na evolução da Responsabilidade Civil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A doutrina e a legislação concernentes à responsabilidade civil, em âmbito nacional e internacional, foram profundamente influenciadas pelo desenvolvimento dos meios de transporte, bem como, em época contemporânea, pela própria regulamentação dos contratos oriundos desta atividade.

Fato este por si só curioso, já que esperado seria que a normatização da responsabilidade civil permeasse os contratos de transportes desde o surgimento destes. No entanto, esta ideia de anterioridade de pronto se desfaz ao lembrarmos que os contratos nascem naturalmente no seio da sociedade civil, na medida em que os componentes desta sentem a necessidade de estabelecer relações de alguma forma embasadas e protegidas. Já a concepção da responsabilidade civil é produto do campo das obrigações, mais precisamente do descumprimento destas, pois não seria imperiosa a criação deste instituto se jamais houvesse danos, seja por desatendimento dos pactos, seja por ato ilícito, ou mesmo, como modernamente se tem entendido, a partir do exercício regular de um direito.

Neste passo, a responsabilidade civil se insere nas relações contratuais, protegendo e equilibrando os sujeitos do ajuste.

Desde a utilização de animais (semoventes), passando-se pelos escravos, considerados como mera coisa (*res*) na Roma Antiga aos tempos um tanto recentes, até chegarmos à utilização de máquinas como meios de transportes, muitas relações obrigacionais e efeitos decorrentes destas, jamais imaginados, surgiram criando a necessidade de se mitigar os efeitos nocivos que advieram do uso destes meios.

Destarte, já se encontra regulamentação no Direito Romano para fatos praticados por semoventes, sendo estes empregados ou não como transporte. Também se visualiza a responsabilidade ocasionada pela conduta humana (atos) danosa.

Contudo, é preciso convir que, apesar do invejável adiantamento jurídico romano, a responsabilidade civil sofreu drástico progresso na época

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

em que o desenvolvimento tecnológico no setor dos transportes foi espantoso. E isto se deu nos séculos XIX e XX; e continua em curso.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho,

> "*Nos países desenvolvidos, com economias estáveis e sem maiores passivos sociais, o transporte urbano é feito preponderantemente sobre trilhos (trens, "metrôs" etc.), responsáveis por 60% da demanda, cabendo ao modo rodoviário algo em torno de 30%. No Brasil, o transporte sobre trilhos, por não ter contado com os investimentos necessários ao longo do tempo, participa, hoje, com apenas 6% na demanda diária do transporte coletivo no País. O modal rodoviário, com emprego do ônibus, chega ao percentual de 93%*"[1]

Estes dados, por si só, já justificariam a importância deste estudo.

A razão de vertiginoso avanço na doutrina do instituto jurídico em comento deu-se com a exacerbação do risco de dano trazido pelas máquinas, e mais precisamente por aquelas que são móveis, potentes e destinadas ao transporte.

José Aguiar Dias, discorrendo sobre este fenômeno, afirma que

> "*o estudo da responsabilidade civil deve, em grande parte, o extraordinário incremento que apresenta em nossos dias ao desenvolvimento incessante dos meios de transporte. Sem desconhecer outros motivos realmente fortes, pode afirmar-se que a influência dos novos riscos criados pelo automóvel na responsabilidade civil foi profunda e decisiva, no sentido de alçá-la ao seu incontestável lugar de 'vedette' do direito civil, na classificação adequada de Josserand. O insopitável anseio de se transportar fácil e rapidamente, a que alude Julian Huxley, é*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

responsável por essa crescente importância do problema"[2].

É possível delinear uma nova fase no estudo da responsabilidade civil, que se iniciou a partir do risco. Com base neste é que surgiram a teoria do risco e, conseguintemente, a teoria da imputação objetiva. Estas serão de relevância capital no desenvolvimento dos tópicos seguintes, como se verá.

3. A Responsabilidade Civil no Transporte de Pessoas

3.1. Considerações Iniciais

Não olvidando a grande importância assumida pelo transporte de coisas, é forçoso admitir que o de pessoas assume lugar de relevo dentro do estudo dos pactos civis, tendo em vista que o objeto da referida avença deixa de ser algo para ser alguém, ou seja, a vida humana ou a incolumidade física.

O simples fato da natureza especial do objeto deste contrato já abre uma gama de situações hipotéticas que podem ocorrer quando da sua execução, uma vez que se está lidando com o bem jurídico mais valioso, garantido e sumamente protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB): a vida.

Esse bem recebe status de supremacia não só na ordem jurídica brasileira, mas, indubitavelmente, em todos os demais ordenamentos nacionais e supranacionais. Apesar de alguns apresentarem contradições quando o preterem em detrimento de outros bens de menor importância. No entanto, esta última consideração foge do objeto do nosso estudo.

Se a mera utilização de meios de transportes cada vez mais ágeis e numerosos gerou uma situação de risco constante, o que dizer então quando o transporte é de pessoas?

A relevância do tema torna-se ainda maior quando lembramos que os meios de transporte modernos são causas diretas de um incontável número de acidentes na atualidade. No Brasil, *verbi gratia*, os desastres

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

automobilísticos estão dentre os principais responsáveis pelo percentual de óbitos.

Assim, sua importância se estende igualmente às esferas administrativa e penal.

No intuito de ressarcir integralmente os danos ocasionados por esses meios à comunidade, lesões estas que muitas vezes restavam sem reparação devido à vigência da teoria da responsabilidade subjetiva, é que se criaram as teorias do risco, da culpa presumida, e finalmente, da imputação objetiva.

Sobre esta:

> "*no dizer do Professor LUIZ FLÁVIO GOMES: A teoria da imputação objetiva consiste basicamente no seguinte: só pode ser responsabilizado penalmente por um fato (leia-se: a um sujeito só pode ser imputado um fato), se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e, ademais, se o resultado jurídico decorreu desse risco*" [3].

Percebe-se que, diferentemente da teoria da responsabilidade subjetiva, na teoria da imputação objetiva não se realiza mais o julgamento da existência de culpa por parte do agente causador do dano. Aqui, busca-se saber quem é o agente responsável por criar o risco que possibilitou o surgimento do dano a ser reparado. O foco metodológico é completamente diferente da responsabilidade subjetiva.

O desenvolvimento assustador do setor de transporte foi decisivo para o aprimoramento dessa compreensão e evolução das teorias da responsabilidade civil.

Vistas estas considerações, o estudo adentra nos apontamentos legais e doutrinários sobre o tratamento do tema atualmente.

3.2. Dispositivos do Código Civil Brasileiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O Código Civil Brasileiro de 2002 (CC-02), diferentemente do Código Civil de 1916 (CC-16), traz regramento específico do contrato de transporte, preenchendo a imperdoável e injustificável lacuna do Código Beviláqua. Sobre esta, assim se manifesta o Desembargador do TJRJ Sérgio Cavalieri Filho em sua obra *Programa de Responsabilidade Civil*: "*não obstante essa relevância econômica, social e jurídica, o contrato de transporte não mereceu sequer uma referência no Código de 1916*"[4].

Intentando compreender o motivo da omissão, completa CAVALIERI:

> "*Pode também ter ocorrido que o legislador imaginou que a Lei de Estradas de Ferro já teria disciplinado suficientemente a questão, sem prever que outros meios de transporte haveriam de surgir, e por isso, deixou o contrato de transporte apenas com a disciplina que recebera da Lei de Estradas de Ferro*"[5].

Com a tendência compiladora do novo Código Civil, foi estabelecida com maestria a normatização do contrato de transporte, tanto o de coisas quanto o de pessoas, com algumas regras gerais em sua abertura. Deste modo, o tema é tratado do art. 730 ao 756, sendo os art. 734 a 742 os disciplinadores do enfoque metodológico deste trabalho, o contrato de pessoas.

Passemos à análise do texto dos dispositivos.

3.2.1. O Tratamento da Responsabilidade

O tema da responsabilidade civil está de tal forma impregnado na disciplina dos pactos nominados do diploma civil que os três primeiros artigos do Capítulo XIV, Seção II (transporte de pessoas) com acréscimo do art. 733 das disposições gerais do mesmo capítulo se referem justamente à responsabilidade civil do transportador, suas excludentes e culpa de terceiro. Daí porque dissemos linhas atrás que atualmente não conseguimos conceber a idéia de contratos afastada da responsabilidade civil.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Iniciando a análise dos referidos dispositivos, nos deparamos com o art.733 que versa sobre o contrato de transporte cumulativo, a forma e o limite da responsabilização de cada transportador.

Vejamos a transcrição do artigo na íntegra.

> "**Art. 733**. Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, **respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas**.
>
> § 1º O dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso.
>
> **§ 2º Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto** (grifos nossos)"[6].

Antes de analisarmos o dispositivo acima, faz-se mister, para esclarecimentos futuros, ter conhecimento de outro artigo que trata do contrato de transporte cumulativo, o art. 756, inserido no Capítulo XIV, Seção III do CC-02 (transporte de coisas).

Vejamos o artigo *in verbis*:

> "Art. 756. No caso de transporte cumulativo, ***todos os transportadores respondem solidariamente pelo dano causado perante o remetente***, ressalvada a apuração final da responsabilidade entre eles, de modo que o ressarcimento recaia, por inteiro, ou proporcionalmente, naquele ou naqueles em cujo percurso houver ocorrido o dano"[7].

Atente-se para o fato de que no primeiro dispositivo transcrito, art. 733, a responsabilidade dos transportadores de pessoas se limita ao percurso em que conduziram o transportado (neste caso, podemos nos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

utilizar desta expressão), pois lá está dito: "*cada transportador se obriga a cumprir o contrato* ***relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas***".

Contudo, no segundo dispositivo trazido ao lume, o art. 756, a responsabilidade dos transportadores de coisas é **solidária** "***pelo dano causado perante o remetente***".

Comentando a divergência de disciplina do transporte de coisas face ao de pessoas, temos o pronunciamento embasado de três civilistas da atualidade.

Sérgio Cavalieri Filho diz que

> "*outra diferença entre o transporte de pessoas e o de coisas tem lugar no caso de transporte cumulativo. No primeiro caso (art.733) cada transportador responde pelos danos causados aos passageiros no percurso em que operou o transporte; no segundo (art.756), todos os transportadores respondem solidariamente.* ***A diferença deve ter por causa a possibilidade e se apurar com precisão onde ocorreu o evento no caso de transporte de passageiros, o que já não acontece, na maioria das vezes, no transporte de cargas***" [8] (grifos nossos).

Já no entender de Gagliano e Pamplona:

> "*É interessante registrar que o caput do mencionado artigo [referência ao art.733] dá a entender que a responsabilidade civil de cada transportador limitar-se-ia ao respectivo percurso, mas é o art. 756 (aliado ao §2º transcrito) que esclarece a existência de solidariedade, o que é perfeitamente compatível com as regras assentes do Código de Defesa do Consumidor*" [9].

Os três juristas fundamentam com maestria suas posições. Apesar de julgarmos que o pensamento dos últimos doutrinadores mencionados deveria ser o norte seguido pelo legislador, somos compelidos a concluir que este fez verdadeira e intencional distinção entre os limites da responsabilidade no transporte de pessoas diante do de coisas. Neste, a responsabilidade dos transportadores é solidária, enquanto naquele, é limitada ao trecho em que se deu a condução.

Por mais compreensível que seja a tentativa de se racionalizar a diferença criada, como objetivada por Sérgio Cavalieri Filho, entendemos que a justificativa é precária, já que mais razão haveria numa distinção em prol da vida humana. Destarte, que a responsabilidade dos transportadores de pessoas fosse solidária, e não o contrário. Não apenas por se tratar de valores hierarquicamente destoantes, mas devido ao fato de que a vida humana é a principal atingida pelo risco criado no contrato de transportes. Logo, nada mais justa a aplicação da teoria da imputação objetiva ao caso.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) apresenta dispositivos em que fixa a responsabilidade dos fornecedores de serviços como sendo solidária em caso de defeito, ou seja, na ocorrência de danos.

Tendo em vista que a quase totalidade das avenças de transporte de pessoas são relações consumeristas, o desastre ocasionado pela atecnia legislativa não se torna de grande monta.

A título de exemplo, citamos apenas um dos dispositivos do CDC que andaram por esse norte, dentre muitos existentes: é o art.7º, parágrafo único.

> "Art. 7°. 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 eqüidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> Parágrafo único. **Tendo mais de um autor a ofensa, *todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo***"[10] (grifos nossos).

Outros dispositivos sobre o tema serão citados em momento oportuno, tópicos adiante.

Passemos à análise do art. 734 do CC-02, trazido ao lume imediatamente abaixo.

> "Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, **salvo motivo de força maior**, **sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade**.
>
> Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização"[11].

Para melhor exegese do dispositivo transcrito o decomporemos em dois. Primeiro, teceremos considerações sobre a responsabilidade do transportador perante as pessoas, em seguida, abordaremos esta mesma responsabilidade, desta vez referente às suas obrigações com as bagagens dos passageiros.

No que concerne à primeira apreciação, o CC-02 nos diz nitidamente que o transportador responde pelos danos, aqui se entenda todos, causados às pessoas transportadas, ou mesmo àquelas que ainda não estão sendo transportadas, mas que firmaram pacto de transporte com o transportador e a referida avença já se iniciou em sua execução, salvo motivo de força maior (note-se que o dispositivo legal não fala sobre caso fortuito, culpa de terceiro, estado de necessidade etc.), sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Primeiramente, saliente-se que, valendo-nos de interpretação extensiva, o transportador responde não só pelos danos causados às

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pessoas que estão sendo ou foram transportadas, mas também àquelas que contrataram com o aquele e a avença já se iniciou, bem como àquelas que mesmo sem ter firmado contrato de transporte sofreram danos decorrentes da referida atividade de risco ou acidente de consumo, conforme preceitua os arts. 14 e 17 do CDC.

> "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"[12].

> "Art. 17. Para os efeitos desta Seção, ***equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento***"[13] (grifo nosso).

Assim, por exemplo, no transporte urbano coletivo ofertado por empresas de ônibus, quando ocorrem danos – provenientes do serviço de transporte – às pessoas que aguardam nas paradas (estações), o transportador responde objetivamente, em razão de sua atividade de risco.

O CC-02 prevê expressamente esta espécie de responsabilidade em seu art. 927:

> "Art. 927. Aquele que, por ato, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou ***quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem***"[14].

As empresas de transporte, sejam rodoviárias, ferroviárias, aéreas etc., também respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros (o chamado acidente de consumo), não só devido aos dispositivos do CDC,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

mas também pelo art. 927, já que devem ser responsabilizadas pelos danos criados pela sua atividade de risco.

Ocorreram na cidade de João Pessoa – PB alguns fatos, de forma repetida, dignos de comento neste trabalho.

Houveram acidentes reiterados, produzidos por negligência de motoristas de ônibus, em manobra, quando deixavam os pontos de espera (paradas) para retornarem à pista. Na grande maioria destas paradas há abrigos pesados feitos de cimento. Assim, ao manobrar, a parte traseira dos veículos derrubava os abrigos ocasionando a morte trágica de pessoas.

Sabe-se que a responsabilidade do transportador neste caso é inafastável, porém, questiona-se se o município, responsável pela criação dos abrigos, não poderia ser acionado como parte processual no intuito de ser responsabilizado conjuntamente com a empresa de transportes.

Para obter a resposta é preciso trazer algumas noções sobre as teorias explicativas do nexo de causalidade.

Sobre a teoria da equivalência das condições elaborada pelo jurista alemão VON BURI, dizem GAGLIANO e PAMPLONA:

> "*CAIO MÁRIO, citando o magistral civilista belga DE PAGE, observa que esta teoria, 'em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as 'condições' de um dano são 'equivalentes', isto é, todos os elementos que 'de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como 'causas', sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo*"[15].

Assim, dizem GAGLIANO e PAMPLONA que, "*segundo a fórmula de eliminação hipotética de Thyren, causa seria todo o antecedente que, se eliminado, faria com que o resultado desaparecesse*"***[16]***.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Destarte, no caso em tela, seria co-responsável pelo ato não apenas o município que construiu os abrigos, mas a empresa que fabricou o cimento, a que fabricou o ferro etc.

Percebe-se, sem muito esforço, que esta teoria não pode ser aplicada, sendo refutada inclusive pelo Direito Penal, no entanto, há resquícios da mesma neste campo do Direito.

É absurdo imputar-se o dano às empresas de cimento e às de ferro porque a partir de sua atividade não surgiu qualquer risco que guarda relação sequer indireta com o ato danoso. Há, desta forma, absoluta quebra do nexo de causalidade, pela impossibilidade de se aplicar até mesmo a teoria da responsabilidade objetiva.

Já com relação ao Município, no nosso entender, devemos analisar de duas formas. Quando este criou os abrigos o evento danoso que se passou era absolutamente imprevisível, tratando-se, pois, de fortuito externo (veremos este conceito adiante), não podendo ser responsabilizado por estar amparado por uma excludente de responsabilidade civil que rompe o liame causal.

No entanto, a partir do momento em que os fatos ocorreram e se sucederam com frequência sem que o ente público procedesse à substituição dos referidos abrigos por outros mais seguros, entendemos haver culpa *in omittendo* do referido órgão público, podendo inclusive ser responsabilizado.

A título de curiosidade, o Município, após os lamentáveis fatos substituiu significativo número de abrigos por outros mais seguros e estáveis.

Sobre a teoria da causalidade adequada, GAGLIANO e PAMPLONA nos dizem que

> *"não se poderia considerar causa 'toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado', conforme sustentado pela teoria da equivalência, mas sim, segundo um juízo de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *probabilidade, somente o antecedente abstratamente idôneo a produção do efeito danoso, ou, como quer CAVALIERI, 'causa para ela é o antecedente não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento*" [17].

As considerações tecidas pela teoria da causalidade adequada são relevantes e corrigem alguns erros indesejáveis da aplicação da teoria da equivalência das condições. No entanto, faz-se mister dizer que não só esta, mas também aquela teoria apresenta imperfeições.

Utilizando-nos do exemplo dado dos acidentes ocasionados por ônibus, se aplicássemos a teoria da causalidade adequada *strictu sensu*, incorreríamos no erro de não podermos responsabilizar o Município em momento algum pela não substituição dos abrigos, mesmo sendo ele sabedor dos potenciais danos que os abrigos de cimento poderiam ocasionar. Ora, não sendo a construção dos abrigos de cimento antecedente idôneo à produção do efeito danoso, tampouco adequado à realização deste, o ente público jamais poderia ser responsabilizado mesmo tendo agido com culpa *in non faciendo*.

Assim é importante frisar que estas teorias são complementares, não se excluindo, mas se corrigindo mutuamente em suas incoerências.

Como complemento, colacionamos a teoria da causalidade direta ou imediata, defendida e desenvolvida no Brasil por Agostinho Alvim.

Ainda segundo GAGLIANO e PAMPLONA, em seu Novo Curso de Direito Civil, Volume III que trata da Responsabilidade Civil,

> *"causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma conseqüência sua, direta e imediata*"[18].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O art. 403 do CC-02 parece ter albergado a teoria da causalidade direta e imediata, ao vaticinar que "*ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*"***[19]***.

Aplicando ao nosso exemplo, sob o ponto de vista desta teoria, entendemos que apenas a empresa de transportes poderia ser responsabilizada pelo evento dano, posto que somente o ato do preposto ao abalroar no abrigo se configura como antecedente capaz de produzir como conseqüência sua, direta e imediata a morte dos passageiros que estavam sob o abrigo.

Passemos, agora, a análise da excludente de responsabilidade prevista pelo art. 734 do CC-02: a força Maior.

3.2.2. A Força Maior como excludente única da Responsabilidade Prevista no art.734

O art.734 afirma que o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, não admitindo qualquer cláusula que exonere a responsabilidade daquele.

Antes de quaisquer considerações, importantes são as observações de GONÇALVES sobre este dispositivo. Eloqüentes por si mesmas, suas palavras espancarão a maior parte das possíveis dúvidas.

Segundo o referido autor,

> "*considerando que, em outros dispositivos, o Código refere-se conjuntamente ao caso fortuito e à força maior, pode-se inferir, da leitura do dispositivo supratranscrito, que* ***o fato de ter sido mencionada somente a força maior revela a intenção do legislador em considerar excludentes da responsabilidade do transportador somente os acontecimentos naturais, como raio, inundação,***

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> ***terremoto etc., e não os fatos decorrentes da conduta humana, alheios à vontade das partes, como greve, motim, guerra etc***. *Mesmo porque a jurisprudência de há muito, tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre 'fortuito interno' (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e 'fortuito externo' (força maior, ou Act of God, dos ingleses).* ***Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e a máquina, exclui a responsabilidade deste em acidente de veículos***. *O fortuito interno, não*" [20] (grifos nossos).

Observe-se que até o aparecimento da doutrina do fortuito externo e interno, a doutrina não era uníssona na conceituação de caso fortuito ou força maior. Entretanto, o CC-02 não traz esse novo pensamento devido ao fato de sua elaboração ter se dado de forma prolongada e continuada não se adaptando à excelente e nítida doutrina criada por Agostinho Alvim. Destarte, a força maior a que o Código alude é a semelhante ao fortuito externo, inevitável.

Apesar de o dispositivo em comento nada mencionar, a doutrina admite que a culpa exclusiva da vítima também exclua o dever de indenizar.

Divergências aparecem quando se discute a responsabilidade do transportador em caso de culpa concorrente da vítima.

O art. 945 do CC-02 diz que "*se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano*"***[21]***, dando a entender que a culpa concorrente da vítima diminui o quantum a lhe ser pago a título de reparação.

Entretanto, o CDC tem dispositivo específico sobre o mesmo tema. Trata-se do art. 14, §3º, II, que passamos a transcrever em seguida.

> "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.
>
> (...) § 3° O fornecedor de serviços **só não será responsabilizado** quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - **a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro**"[22] (grifos nosso).

Do dispositivo consumerista, é possível depreender que a culpa concorrente do consumidor não exclui nem atenua o *quantum* que deve ser pago a titulo de indenização ao lesado. Tampouco há qualquer dispositivo no CDC assemelhado ao art.945 civilista.

Quando se passa à aplicação deste artigo aos casos concretos, dificuldades e divergências pretorianas aparecem, dignas de comentários, com as quais doravante nos ocuparemos. Contudo, é preciso que antes, teçamos alguns comentários sobre a famigerada cláusula de incolumidade.

3.3. Cláusula de incolumidade

A Cláusula de incolumidade diz respeito à obrigação do transportador de levar e deixar o passageiro em seu destino são e salvo.

O verbete incolumidade é auto-explicativo, quer dizer segurança, isenção de perigo, salubridade.

Este dever está intrínseco em todo e qualquer contrato de transporte. A lei não poderia furtar-se a garantir o seu deslocamento sem total segurança, isso porque o contrato de transporte é um pacto de resultado, e não de meio.

Fazendo uso das palavras de Sérgio Cavalieri Filho,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "*Sem dúvidas, a característica mais importante do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. A obrigação do transportador não é apenas de meio, e não só de resultado, mas também de garantia. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto, como assinalou Vivante, citado por Aguiar Dias. O objeto da obrigação de custódia, prossegue o Mestre, é assegurar o credor contra os riscos contratuais, isto é, pôr a cargo do devedor a álea do contrato, salvo, na maioria dos casos, a força maior (José Aguiar Dias, ob. cit., v.I/230)*"[23].

Há entendimento pretoriano reconhecendo também esta cláusula, como não poderia ser diferente. Vejamos:

> "*A responsabilidade da empresa transportadora de passageiros é de natureza contratual, com cláusula implícita de garantia, dada a obrigação de levá-los incólumes a seu destino, eximindo-se das perdas e danos apenas quando configurado o caso fortuito ou a força maior*" (RT 491/68).[24]

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PESSOAS. TOMBAMENTO DE ÔNIBUS. CLAUSULA DE INCOLUMIDADE. DANO MORAL "IN RE IPSA". RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. A ALEGAÇÃO DE FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, SEM INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELO AGRAVANTE. MATÉRIA PRECLUSA NOVAMENTE VERTIDA NO AGRAVO INTERNO. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO

> INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no REsp 1459856/MA, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 03/08/2017).

Neste sentido, examinaremos algumas situações e decisões jurisprudenciais para observarmos o tratamento desta cláusula.

3.4. Assaltos em Coletivos, Interestaduais e Intermunicipais

O tema da responsabilidade civil do transportador pelos assaltos em transporte coletivo urbano, interestadual e intermunicipal tem dividido a doutrina e a jurisprudência pátria no que diz respeito ao caso ser de força maior (fortuito externo) ou previsível e evitável (fortuito interno).

Apesar de se posicionar no sentido de reconhecer os assaltos como força maior, e, portanto, excludentes da responsabilidade do transportador, GONÇALVES aduz que

> "***A constante incidência de assaltos a ônibus*** *em certas regiões do País, porém, como São Paulo, Rio de Janeiro, Baixada Fluminense e outras,* ***sem que as transportadoras tomem qualquer providência prática para inibi-los, está a justificar a co-responsabilidade dessas empresas****, como recomenda Luiz A. Thompson Flores Lenz em artigo publicado na RT, 643:51*" [25] (grifos nossos).

O pensamento do eminente jurista se coaduna com a ideia de que acontecimentos reiterados provenientes da conduta humana podem deixar de ser vistos como imprevisíveis.

A despeito da coerência do pensamento acima, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), incumbido de uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional, tem se mostrado refratária a responsabilização nos casos de assaltos relacionados ao contrato de transporte, seja de coisas quanto de pessoas. Vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. ROUBO DURANTE O ARMAZENAMENTO EM GALPÃO DA TRANSPORTADORA. FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "não obstante a habitualidade da ocorrência de assaltos em determinadas linhas, é de ser afastada a responsabilidade da empresa transportadora por se tratar de fato inteiramente estranho à atividade de transporte (fortuito externo), acobertado pelo caráter da inevitabilidade" (AgRg no REsp 823.101/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva). 2. No caso, a instância de origem fundamentou-se na frequência dos roubos de cargas e na inexistência de medidas preventivas, não tendo sido apontada nenhuma conduta objetiva da transportadora que tivesse facilitado a ação dos criminosos. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1017794/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. SUPRIMENTO. CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. ASSALTO À MÃO ARMADA. COLETIVO. CASO FORTUITO. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA AFASTADA. 1. Admite-se, excepcionalmente, que os embargos, ordinariamente integrativos, tenham efeitos infringentes desde que constatada a presença

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

de um dos vícios do artigo 535 do Código de Processo Civil/1973, cuja correção importe alterar a conclusão do julgado. 2. Intempestividade do recurso superada com a efetiva análise do recurso especial. 3. A jurisprudência consolidada neste Tribunal Superior é no sentido de que o assalto à mão armada dentro de coletivo constitui fortuito a afastar a responsabilidade da empresa transportadora pelo evento danoso daí decorrente para o passageiro. 4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para superar a intempestividade e conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial. (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 418.176/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR. ROUBO EM INTERIOR DO TRANSPORTE PÚBLICO. OCORRÊNCIA DE FORTUITO EXTERNO. DECISÃO MANTIDA. 1. A responsabilidade do transportador é objetiva, nos termos do art. 750 do CC/2002, podendo ser elidida tão somente pela ocorrência de força maior ou fortuito externo, isto é, estranho à organização da atividade. 2. Consoante jurisprudência pacificada na Segunda Seção desta Corte, o roubo com arma de fogo ocorrido no interior do transporte público, por ser fato inteiramente alheio ao serviço prestado, constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1551484/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016).

Dos julgados acima, percebe-se que, não obstante a habitualidade com que os assaltos ocorrem no interior dos ônibus e de qualquer forma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

relacionado ao transporte – seja de cargas, seja de passageiros – o STJ exige prova de que o transportador tenha facilitado a ação dos criminosos.

Se houvesse provas da facilitação da ação dos criminosos, tal fato ensejaria a responsabilidade subjetiva, e não objetiva. A jurisprudência, por via transversa, nega a incidência da responsabilidade objetiva ao caso.

Na esteira do pensamento de GONÇALVES, acima transcrito, entendemos que os assaltos em coletivos, interestaduais e intermunicipais são previsíveis, quando não, também evitáveis, nos casos em que se tornam habituais.

A orientação aqui exposta, reconheça-se, é tormentosa quando referente ao transporte coletivo urbano, no qual o fluxo de pessoas é, no modelo atual, incontrolável, e uma fiscalização mais rigorosa com detectores de metais sobrelevaria a tarifa. Contudo, com relação ao transporte interestadual e intermunicipal não há qualquer óbice em se implantar um controle mais rigoroso, já que o fluxo de passageiros é menor, os pontos de embarque e desembarque são equipados e fixos e, ademais, há órgãos públicos a quem compete concorrentemente este ofício fiscalizador, como o Departamento de Estradas e Rodagem (DER) e a Polícia Rodoviária Federal.

O que ocorre na prática é um total descaso na fiscalização de passageiros e bagagens nas estações rodoviárias em todo o país, quando a malha viária é o principal meio utilizado para deslocamento no Brasil, seja de coisas ou de pessoas.

Desta feita, em existindo assaltos a ônibus interestaduais e intermunicipais provenientes de passageiros que embarcaram nas estações rodoviárias armados, qual é a justificativa para a exclusão da responsabilidade do transportador?

O que gera o incremento do risco de assaltos a ônibus é exatamente o aglomerado de pessoas que leva à arrecadação de considerável soma de dinheiro por parte do transportador. Assim, é sua atividade econômica que gera o aumento do risco (teoria do risco criado).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ainda no que se refere aos transportes coletivos urbanos, a justificativa doutrinária e pretoriana é que o poder-dever de polícia compete ao Estado, afirmando não ser possível estabelecer-se mecanismo de segurança privada no interior dos veículos. Trata-se de uma grande falácia com a finalidade de continuar se omitindo a não respeitar a cláusula de incolumidade reconhecida por todos.

Para se ver isento de responsabilidade, deveria o transportador demonstrar que, de alguma forma, tem implantado medidas aptas a diminuir o risco de ocorrência de assaltos. Porém, simplesmente alegar fortuito externo é se beneficiar com uma cegueira deliberada.

3.5. Contrato acessório de Transporte de Bagagens

Nos contratos de transporte de pessoas, está implícito o transporte de bagagens, pois este se torna, neste caso, acessório daquele. Contudo, todas as disposições do CC-02 sobre o transporte de coisas são aplicáveis às bagagens.

Concorde com essa ideia, veja o que diz a professora Maria Helena Diniz em seu Curso de Direito Civil, v. III (Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais) sobre o tema:

> "*O transporte de bagagem é acessório do contrato de transporte de pessoa. O viajante, ao comprar a passagem, adquire o direito de transportar consigo a sua bagagem. Ao mesmo tempo, o transportador assume, tacitamente, a obrigação de efetuar esse transporte. Se houver excesso de peso ou volume, poderá ser cobrado um acréscimo*" [26].

Remetendo-nos então às intrincadas questões da responsabilidade pela bagagem do passageiro, afirmamos, de antemão, que a cláusula de incolumidade também se aplica à mesma.

Logo, em havendo danos à bagagem é direito do passageiro ser totalmente indenizado por aqueles.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Diz o art. 944 do CC-02 que:

> "Art. 944. **A indenização mede-se pela extensão do dano.**
>
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização"[27] (grifo nosso).

O problema surge quando trazemos à tona dispositivo do Decreto n.º 68.961/71, que regulamenta o transporte coletivo de passageiros de caráter interestadual e internacional por estradas de rodagem, referente ao tema das bagagens.

Vejamo-lo.

> "Art. 33 – No preço da passagem compreende-se, a título de franquia, o transporte obrigatório e gratuito de um volume no bagageiro e de outro no porta-embrulhos interno, observados os seguintes limites:
> I–peso: a) no bagageiro – 25 (cinte e cinco) quilogramas;
> b) no porta-embrulhos interno – 5 (cinco) quilogramas. II – valor; 2 (dois) salários mínimos, considerado o de mais elevado valor no pais. § 1º - As transportadoras só serão responsáveis pelo extravio dos volumes transportados nos bagageiros, sob comprovante e até o limite do valor fixado no item II deste artigo"[28].

Apesar de estar sendo aplicado este último dispositivo transcrito em detrimento do art.944, CC-02, devido ao fato de que algumas vezes as nossas Cortes passam por cima de princípios da hermenêutica jurídica, e neste caso de eficácia da lei no tempo, posto que, não é difícil lembrar que a lei posterior, de mesma hierarquia, revoga a anterior quando dispõe totalmente sobre o objeto da antiga. É o que acontece com o caso em tela. O CC-02 revogou totalmente o art. 33 do Decreto n.º 68.961/71, entretanto, na prática, ele ainda tem sido aplicado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Não se trata de afastar o principio da especialidade, pois ambos os dispositivos tratam do transporte de bagagem.

Frise-se, que esta aplicação errônea não se dá em todas as nossas Cortes. Vejamos a decisão seguinte:

> "Transporte coletivo de passageiros – Via rodoviária – **Extravio de bagagem** – Indenização – Responsabilidade da empresa, vez que se obriga necessariamente a garantir a segurança do bem – **Nulidade, portanto da cláusula que coloca o consumidor em desvantagem exagerada** – Verba devida – Inteligência do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor"[29] (RT, 697: 140) (grifos nossos).

Destarte, qualquer cláusula contratual em sentido contrário é passível de anulação.

Nesta esteira, entendemos que a responsabilidade pelo extravio de bagagens não se limita aos valores previstos no Decreto n.º 68.961/71.

4. Conclusão

O contrato de transporte se apresenta como um dos antecedentes históricos da teoria da responsabilidade objetiva baseada no risco e que atualmente se encontra positivada no art. 927, parágrafo único do Código Civil brasileiro vigente.

No Brasil, o transporte rodoviário é a principal forma de transporte urbano, sendo responsável por cerca de 93% dos deslocamentos nas cidades. Este incremento no uso dos meios de transporte também trouxe consequências indesejáveis, como o número de acidentes automobilísticos, sendo estes uma das principais causas de óbito no Brasil. Tal fato jurídico tem efeitos nos campos do Direito Penal (em vista dos crimes de trânsito) e no Direito Civil, em razão da importância da responsabilidade civil decorrente dos contratos de transporte.

Positivado pela primeira vez no Código Civil de 2002, entre os artigos 730 a 756, o referido diploma legal traz o transporte como uma obrigação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

de resultado (ou garantia) para alguns autores, o que torna objetiva a responsabilidade decorrente da violação da cláusula de incolumidade.

Neste passo, o transporte de pessoas, por lidar com a garantia da vida e da incolumidade física dos passageiros ganha especial destaque na ordem jurídica, por força do valor do bem jurídico transportado.

Na sociedade brasileira atual verificam-se inúmeros casos de assaltos no interior dos ônibus, sejam coletivos urbanos, intermunicipais ou interestaduais rodoviários. A partir deste fato, surge a necessidade de investigar a natureza da responsabilidade do transportador e as excludentes do nexo causal.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou a sua jurisprudência, firmando-a no sentido da completa irresponsabilidade do transportador por assaltos no interior dos ônibus, por entender se tratar de fortuito externo, caso não haja provas concretas de que o transportador tenha facilitado o cometimento do ato ilícito.

Através da leitura analógica dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, da figura do consumidor por equiparação, do acidente de consumo e da inexistência de quebra do nexo causal nos casos de culpa concorrente, somados às lições doutrinárias da obrigação de resultado e de incolumidade física ínsitos aos contratos de transporte, entendemos equivocada a orientação jurisprudencial quando os atos ilícitos se tornam reiterados e previsíveis e o transportador não demonstra a tomada de medidas concretas aptas a diminuir o risco de assaltos.

Por fim, abordamos o contrato de transporte de bagagem quando acessório ao contrato de transporte de pessoas e demonstramos o equívoco na limitação da responsabilidade, no que concerne à indenização por danos materiais, entendendo pela revogação do Decreto n.º 68.961/71 pelas normas do Código Civil de 2002.

Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**, 9.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994

BRASIL. Decreto nº 68.961, de 20 de julho de 1971. In: **Portal Milbus**, 2009. Disponível em: < http://www.milbus.com.br/legislacao/decreto9.asp>. Acesso em 28 mai. 2018;

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. In: Presidência da República. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2002. Disponível em: . Acesso em 28 mai. 2018;

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. In: Presidência da República. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>. Acesso em 28 mai. 2018;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *3ª Tuma. Processo:*. AgInt no REsp 1459856/MA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Diário de Justiça, Brasília, 03 ago 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *3ª Tuma. Processo:*. EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 418.176/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Diário de Justiça, Brasília, 01 jun 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *4ª Tuma. Processo:*. AgInt no AREsp 1017794/SP, Rel. Ministro Raul Araújo. Diário de Justiça, Brasília, 16 ago 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *4ª Tuma. Processo:*. AgRg no REsp 1551484/SP, Rel. Antonio Carlos Ferreira. Diário de Justiça, Brasília, 29 fev 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. ver. aum. e atual. 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros, 2006;

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*: volume 3. 21ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. – São Paulo: Saraiva, 2005;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil: volume 3. — 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008;

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Contratos: volume 4. — 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Saraiva, 2003;

REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Jurisprudência RT**. Disponível em: . Acesso em: 01 jun. 2009;

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. *Responsabilidade Civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5ª ed. rev. atual.e ampl. – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

NOTAS:

[1] Cavalieri Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. ver. aum. e atual. 2ª tiragem. – São Paulo: Malheiros, 2006. Pg. 312.

[2] Aguiar Dias, José de. *Da Responsabilidade Civil*, 9.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v.I, p.184.

[3] Gagliano, Pablo Stolze & Pamplona, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. — 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. Pg.97.

[4] Id. Ibid., p.313.

[5] Id., Ibid., p. 313.

[6] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

[7] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

[8] Id., Ibid., p. 354.

[9] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume IV: *Contratos*. — 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p.423

[10] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. In: Presidência da República. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1990. Disponível em: . Acesso em 01 jun. 2009

[11] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

[12] BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

[13] BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

[14] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

[15] Id. Novo curso de direito civil, volume III: *Responsabilidade Civil*.— 6 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008. p.86.

[16] Id., Ibid., p.87.

[17] Id., Ibid., p.88.

[18] Id., Ibid., p. 90.

[19] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

[20] Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª ed. Saraiva, 2003. p. 281-282.

[21] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

[22] BRASIL. Lei nº 8.078. ibidem.

[23] Id., Ibid., pg. 316.

[24] Em STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. *Responsabilidade Civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5ª ed. rev. atual.e ampl. – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. pg. 201.

[25] Id., Ibid., p.284

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[26] Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, v.III. 21ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. – São Paulo : Saraiva, 2005. Pg. 298.

[27] BRASIL. Lei nº 10.406. ibidem.

[28] BRASIL. Decreto nº 68.961, de 20 de julho de 1971. In: **Portal Milbus**, 2009. Disponível em: < http://www.milbus.com.br/legislacao/decreto9.asp>. Acesso em 01 jun. 2009.

[29] REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Jurisprudência RT**. Disponível em: . Acesso em: 01 jun. 2009. RT, 197:140.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

O HISTÓRICO DO DIREITO DE GREVE ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988

JOSÉ FELIPPE RANGEL DA SILVA: Graduado em Direito pela PUC-RJ. Especialista em Direito Público pela UCP-RJ. Servidor público federal.

RESUMO: O presente artigo disserta acerca do histórico do direito de greve até a promulgação da CRFB/88. Busca-se, mais especificamente, analisar a evolução dos movimentos paredistas no mundo e no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Greve. Histórico.

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

---

1. Introdução

A greve é a cessação coletiva e voluntária da prestação de serviços pelos trabalhadores. É um direito assegurado pela Constituição, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender (art 9º da CRFB/88).

Destaca-se que o termo greve tem origem o francês *greve*, proveniente da *Place de Grève* em Paris. Acerca do tema, destaca-se o texto da Dra. Vólia Bonfim Cassar:

> A expressão tem origem no francês *grève,* com o mesmo sentido, proveniente da *Place de Grève*, em Paris, na margem do Sena, lugar de embarque e desembarque de navios onde vários gravetos eram trazidos pelo rio Sena. O termo *grève*significa originalmente "terreno plano composto de cascalho ou areia à margem do mar ou do rio".
>
> Nesta praça os trabalhadores se encontravam, debatiam e deliberavam sobre as medidas a serem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> tomadas para interesse do grupo. Alguns empregadores também compareciam na *Place de Grève* quando queriam contratar mão de obra.[1]

Trata-se do instrumento máximo de pressão dos trabalhadores e sua existência é intimamente ligada ao próprio surgimento do direito do trabalho. Dessa forma, salienta-se a importância da análise detalhada da evolução histórica da greve.

2. Desenvolvimento

No contexto da Revolução Industrial, os trabalhadores eram submetidos a jornadas extenuantes de trabalho, recebiam baixos salários e laboravam em ambientes precários quanto à saúde, higiene e segurança. Ademais, era típica a exploração da mão de obra de mulheres e crianças em condições de trabalho ainda piores.

Esse contexto favoreceu a união dos trabalhadores com o escopo de alcançar melhores condições de trabalho. Logo perceberam que o principal instrumento de pressão que possuíam era exatamente sua energia de trabalho e que a paralisação das atividades seria forma de obrigar o empregador participar de uma "negociação coletiva".

De toda forma, historicamente, a afirmação da relação de emprego como a base do sistema econômico é o marco temporal para a posterior organização dos trabalhadores e surgimento do direito do trabalho. Desse modo, não se aceita de forma majoritária, as manifestações sociais da antiguidade como fenômenos ligados ao direito do trabalho. Isso porque a base do sistema era o escravismo.

Ressalta-se que a data escolhida como dia internacional do trabalhador, trata-se de uma homenagem histórica ao dia 01 de maio de 1886, quando ocorreu a Greve Geral de Chicago nos EUA. Trabalhadores reivindicavam melhores salários e a redução da jornada de 13 para 8 horas diárias, tendo, infelizmente, ocorrido confronto e morte de manifestantes e policiais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Outrossim, destaca-se que a Lei Chapelier de 1791 que pôs fim às corporações medievais proibia qualquer forma de agrupamento de trabalhadores. A greve em seu histórico foi proibida, chegando a ser criminalizada, passando a ser tolerada, até ser considerada um direito em regimes democráticos.

No Brasil a abolição da escravatura em 1888 foi o marco histórico do início do trabalho livre como base da economia brasileira. No país, a greve também passou pela fase da criminalização geral, mas de forma breve. Neste sentido, o Ministro Maurício Godinho Delgado dispõe que:

> O Direito do Trabalho brasileiro, seu movimento sindical e o instituto da greve estão atados, historicamente, a um marco fundamental: a afirmação da relação de emprego como vínculo sociojurídico importante no sistema econômico-social do País. É que, sem relação empregatícia como instrumento relevante de conexão do trabalhador livre ao sistema produtivo, não se pode falar na emergência das condições para o próprio surgimento do ramo justrabalhista, assim como, de resto, de quaisquer de seus institutos específicos, como os sindicatos e as greves, por exemplo.
>
> Esse marco é dado pela extinção da escravatura, em 1888, que tornou a relação empregatícia a modalidade central de vinculação do trabalho ao sistema socioeconômico.
>
> Em torno desse período surge o primeiro diploma legal que se refere à greve. Trata-se do antigo Código Penal, de 11 de outubro de 1890 (Decreto n. 847), que tipificava o paredismo e seus atos como ilícitos criminais.
>
> A fase da criminalização explícita da greve foi, contudo, brevíssima. Logo depois, pelo Decreto n. 1.162, de 12.12.1890, a conduta grevista deixou de ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> ilícito penal, punindo a ordem jurídica apenas os atos de ameaça, constrangimento ou violência verificados em seu meio.[2]

Após, a greve foi tolerada de 1891 até 1930. Entre 1930 e 1945 o regime com inspiração corporativista era avesso a manifestações livres dos trabalhadores, até que a Constituição de 1946 reconheceu a greve como um direito, apesar de restringido. O trecho escrito pela Dra. Vólia Bonfim Cassar, faz ótima síntese deste período:

> A Carta de 1934 proibiu a greve.
>
> O Decreto nº 431/38, que também versava sobre segurança nacional, considerou como crime a greve de funcionários públicos.
>
> O art. 139 da CF/37 considerava a greve e o lockout como recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses de produção nacional.
>
> O Decreto-Lei nº 1.237/39 estabelecia que a greve era passível de punições que poderiam variar na suspensão, despedida e até prisão.
>
> O Código Penal de 1940 (arts. 200 e 201) considerava crime a paralisação temporária do trabalho, se houvesse perturbação da ordem pública, ou fosse contrário aos interesses públicos.
>
> A CLT (art. 723, ora revogado) impunha sanções aos trabalhadores que abandonassem o serviço coletivamente e sem prévia autorização do Tribunal.
>
> Mais tarde, o Decreto-Lei nº 9.070/46 regulamentou a matéria autorizando a greve em atividades acessórias, mas impondo muitas limitações, como nas atividades fundamentais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> A Carta de 1946 reconheceu o direito de greve, conforme lei, mudando radicalmente o paradigma. Todavia, o STF entendeu que o Decreto-Lei nº 9.070/46 tinha sido recepcionado pela Carta de 46, que proibia a greve.[3]

Já durante o regime militar o direito de greve foi também restringido. Neste ponto, vale citar novamente o Ministro Maurício Godinho Delgado:

> A Lei de Greve do regime militar (n. 4330, de junho de 1964) restringia, severamente, o instituto: não só proibia movimentos que não tivessem fins estritamente trabalhistas, como vedava a estratégia ocupacional do estabelecimento nas greves. A par disso, instituía rito cujo cumprimento era considerado inviável pelos sindicalistas. Transformado o direito em mero simulacro, o diploma foi apelidado de Lei Antigreve.
>
> Logo a seguir, pela Carta de 1967, acentuou-se a restrição aos movimentos paredistas, proibindo-os nos serviços públicos e nas denominadas atividades essenciais (art. 162). Nesse meio tempo, agravou-se o caráter autoritário do regime político, com o Ato Institucional 5, de dezembro de 1968, inviabilizando qualquer tentativa de paralisação trabalhista na sociedade brasileira.
>
> Anos depois, com o renascimento do movimento grevista, em torno de 1977/1978, ainda nos quadros do autoritarismo militar, novas proibições foram incluídas na ordem jurídica. Citem-se, ilustrativamente: Lei n. 6.128/78 (proibição de greve estendida a empregados de sociedades de economia mista); Lei n. 6.158/78 (estendia a proibição grevista ao pessoal celetista de autarquias e órgãos da Administração Direta); Lei n. 6.620/78 (Lei de Segurança Nacional,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

com várias apenações relativas à prática grevista); Decreto-Lei n. 1.632/78 (enumerava as atividades essenciais, em que eram vedadas greves).[4]

3. Conclusão

Por fim, com a Constituição de 1988 a greve passou a ser considerada direito fundamental dos trabalhadores, sendo regulada pela Lei de Greve (Lei 7.783/89).

Conclui-se destacando que como qualquer outro direito previsto no ordenamento jurídico, o direito de greve deve ser exercido observando-se os ditames constitucionais e legais aplicáveis, sob pena de ser considerada ilícita (existem diversas decisões considerando, no caso concreto, as paralisações como ilegais). Ressalta-se não se tratar de restrição ao exercício do direito de greve, mas de exercício em conformidade com os direitos alheios dos empregadores, de outros trabalhadores e de toda a coletividade.

4. Referências Bibliográficas

BONFIM, Vólia. Direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl..— São Paulo : LTr, 2017.

NOTAS:

[1] BONFIM, Vólia. Direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015. p. 1250.

[2] DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl..— São Paulo : LTr, 2017. p. 1644.

[3] BONFIM, Vólia. Direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015. p. 1251.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[4] DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl..— São Paulo : LTr, 2017. p. 1645.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO DE GREVE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

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 o propósito de tecer breves noções esclarecedoras acerca do direito de greve, sua relação com institutos jurídicos próximos, bem assim sua aplicação no serviço público diante da ausência de legislação específica.

Palavras-chaves: Greve; Movimento paredista; Greve no serviço público; Locaute.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito de greve: 2.1.características; 2.2. Figuras próximas; 2.3.limites ao direito de greve; 3. A deflagração do movimento paredista: 3.1. Requisitos; 3.2 direitos e deveres dos grevistas; 3.3 Competência judicial; 4. Greve no serviço público; 5. Locaute: 5.1. Definição jurídica; 5.2. Efeitos; 6. Conclusão; 7. Referências.

---

1. Introdução

Em decorrência da alteração do art. 114, §2º, da CF/88[1], promovida pela EC nº 45/2004, além dos requisitos básicos inerentes à instauração de dissídio coletivo perante à Justiça do Trabalho, a Constituição passou a exigir que houvesse o comum acordo entre empregado e empregador como requisito de procedibilidade ao ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica.

A doutrina nacional muito critica tal dispositivo por ter havido um esvaziamento do poder normativo da Justiça do Trabalho e a dificuldade que os empregados terão de conseguir o aval de seus empregadores para ir até a Justiça do Trabalho, quando frustrada a negociação coletiva e a tentativa de arbitragem. De fato, o legislador quis privilegiar o poder de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

negociação dos agentes envolvidos na relação empregatícia, evitando o máximo possível a interferência do Poder Judiciário.

Já que para conseguir a instauração de dissídio coletivo de natureza econômica faz-se necessária a anuência expressa do empregador, a atuação da Justiça do Trabalho na pacificação da relação empregatícia, por meio do dissídio coletivo, foi significativamente reduzida.

A consequência imediata é a seguinte: frustradas as tentativas de negociação, o único meio hábil para compelir o empregador a negociar, caso este resista à instauração de dissídio coletivo, é a greve. Este, portanto, tornou-se um direito imprescindível da classe trabalhadora, no sentido de assegurar a conquista de direitos pela via negocial.

Se atendidos todas as exigências legais, conforme será especificado ao longo deste trabalho, a greve representa um instrumento legítimo de pressão da classe trabalhadora para a conquista de direitos comuns, viabilizando a igualdade entre trabalhadores, coletivamente considerados, e o empregador.

Ressalte-se, por fim, que a Constituição da República representa um marco na redemocratização do país, por ter inserido em seu bojo inúmeras conquistas e direitos historicamente consagrados à classe trabalhadora.

2. O Direito de greve

2.1. Características

A greve representa, por um lado, um instrumento de pressão e força da classe trabalhadora para conquistar de direitos por ela postulados e, ao mesmo tempo, é uma situação de pacificação no meio econômico e social. Os autores tradicionais também trazem a greve como instrumento de autotutela, legalmente assegurado aos trabalhadores para o exercício direto das próprias razões.

É, portanto, um importante veículo de pressão de que se valem os trabalhadores para tornar efetivo o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

As principais características atribuídas ao instituto da greve podem ser inferidas do art. 2º da Lei de Greve[2] (Lei nº 7.783/89): o caráter coletivo do movimento, a sustação total ou parcial da atividade laboral, o exercício coercitivo e pacífico dessa prerrogativa e a temporariedade da greve.

Em primeiro lugar, destaque-se o caráter coletivo do movimento. A greve, para ser assim considerada, precisa decorrer de um movimento essencialmente coletivo, não podendo ser exercida por instrumentos de pressão tipicamente individuais. Embora não se exija a adesão de todos os trabalhadores da empresa ou de determinado setor, importa, no entanto, que a decisão da greve tenha partido de assembleia, na qual se tenha deliberado coletivamente sobre a deflagração do movimento paredista.

Uma segunda característica é a sustação total ou parcial da atividade laboral. Não obstante a greve seja comumentemente vista como o "cruzar de braços", é possível que os trabalhadores acordem entre si outro mecanismo de pressão, como seria o caso da operação tartaruga, com a diminuição drástica da produtividade na empresa. Esta sustação, no entanto, tem que ser provisória, senão configurado estará o abandono de emprego, figura que conduz inevitavelmente à rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

A greve caracteriza-se também por representar um direito dos trabalhadores, a ser exercido de modo coercitivo e coletivo. É instrumento de pressão legítimo utilizados pela classe trabalhadora na busca de um equilíbrio quando atuam coletivamente. O exercício coletivo e coercitivo, ressalte-se, não autoriza a propagação de atos de violência contra o empregador, o patrimônio da empresa ou contra outros trabalhadores. Assim, em razão da independência das instâncias, os ilícitos cometidos poderão ser eventualmente apurados segundo a legislação trabalhista, civil ou penal, nos termos do art. 15 da Lei nº 7.783/89[3].

Nesse contexto, urge assinalar que a greve, em geral, representa uma causa de suspensão do contrato de trabalho, no qual não há prestação de serviços por parte do empregado e não há, igualmente, o pagamento da remuneração. Deste modo, a pacífica participação no movimento paredista não pode ser levantada pelo empregador como falta grave, daí não poderá

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ensejar a rescisão do contrato por justa causa, conforme determinação contida na Súmula 356 do STF[4]. E, durante a greve, por se encontrar suspenso o contrato, o empregador também não poderá dispensar o empregado, ainda que pague as verbas rescisórias que seriam devidas.

A greve é instrumento voltado diretamente a pretensões de natureza econômico-profissional ou contratual trabalhista. Assim, poderiam ser postulados o aumento do salário contratual, o aumento dos percentuais dos mais variados adicionais, a concessão de novos direitos, etc.

O Ministro Mauricio Godinho Delgado, no entanto, admite a possibilidade que os movimentos grevistas se dirijam a interesses estranhos aos estritamente contratuais, como seria o caso das greves de solidariedade e as greves políticas. Também assim está de acordo Amauri Mascaro Nascimento, com apoio em jurisprudência da Corte Constitucional italiana.

A greve política, conforme explica Ricardo Resende, seria aquela destinada a pressionar o governo a estimular a normatização de questões de interesse da classe trabalhadora; enquanto isso, a greve de solidariedade seria um mecanismo de apoio o pleito de outra categoria ou grupo a ela ligado no exercício da atividade laboral.

Para o Ministro Mauricio Godinho Delgado, a restrição dos doutrinadores quanto à possibilidade de deflagração das greves de solidariedade e as greves políticas não tem qualquer plausibilidade jurídica, porquanto a Constituição Federal, no *caput* do art. 9º, determinou expressamente que compete aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade do exercício do direito de greve, assim como a decisão sobre quais serão os interesses que deverão por meio desse instrumento defender.

Não obstante a opinião do Ministro Mauricio Godinho Delgado, o TST, em sede de Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 571212/99, da Relatoria do Ministro Convocado Márcio Ribeiro do Valle, DJ 15/09/2000, julgou que a greve de natureza política é abusiva, por entender que a greve deve estar jungida aos interesses vinculados diretamente ao contrato de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Quanto ao critério temporal, somente haverá greve se a sustação das atividades laborais for temporária, senão restará configurado abandono de emprego em massa.

Embora, conforme já dito acima, o período de greve seja tido, em geral, como período de suspensão do contrato de trabalho, é possível que se acorde o pagamento dos períodos não trabalhados com o empregador, caso em que tal período converter-se-á automaticamente em interrupção do contrato de trabalho.

Alerta, todavia, o Ministro Mauricio Godinho Delgado que, caso a greve esteja fundamentada no não cumprimento de cláusulas contratuais relevantes ou regras legais pela empresa, a exemplo da falta de pagamento de salários, horas extras, más condições ambientais, não entrega de EPI's, aplicar-se-ia a regra genérica civilista da exceção de contrato não cumprido. Deste modo, o período de duração da greve seria mera interrupção do contrato de trabalho, sendo devido o pagamento dos dias não trabalhados.

2.2. Figuras próximas

Existem outras modalidades de condutas coletivas que podem eventualmente estar associadas ao movimento paredista, a exemplo dos piquetes, da operação tartaruga e/ou excesso de zelo e da ocupação do estabelecimento. Nos termos do art. 6º, I, da Lei nº 7.783/89[5], caso exercidos dentro das limitações legais, representam um meio pacífico tendente a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve.

Os piquetes, na verdade, constituem a forma de protesto mais usual no exercício do direito de greve, ao chamar a atenção não apenas do empregador, mais convocando a comunidade para interagir e a anunciando a ela o direito postulado. Não podem, todavia, utilizar violência ou agressão física ou moral, constrangendo direito e garantias de outrem.

A operação tartaruga e/ou excesso de zelo também utilizada, por vezes, como mecanismo de reinvindicação imediata ou ameaça para futuro movimento paredista. Há quem entenda que a greve circunscreve-se apenas aos atos que implicam diretamente na paralisação da atividade laboral. O Ministro Mauricio Godinho Delgado, contudo, admite que não se

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

mostra cabível interpretação restritiva do direito de greve, considerando-se a riqueza da dinâmica social.

No que concerne ao método de ocupação do estabelecimento, urge explicitar que a antiga lei de greve (Lei nº 4.330/64) inadmitia a referida ocupação. Essa restrição, todavia, deixou de constar no atual diploma legislativo, razão pela qual os doutrinadores entendem que é, sim, possível a ocupação do estabelecimento ou *lock-in*. Advertem, contudo, que a ocupação do estabelecimento deverá ser feita com toda cautela, pois os riscos de se prejudicar o patrimônio da empresa e, assim, converter automaticamente o movimento paredista em abusivo é maior.

Além dessas três figuras retromencionadas, a doutrina menciona outras, a exemplo do boicote. Este, porém, representa uma conduta de convencimento da comunidade para que esta restrinja ou elimine a aquisição de produto de determinada empresa. Esta é uma forma de pressão social que pode ser desenvolvida por grupos próprios, independentemente da relação de trabalho.

Caso seja adotado o boicote no bojo de um movimento paredista, as suas repercussões não surtiram efeito no contrato de trabalho, mas terão repercussão socioeconômica para o empregador.

Ao lado dessas figuras lícitas de pressão da classe trabalhadora, existem condutas ilícitas, as quais não podem ser encetadas pelo movimento paredistas, sob pena de se lhe reconhecer a abusividade. E o movimento abusivo é um "não-greve" sujeitando o empregado à dispensa, por não se tratar de período de suspensão contratual.

Dentro dos exemplos de condutas ilícitas, tem-se a sabotagem. Esta é dirigida intencionalmente à depredação do patrimônio da empresa. Embora a Lei de Greve nada mencione quanto à vedação à sabotagem, esta proibição é presumida em razão de o ordenamento jurídico rejeitar o exercício abusivo de direito direitos, sujeitando os envolvidos à responsabilidade trabalhista, civil ou penal.

2.3. Limites ao direito de greve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Embora a greve seja um direito constitucionalmente assegurado à classe trabalhadora, existem limites que lhe são impostos a fim de se reconhecer a licitude do movimento paredista. Cabe aos empregadores decidir, em assembleia, quais serão os direitos postulados e, conforme ensinamento de Mauricio Godinho, não há limitação às greves de solidariedade e às greves políticas.

A principal limitação, contudo, diz respeito ao dever de lealdade e transparência nas negociações coletivas. Se a relação de emprego é, sobretudo, uma relação de fidúcia, mesmo em momentos de crise, quando se não consegue estabelecer diretrizes mínimas para um acordo entre os entes coletivos, deve permanecer esta confiança mútua.

Diante disso, exige-se que a greve não seja deflagrada no curso do cumprimento de acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, salvo se forem constatadas modificações substanciais a demandar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e, portanto, autorizando o movimento grevista.

As limitações também estão relacionadas aos serviços ou atividades essenciais, especificados no art. 10 da Lei 7.783/89[6]. Em tais atividades, há determinadas peculiaridades, as quais devem ser atendidas para que não se configura a abusividade do movimento paredista. De acordo com a Constituição, não está vedada a greve em serviços ou atividades essenciais. No entanto, devem ser atendidos outros requisitos, principalmente que dizem respeito ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Assim, por estar em jogo não apenas o interesse do empregador na continuidade dos serviços, mas as necessidades básicas da comunidade, exige-se novos condicionamentos. O primeiro deles é que os sindicatos, trabalhadores e empregadores devem se organizar para garantir que, durante a greve, seja viabilizada a prestação de serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, os quais estão relacionados às atividades que, caso não sejam atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, saúde ou segurança da população, conforme art. 11 da Lei nº 7.783/89[7].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Alerta o Ministro Mauricio Godinho Delgado que a jurisprudência tem invalidado movimentos grevistas que não garantem o atendimento às necessidades inadiáveis das comunidades, por se tratar de requisito legal à validade da greve. Nessa hipótese, também se exige que a greve seja comunicada aos empregadores e à comunidade no prazo de 72h antes de sua deflagração. Caso, todavia, não sejam atendidos os requisitos legais, o Poder Público deverá assumir a atividade, considerando-se o interesse público primário da atividade a ser prestada à sociedade.

Outra limitação ao exercício do direito de greve já foi explicitada neste trabalho. Trata-se da vedação à prática de abusos durante o movimento paredista, caso contrário serão responsabilizados pessoalmente os infratores pelos atos abusivos ou violentos praticados.

Nessa esteira, embora o direito de greve seja essencialmente um instrumento coletivo, deve-se respeitar o direito do trabalhador que decida não aderir ao movimento grevista e, portanto, decida continuar no exercício de suas atividades. Claro que as manifestações de persuasão e de convencimento dos demais trabalhadores são legítimas. No entanto, Ricardo Resende entende que o simples fato de impedir que o trabalhador que não tenha aderido à greve adentre aos recintos da empresa para exercer o seu trabalho constitui um ato de violência implícita, por implicar no constrangimento ao direito e garantia fundamental deste trabalhador, ainda que não se tenha empregado qualquer violência física.

> O ato de impedir o acesso ao trabalho, por si só, constitui violência (ainda que moral) e constrangimento, r por isso a lei expressamente o repele. O que é permitido ao movimento grevista é tentar convencer ou mesmo aliciar outros trabalhadores a aderir à greve, mas nunca impedi-los efetivamente de trabalhar. (RESENDE, Ricardo. 2011, p. 1031-1032)

3. A deflagração do movimento grevista

3.1. Requisitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A greve é, sobretudo, um meio colocado legalmente à disposição do empregado para conquistar ou reivindicar os seus direitos perante o empregador. Para ser válida, contudo, deve atender a determinados atos preparatórios, a fim de garantir a razoabilidade do movimento, o direito de greve e o direito de terceiros envolvidos. Os requisitos são, basicamente, a frustração da via negocial, o aviso-prévio, a deliberação em assembleia geral, a garantia da manutenção de atividades mínimas na empresa e a obediência aos limites impostos à greve em atividades essenciais.

Em primeiro lugar, o art. 3º da Lei 7.783/89 exige expressamente que a greve deve ser utilizada apenas quando restar frustrada a negociação ou quando for inviável a via arbitral. A lógica é a seguinte: se a greve tem o escopo de forçar uma negociação entre empregados e empregadores, ela só será válida se a via negocial estiver efetivamente fechada. Este entendimento, inclusive, está exposto na OJ nº 11 da SDC[8].

O segundo requisito diz respeito ao aviso-prévio. O movimento greve, considerando o dever de lealdade e transparência recíprocas, não pode surpreender o empregador com a paralisação das atividades empresariais. A lei, portanto, determina que os empregadores sejam pré-avisados, com antecedência de 48h, quanto à instauração do movimento paredista. Tal lapso temporal, em caso de greve em atividade essencial, deverá ser de 72h de antecedência, considerando-se a importância de tais atividades para toda a comunidade. Nesse último caso, o pré-aviso deverá ser dado aos empregadores e à própria comunidade atingida.

Pode-se dizer que, de um modo geral, este prazo de aviso-prévio serve como momento de reflexão para que o empregador avalie a possibilidade de chegar a um entendimento com a classe empregada, sem sofrer as drásticas consequências inerentes à greve.

O terceiro requisito a ser tratado é a necessidade de prévia deliberação em assembleia geral. Assim, para que seja lícito o movimento grevista, este deverá ser precedido por deliberação em assembleia geral, especialmente convocada para este fim. Afinal, a greve representa o interesse da classe trabalhadora, e não apenas da entidade sindical que a representa. O quórum de aprovação está definido no estatuto da entidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sindical, assim como as demais formalidades ínsitas à convocação. Neste espaço, os trabalhadores definirão os direitos a serem pleiteados e os demais mecanismos inerentes à paralisação coletiva.

Em quarto lugar, o art. 9º da Lei de Greve[9] exige que haja garantia da manutenção de atividades mínimas na empresa, pois, em determinados casos, a paralisação total das atividades empresariais poderá ocasionar prejuízos irreparáveis ao empregador, podendo até inviabilizar a continuidade do empreendimento. Caso, todavia, não se chegue a um acordo quanto à manutenção da atividade, autoriza-se que o empregador contrate trabalhadores temporário ou contratados por prazo determinado para exercer essas atividades de caráter emergencial.

Por último, embora os limites à greve em atividades essenciais já tenham sido explicitados, insta salientar que, em decorrência do interesse público inerente a tais atividades, é preciso assegurar a prestação de serviços mínimos à comunidade. Por se tratar de restrição ao direito de greve, trazendo maiores ônus à classe trabalhadora, a doutrina aduz que a lista de atividades essenciais constitui um rol taxativo. Sobre a matéria, a SDC editou a OJ nº 38[10].

3.2. Direitos e deveres dos grevistas

Para o exercício do movimento paredista, os grevistas poderão persuadir e aliciar os demais integrantes da classe trabalhadora, desde que não usem de violência ou agressão física ou moral contra eles, respeitando à liberdade individual de aderir ou não à greve.

Têm, portanto, os grevistas o direito à utilização de meios pacíficos de persuasão, de arrecadas fundos por meios lícitos, de divulgar livremente o movimento à comunidade e, por fim, por se tratar de período de suspensão do contrato de trabalho, os empregados grevistas estarão protegido contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Os deveres dos grevistas, por outro lado, estão intimamente relacionados com os direitos da classe empregadora e às limitações imposta pela ordem jurídica ao movimento paredistas, as quais já foram examinadas neste trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3.3. Competência judicial

Em algumas hipóteses, o exercício do direito de greve pode ensejar situações abusivas que reclamam a intervenção do Poder Judiciário. A competência, no caso, é da Justiça do Trabalho, em razão de a ação envolver diretamente o exercício do direito de greve, conforme art. 114, II, da CF/88.

O STF, por meio da Súmula Vinculante nº 23, inclusive, indicou que as ações possessórias decorrentes do exercício do direito de greve, ou seja, quando houver ameaça de invasão das propriedades da empresa pelos grevistas ou quando estas já tiverem se consumado, também está na seara da competência da Justiça do Trabalho.

Em razão da alteração promovida pela EC nº 45/04, o dissídio coletivo de trabalho apenas poderá ser instaurado pelo Ministério Público do Trabalho caso se trate de greve em atividade ou serviço essencial.

4. Greve no serviço público

Inicialmente, convém trazer à baila as considerações feitas pelo Ministro Mauricio Godinho Delgado:

> No campo das relações estritamente públicas, em que o Estado age com as qualidades e poderes distintivos de *imperium*, há uma tendência geral das ordens jurídicas, mesmo efetivamente democráticas, de não realizarem a pura e simples importação dos princípios e regras que regem o instituto paredista no âmbito da sociedade civil. (DELGADO, Mauricio Godinho. 2018, p. 1708)

A Constituição de 1988, de modo bastante inovador, contudo, assegurou, em seu art. 37, VII, aos servidores públicos civis o direito de greve e à livre associação sindical. Durante a década de 90, contudo, o STF entendia que se tratava de norma de eficácia limitada, dependente de legislação ulterior, uma vez que o direito apenas poderia ser exercido "nos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

termos e limites definidos em lei complementar". Este entendimento restou consagrado na ADIN nº 339/RJ e no MI nº 439/GO.

No entanto, o STF não está imune aos fatos sociais. Mesmo com estes julgamentos, foram deflagradas várias greves no setor público, sem que o Poder Legislativo, desde então, regulamentasse o exercício do direito de greve.

Em outubro de 2007, o STF decidiu, reviu seu entendimento anterior, ao afirmar que a norma insculpida no art. 37, VIII, tratar-se-ia de norma de eficácia contida. Assim, os servidores teriam direito à greve e este direito poderia ser exercido desde logo, apenas sofrendo restrições por futura lei a ser editada.

Para suprir o vácuo legislativo, o STF entendeu que seriam aplicáveis as limitações consignadas na Lei de Greve do setor privado, até que seja editada a lei específica de greve para o setor público.

Por fim, aos militares, considerando-se a exigência de hierarquia e o perigo social em razão do manejo de armamentos bélicos, ainda resta vedada a deflagração de greve, segundo a Constituição de 1988.

5. Locaute

5.1. Definição jurídica

Trata-se do fechamento provisório da fábrica ou do estabelecimento empresarial, determinado pelo empregador, com o objetivo de frustrar o movimento grevista.

Esta figura está proibida pela própria CLT, por implicar em ampliação do desequilíbrio dos entes coletivos e frustrar o direito de greve dos trabalhadores.

5.2. Efeitos jurídicos

Existem duas ordens de efeitos jurídicos caso seja deflagrada pelo empregador a greve.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Em primeiro lugar, o tempo de paralisação das atividades será considerado, para todos os efeitos, como interrupção contratual, sendo devidos os salários do período.

Em segundo lugar, por ter desrespeitado a lei e um direito fundamental do empregado (direito de greve), o empregador terá cometido falta grave, a ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho.

6. Conclusão

Por todo o exposto até então, não resta dúvida de que o direito de greve é fundamental aos trabalhadores como mecanismos de pressionar o empregador por novas condições de trabalho e para o cumprimento de acordos, negociações coletivas ou sentenças normativas.

Este instrumento, embora lícito, deverá obedecer a determinados limites, sob pena de se reconhecer a sua abusividade e retirar-lhe a legitimidade. Como visto, em razão da exigência do comum acordo com a instauração de dissídio coletivo, a greve tornou-se um instrumento necessário à reinvindicações obreiras.

Quanto ao serviço público, tornou-se cada vez mais comum o exercício do direito de greve, agora amparado por brilhante decisão do STF, a reconhecer a importância do direito fundamental dos servidores públicos e a inércia do Poder Legislativo em cumprir o mandamento constitucional.

7. Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

DEGALDO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho esquematizado.** São Paulo: Método, 2011.

---

[1] § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

[2] Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

[3] Art. 15 A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.

Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.

[4] A simples adesão à greve não constitui falta grave.

[5] Art. 6º São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

[6] Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.

[7] Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

[8] É abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentado, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto.

[9] Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

[10] É abusiva a greve que se realiza em setores que a lei define como sendo essenciais à comunidade, se não é assegurado o atendimento básico das necessidades inadiáveis dos usuários do serviço, na forma prevista na Lei nº 7.783/89.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

INFANTICÍDIO INDÍGENA: LIMITE ENTRE DIREITOS HUMANOS E A CULTURA INDÍGENA

THIAGO COTES DE OLIVEIRA REBESCHINI: Bacharelando curso de Direito na Universidade Brasil - UNIBRASIL Campus de Fernandópolis-SP.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA[1]

RESUMO: O infanticídio indígena está na cultura de algumas tribos. Tal instituto consiste no assassinato de crianças, por causa de crenças culturais. No presente trabalho, será feita uma análise sobre esse fenômeno, buscando entender as causas e motivações para que esses povos tenham tais práticas. Outra questão relevante que será abordada é sobre o Direito a vida e o relativismo cultural, se aprofundando na incongruência e dilema que há, pois por um lado deve ser respeitada a cultura alheia, mas por outro o Estado tem o dever de dar proteção às crianças, pois, apesar da Constituição Federal amparar e garantir aos índios a proteção de seus costumes e tradições, a constituição também garante o direito à vida, e o presente trabalho tem por objeto descobrir qual ordem deve prevalecer, além de outras questões problemáticas dessa temática.

Palavras-chave: infanticídio indígena; direitos humanos; relativismo cultural.

ABSTRACT: *Indigenous infanticide is in the culture of some tribes. Such an institute consists in the murder of children, because of cultural beliefs. In the present work, an analysis will be made on this phenomenon, seeking to understand the causes and motivations for these peoples to have such practices. Another relevant issue that will be addressed is the right to life and cultural relativism, going deeper into the incongruity and dilemma that exists, because on the one hand must respect the culture of others, but on the other, the State has a duty to provide protection to children , because although the Federal Constitution guarantees the Indians the protection of their customs and traditions, the constitution also guarantees the right to*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

life, and the present work aims to discover which order should prevail, as well as other problematic issues of this theme.

***Keywords**: indigenous infanticide; human rights; cultural relativism.*

1. INTRODUÇÃO

Os indígenas brasileiros são grupos sociais independentes e autônomos, que têm as suas próprias leis e regras internas, com práticas e costumes próprios e sabe-que que cada povo tem uma visão do mundo. Cada um destes grupos possui um conceito diferente sobre a vida, a religião, a morte do ser humano. Ocorre que muitas vezes essa visão pode opor-se fortemente ao que conhecemos como os direitos humanos.

O infanticídio indígena consiste no assassinado de crianças índias, em razão de alguma crença cultural do seu povo. Essa temática abordada está caracterizada principalmente pelo embate entre dois direitos essencialmente fundamentais: o direito à vida de um lado, e do outro o direito à liberdade de expressão e diversidade cultural.

Este conflito geradores de valores nos leva a pensar até que ponto se deve preservar determinadas culturas, que legitimam práticas que se contrapõem aos direitos mais básicos e à própria dignidade da pessoa humana.

2. METODOLOGIA

A princípio será analisada a história da cultura indígena, originada na colonização até a aquisição de direitos que atribuem cidadania para o povo indígena. Será analisado os aspectos dos atuais povos indígenas brasileiros passando por uma investigação da síntese antropológica geral, sobre a perspectiva relativista, onde se conquista uma tolerância e respeito em relação aos costumes, crenças e traços culturais diferentes dos nossos, e a perspectiva universalista ética, que defende que o homem, por mais distinto que seja suas crenças e costumes, detêm características inerentes.

Será abordado também o relativismo cultural e universalismo ético, e sobre como o "infanticídio indígena" tem despertado diversas opiniões nas pessoas: para alguns, este exercício fere diretamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e um povo que age dessa forma tem que sofrer com a intervenção estatal, cabendo ao Estado tomar alguma postura diante de tal prática. Enquanto isso, há muitos que entendem que faz parte da cultura

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

e das crenças desses povos, e que deve prevalecer o respeito a diversidade cultural e a autonomia desses povos, sendo respeitadas as suas crenças e costumes.

O cerne deste trabalho é a discussão sobre as duas principais posições que há sobre o infanticídio indígena: a liberdade cultural e a proteção dos direitos humanos. Por meio de dialética entre as principais teorias e doutrinadores que defendem cada uma dessas duas posições.

3. RESULTADOS DE PESQUISA

Os povos indígenas do Brasil possuem uma diversidade numérica absurda e habitam/habitaram o país desde antes da chegada dos europeus no continente, antes de ano de 1500. Muitas tribos foram dizimadas com a chegada dos colonizadores e com o passar dos tempos. Mais da metade da população indígena está localizado nas regiões Norte e Centro Oeste do Brasil, principalmente na área da Amazônia Legal, mas há índios vivendo, em maiores e menores quantidades, em todas regiões brasileiras.

Para início do presente trabalho, deve-se entender brevemente sobre o que é cultura, para melhor compreensão do assunto discutido, pois será visto que o Infanticídio indígena não pode ser analisado fora de contexto, pois se não aparentará apenas ser um crime bárbaro; para a sua compreensão deve ser entendida toda a cultura dos povos e todas as suas crenças, que os levam à tais hábitos.

Laraia declara que "culturas são sistemas de padrões de comportamento que servem para adaptar as comunidades humanas aos seus embasamentos biológicos. " (LARAIA, 1986. p. 59). A cultura compreende a arte, as leis, as crenças, os costumes adquiridos pelo ser humano, é aquilo que ele traz consigo e que adquiriu no seu convívio em sociedade.

O infanticídio ainda é praticado por algumas tribos brasileiras, levando à morte não apenas gêmeos (pois um seria a parte boa e o outro a parte má), também filhos de mães solteiras, crianças com problema mental ou físico (pois indígenas têm crença de que se trata de uma manifestação do mal qualquer tipo de demência ou distorção), ou doença não identificada pela tribo. Há quem argumente que o infanticídio é parte da cultura indígena.

Para nós, que fazemos parte de outra cultura, ler que crianças gêmeas são assassinadas pelo simples fato de serem gêmeas, parece

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

altamente bárbaro e despropositado tal prática, gerando certo horror. Mas há de se entender que faz parte da cultura desses povos e está enraizado no cerne de suas crenças, e que tais práticas derivam de anos e anos, gerações e gerações.

RELATIVISMO E UNIVERSALISMO CULTURAL

Nessa ceara entra o relativismo cultural e ético, onde tais conceitos baseiam-se no estudo que existe uma ampla diversidade cultural e cada cultura deve ser protegida e respeitada, pois cada um tem sua coerência interna. Desta forma criamos, um mecanismo metodológico que visa a realização de pesquisas que ampara a percepção dos antropólogos, de que os traços culturais possuem um significado para a sociedade. Assim, essa teoria não permite que um indivíduo proponha mudanças em seu ambiente cultural, pois a cultura é imutável. O elemento cultural seria relevante e absoluto, o costume como algo natural e a pratica como algo justificável. Ou seja, a análise de uma cultura, ao constatar a diferença, não se pode fazer hierarquização em superiores e inferiores ou em bem ou mal, mas reconhecer a vasta riqueza que existe nas diferenças.

De acordo com Lidório:

> O relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades culturais visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura pesa a si mesma e julga a si mesma. (2008, p. 02)

A troca de experiências culturais em sociedades diferentes é comum e importante para que os membros pensem no modo de sua organização social, nos seus preconceitos, para que posso viver em harmonia, e este contato intelectual está relacionado ao relativismo ético.

Em entrevista realizada pelo Fantástico, em 2014, foi exposta à população essas práticas adotadas pelas tribos, no Brasil, e gerou grande comoção da população, justamente por ser algo extremamente estranho à nossa cultura:

> O filho de uma mulher ianomâmi vai fazer parte da próxima estatística de crianças mortas logo após o nascimento. Há duas semanas, ela começou a sentir as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> dores do parto, entrou na floresta sozinha e horas depois saiu de lá sem a barriga de grávida e sem a criança.
>
> Os agentes de saúde que trabalham lá disseram, sem gravar, que naquela noite aconteceu mais um homicídio infantil, o infanticídio.
>
> O infanticídio indígena é um ato sem testemunha. As mulheres vão sozinhas para a floresta. Lá, depois do parto, examinam a criança. Se ela tiver alguma deficiência, a mãe volta sozinha para a aldeia.
>
> A prática acontece em pelos menos 13 etnias indígenas do Brasil, principalmente nas tribos isoladas, como os suruwahas, ianomâmis e kamaiurás. Cada etnia tem uma crença que leva a mãe a matar o bebê recém-nascido. (Tradição indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física, 2014)

A questão do Infanticídio Indígena chocou, e em repercussão a isso foi criado o Projeto de Lei da Câmara n° 119, de 2015, que tem o intuito de alterar o Estatuto do Índio, a fim de tentar coibir os índices de infanticídio nas tribos, não proibindo tal prática, mas tentando impedi-la por outros meios, como por exemplo, programas indigenistas que protejam as crianças recém nascidas ou adolescentes rejeitados por suas famílias, a retirada de grávidas que possam estar em risco (desde que ela concorde), além de poder retirar as crianças que estão em aparente perigo, da tribo, e retorná-la somente quando o risco cessar.

É interessante observar que o projeta não visa proibir diretamente que os pais matem seus filhos, mas busca encontrar métodos de fazer com que tais mortes não ocorram. Nesse assunto, é interessante analisar a questão de maneira objetiva, de maneira antropológica, visando entender a cultura indígena.

Nessa ceara, que o relativismo cultural é necessário e essencial. O relativismo cultural requer que a cultura seja analisada por si só, sem comparações com outras culturas, que a cultura seja entendida e analisada sem parcialidades. Para o relativismo cultural onde cada comunidade cria as suas próprias regras a serem seguidas, de acordo com suas culturas e valores, sendo que cada uma delas determina o bem e o mal, o certo e o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

errado. Obviamente que surgiram inúmeras críticas à teoria relativista, de modo que essa radicalização cultural impede um diálogo entre culturas.

Existe a teoria do universalismo cultural, que entende que apesar das diferenças culturais, todos os seres humanos têm valores universais, que se aplicam a todos, independentemente de sua crença, cor, sexo. A intenção é proteger cada indivíduo, independentemente da sua cultura. Apesar das diferentes culturas de cada pessoa cada povo, há o respeito à dignidade da pessoa humana, que é valor supremo entre os seres humanos, e deve ser inerente a cada pessoa, independentemente de seus costumes.

Partindo-se dessa ideia, foi que, após a Segunda Guerra Mundial e todas as atrocidades que foram cometidas, foi iniciada a criação dos documentos internacionais que têm a função de proteger os todos os indivíduos. O primeiro documento com esse teor foi criado pela ONU, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo que todos os seres humanos eram titulares de direitos, considerados inalienáveis. Logo após foi elaborada a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, que reafirmava que "Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase" (Declaração dos Direitos Humanos, 1948).

Entre esses Direitos Humanos há aqueles que se entende que são inalienáveis e, nem mesmo que a pessoa queira, ela pode abrir mão deles, por serem inerentes ao ser humano. Ocorre que essas cartas de direitos que são supostamente inerentes foram criadas a partir da visão da cultura ocidental, e muitas das coisas que essas cartas defendem, não estão de acordo com algumas culturas do mundo. Isso quer dizer que é quase impossível querer impor valores à culturas completamente distintas das ocidentais, é o chamado egocentrismo cultural, onde um indivíduo de uma cultura crê que a sua cultura seja melhor ou mais adequada que a do outro.

Pode ser observado que há uma dicotomia entre as duas ideias expostas acima: o relativismo cultural e o universalismo cultural. Ambas buscam formas e argumentos para se sobressair sobre a outra. Uma possível solução, que poderia ser como um meio termo para as teorias é o diálogo cultural, onde, há literalmente um diálogo entre os indivíduos de culturas diferentes, um estudando e entendendo mais sore a cultura do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

outro, pois há no mundo miscigenado um multiculturalismo amplíssimo, é necessário entender a cultura do outro, a acima de tudo, respeitar.

Portanto, respeitar a cultura do outro se faz necessário, mas na temática do presente artigo surge um problema muito maior, que é o Direito a Vida, é o direito mais importante que a Carta Magna garante, além do todos os tratados internacionais que o Brasil é signatário, tratados esse que garantem a todos o Direito à Vida. De um lado está o direito à preservação de da cultura dos indígenas e do outro lado, o Direito à vida, ambos garantidos pela Constituição Federal.

CRIME DE INFANTICÍDIO

O infanticídio está criminalizado no artigo 123 do Código Penal, veja-se *in verbis*: "Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos. "

Estado puerperal é o momento pós-parto, onde a mãe encontra-se com o psicológico abalado, há muitas transformações físicas e psicológicas, tornado a mãe mais sensível e propensa à depressão. Nesse período a mãe pode chegar a nem entender as suas atitudes, por estar transtornada, em razão disso o estado puerperal é considerado como uma semi-imputabilidade.

Vale ressaltar que é um crime próprio, ou seja, somente a mãe pode praticar, e a vítima é o filho. Esse homicídio deve ser cometido depois que a criança nasceu, pois, se praticado antes, configura aborto.

Apesar da semelhança dos nomes, há uma diferença muito grande entre os motivos do infanticídio e do infanticídio indígena, pois enquanto aquele tem como motivo principal a instabilidade emocional da mãe, este tem as mais diversas motivações e não necessita que tenha haver com o estado pós-parto da mãe. Ademais, o infanticídio indígena não necessariamente é cometido pela mãe, pode haver a participação de outros membros da tribo, sendo que por vezes a mãe pode nem sequer participar.

No geral, os motivos das tribos para os homicídios são decorrentes do fato dos bebês serem frutos de relações extraconjugais ou incestuosas, ou até mesmo por serem filhos de mães solteiras, ou pelo simples fator da criança apresentar sinais de ser portadoras de deformações físicas, retardamentos psicoativos e outras deficiências e, também, diante do fruto da gestação for provimento do nascimento de gêmeos (as).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DIREITO A DIVERSIDADE CULTURAL

Sobre o direito à diversidade cultural, expõe Paulo Bonavides:

> O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos. (1999. P, 488)

Em âmbito internacional, os Direitos Culturais estão previstos em vários documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, no qual previa a obrigação dos Estados protegerem a diversidade cultural e garantirem o seu pleno exercício. Em 2001, foi criada a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. No Brasil, a CF de 1988 foi a primeira a prever direitos culturais, há também alei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 que dispõe o estatuto do índio e, por fim, entendimentos que o Supremo Tribunal Federal dá sobre as práticas culturais dos índios.

Considerando que a Infanticídio Indígena faz parte da cultura de muitos povos no Brasil, deve ser analisado se há possibilidade de haver penalidades pela sua prática. A princípio, o infanticídio não era considerado como crime, conforme expõe Vicente de Paula Rodrigues Maggio:

> Verifica-se que entre os povos primitivos da humanidade, a morte dos filhos e das crianças não constituía crime, nem atentava contra a moral ou os costumes, pois, as mais antigas legislações penais conhecidas, não fazem qualquer referência a esse tipo de crime, concluindo ser, então, permitida a conduta hoje delituosa. (2004. P, 40)

O infanticídio somente é punível quando é praticado com dolo, ou seja, é necessário que haja a vontade de matar, pois não existe a ocorrência desse crime na modalidade culposa. Damásio de Jesus entende que se a mão matar seu próprio filho, sob o estado pós-parto agindo culposamente, ela não responderá nem por infanticídio, tampouco por homicídio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Entretanto, entende também que, se a mãe matar a criança sem estar sob efeito do estado puerperal, e agindo culposamente, haverá homicídio culposo, descrito no artigo 121, §3º, do Código Penal.

É um meio nebuloso para alguns qual é a condição do índio, a sua capacidade civil e penal. Da leitura do artigo 12 da Constituição Federal, extrai-se que o índio é considerado brasileiro nato, no que se refere a sua nacionalidade. Entretanto, a regulamentação da forma de exercer os direitos civis e políticos está na Lei 6001/73, em seu artigo 5º.

É sabido que a personalidade civil é adquirida no nascimento com vida, de acordo com as nossas leis. A partir desse momento do nascimento com vida, todas as pessoas passam automaticamente a serem capazes, detentores de direitos e deveres na vida civil. Quanto a isso, o Código Civil não distinções entre índios e "homens brancos", logo, entende-se que ambos tendo nascido com vida já são detentores de personalidade e capacidade.

Tendo em vista que não há lei especial que disponha sobre a questão da capacidade civil do índio após o Novo Código Civil, e com baseamento no princípio "Lex Posterior generalis non derogat priori speciali", entende-se que o Estatuto do Índio está apto a disciplinar tal matéria.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos editada pela ONU em 1948, determina no seu artigo primeiro que: "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos", declara ainda, em seu artigo terceiro, que: "toda pessoa tem direito a vida, a liberdade e segurança pessoal". Veja que a posição da ONU com relação à universalidade dos direitos humanos é clara, deixando indubitável que estes direitos são para todos sem qualquer distinção. No Brasil, nesse caso do infanticídio indígena, o Estado está adotando uma posição de não intervenção, permitindo que, algo que aparentemente viola os direitos humanos permaneça acontecendo sem nenhum tipo de represálias. Antropólogos justificam com esse ocorrido, com a noção do relativismo jurídico a posição de que os direitos humanos para o relativismo cultural, seriam relativos e não universais.

O Supremo Tribunal Federal ao se manifestar sobre os limites da expressão cultural, nas ações que questionavam o Festival da Farra do Boi e a Lei que autorizava a Briga de Galo, reconheceu que o direito às práticas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

culturais não é absoluto, pois limites devem ser impostos. Nos casos em análise, o STF esclareceu que os animais não poderiam ser machucados, torturados e expostos a situações enervantes, pelo simples argumento de expressão cultural.

A Constituição Federal, no art. 231, dispõe sobre os direitos reconhecidos aos índios, destacam-se os costumes e as tradições*, in verbis*:

> CAPÍTULO VIII
> DOS ÍNDIOS
> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

De outro lado, a Constituição Federal, em seu artigo 1°, inc. III, institui como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e, logo no art. 5º, caput, garante aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade de direito à vida, à liberdade e à igualdade. A Carta Magna, ao estabelecer esses direitos humanos fundamentais, não estabeleceu exceção em sua aplicação, ou seja, deixa-se de aplicá-los em alguma situação.

Não se pode desprezar os costumes e tradições das tribos indígenas, que se organizam conforme os ensinamentos que lhe foram passados de gerações em gerações; merecem também proteção dos órgãos públicos. Nessas questões culturais, quando envolve infanticídio, muitos índios já não aceitam mais a prática de tal ato por considerarem um sofrimento, tanto para a criança quanto para a família.

O Estatuto do Índio de 1973 traz em si a questão do regime tutelar em relação aos indígenas, que envolve a tutela incapacidade e a tutela proteção. Com o advento da Constituição/88, fica controvertido o entendimento quanto à recepção dos dois aspectos do regime tutelar.

Barreto afirma que:

> [...] a CF/88 que reconhece o índio como diferente, sem que essa diferença possa ser confundida com incapacidade e que reconhece a capacidade do índio para ingressar em juízo na defesa

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> de seus direitos sem depender da intermediação – alterou substancialmente a natureza do regime tutelar indígena: primeiro, esse regime passou a ter natureza exclusivamente protetiva; segundo, passou a ter estatura constitucional. Portanto, esta proteção constitucional está protegida de ataques pela via do processo legislativo ordinário. (2009, p. 43)
>
> [...] que seria o cúmulo da contradição invocar a tutela indígena como base de entendimentos que coloquem em risco, ou não protejam, o direito mais importante de qualquer ser humano: o direito à vida. A CF/88, numa proposta de interação, reconheceu aos indígenas direitos e também impôs à União o dever-poder de "proteger e fazer respeitar" esses direitos. (2009, p.43)

Vale considerar também o posicionamento de Robert Aléxy:

> Para que princípios, juntamente com as regras, são espécies do gênero norma, e possuem o caráter de mandato de otimização, em que toda realização deve ser na maior medida possível, sugerindo a ideia de avaliação das possibilidades jurídicas e
>
> reais existentes. (2002, p. 82/87)
>
> [...] O conflito entre regras pode ser solucionado, segundo o ordenamento normativo do direito, de duas maneiras: ou através de uma cláusula de exceção que uma das regras teria, o que eliminaria o conflito ao estabelecer uma solução específica para o caso, ou então, uma delas estaria a lesar o ordenamento jurídico o que a tornaria inválida, e, portanto, deveria tal regra ser expelida do mesmo ordenamento". (Aléxy, 2002, p. 87/89).

Conforme pode ser visto, Alexy dá duas possíveis soluções para o caso de conflito entre regras: expelir ela do ordenamento ou criar uma clausula de exceção. No presente caso deve ser criada a cláusula de exceção, pois os povos indígenas estão no continente a muito tempo, foram os verdadeiros descobridores, conforme dito alhures e assim como

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

outras nações, eles possuem suas próprias crenças, dogmas e regras, e isso deve ser respeitado.

4. CONCLUSÃO

Destarte, restou claro a existência da colisão entre os Direitos Fundamentais do homem e o direito a preservação cultural, neste caso representado pela prática do infanticídio indígena no Brasil. Há colisão entre o direito à prática cultural dos índios, costumes, tradições e o direito à vida do ser humano, ambos estabelecidos e determinados na Carta Magna.

Apesar de muitos doutrinadores e estudiosos verem tal prática como verdadeiro atentado à dignidade humana e muitos outros institutos norteadores dos nossos princípios, deve restar na mente de quem analisa o Direito à Preservação Cultural, o multiculturalismo e a relativização cultural. Veja-se que é egocentrismo cultural julgar a cultura alheia sob o olhar da nossa, vendo apenas a cultura do nosso ponto de vista. Deve se ter em mente que os povos indígenas, assim como outras nações têm a sua soberania, e não podem ser subjugados ou obrigados a acatar regras que são contrárias as suas crenças.

Logo, o diálogo cultural se faz necessário nesses casos, para que seja analisada a situação como um todo. O projeto de lei nº 119/2015 tem boas ideias, pois não proibi o infanticídio, mas tenta criar mecanismos que ajudam a evitar que ocorram mais mortes. Assim, conclui-se que há necessidade de elaboração de uma lei que melhor atenda aos interesses dos índios, tendo sempre em mente o respeito ao próximo e se distanciando o egocentrismo cultural, sendo que a cultura deve ser analisada como um todo e mantida, uma vez que a cultura de um ser humano é uma parte inerente de si mesmo e constitui grande parte de seus valores, algo de tão suma importância não pode ser afrontado e arrancado deles. Para eles que creem no que fazem seria extremamente violentador obriga-los conviver com a proibição. Por fim, a solução é a criação de projetos educacionais, para explicar as doenças, os motivos porque elas ocorrem, e as causas de outros males que espantam as tribos, mas jamais força-los a aceitar as ideias da cultura ocidental.

REFERÊNCIAS

A CAPACIDADE CIVIL E A CULPABILIDADE PENAL DOS INDÍGENAS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/86674.Acesso em: 26 abr. 2016.

ALÉXY, Robert. **Teoria de losDerechosFundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais**. 1ª ed., (ano 2003), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009

BARRETOS, Maíra de Paula. **Universalidade Dos Direitos Humanos E Da Personalidade Versus Relativismo Cultural**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_maira_de_paula _barreto.pdf, 2006. Acesso em 07 de Abril de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 488.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: zahar, 1986.

LIDÓRIO, Ronaldo. **Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil**. In: SOUZA, Isaac Costa de; LIDÓRIO, Ronaldo (Org.). A questão indígena, uma luta desigual: missões, manipulação e sacerdócio acadêmico. Viçosa, MG: Ultimato, 2008

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004. p. 40

MOURA, Márzio Ricardo Gonçalves de. **Uma análise atual da situação da capacidade civil e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileiros**. Revista CEJ: v. 13, n. 45, p. 71.

PEDROSA, Tamires Natalia Brumer. **O infanticídio indígena: o conflito entre os direitos humanos e o respeito à diversidade cultural.** Acesso em < https://jus.com.br/artigos/60830/o-infanticidio-indigena-o-conflito-entre-os-direitos-humanos-e-o-respeito-a-diversidade-cultural> Disponível em: 19 de mai. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

TRADIÇÃO INDÍGENA FAZ PAIS TIRAREM A VIDA DE CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA. Acesso em http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html> Disponível em: 20 de mai. 2018.

CABETTE FÁBIO, ANDRÉ. **Porque o projeto de lei contra o infanticídio indígena é questionado.** Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/02/03/Por-que-o-projeto-de-lei-contra-o-infantic%C3%ADdio-ind%C3%ADgena-%C3%A9-questionado>. Acesso em: 15 de mai. de 2018.

[1] Advogado, Professor Mestre da Universidade Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CONTRATO DE NAMORO: DIRETRIZES DE CONSTITUIÇÃO E SUAS RESPECTIVAS DIFERENÇAS

GUSTAVO HENRIQUE ESTEVÃO: Bacharelando do curso de Direito da Universidade Brasil da cidade de Fernandópolis/SP

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(Orientador)

RESUMO: Esse artigo cientifico esta fundado em temas precisamente direcionados a matéria de Direito Processual Civil e de Família, conduzindo o leitor a um tema retrógrado e de muita frequência em seu cotidiano. Refere-se à maneira de como se dá à oficialização de um casal perante a justiça diante de seus relacionamentos conjugais. Com o avançar dos anos e por uma questão de comodidade, o casamento vem se tonando algo arcaico, sendo uma opção entre os indivíduos, apenas conviver por anos ou até mesmo residir em um lar sem maiores formalidades, criando-se o instituto da União Estável, porém diante do ocorrido criou-se uma complexidade de diferenciar o que seria um relacionamento duradouro com a intenção de constituir uma família ou apenas um convívio para conhecer o parceiro e talvez em um futuro ter algo sisudo. Diante deste impasse foram feitas pesquisas da presente metodologia, embasada em levantamento bibliográfico de ordem teórica e pesquisa jurisprudencial ao tema abordado.

Palavras Chave: União Estável, Contrato de namoro, Conflito, Segurança Patrimonial.

ABSTRACT: This scientific article is based on themes precisely directed to the matter of Processual Civil Right, leading the reader to a retrograde theme and very frequente in his daily life. It refers to the Way how occurs the act of oficialize a couple before justice concerning their conjugal relationship. With the years and by a questiono f comfort the marriage becomes something old-fashioned, being na option between individuals: only live together for years or even get a home without formalities, rising the institute of Stable Union, however before the occurence it has been

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

created a complexity to distinguish what would be a lasting relationship with a purpose of forming a Family or just live together to get to know the partner better and perhaps in a future it becomes na in during relationship. Before this impasse, it has been made researches of the presente methodology based on bibliographical analysis in a theoretical order and jurisprudencial research to the embraced theme.

Key-Words: Stable Union, Conflict, Courtship Contract, Patrimony Security.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. UNIÃO ESTÁVEL. 2.1 CONCEITO. 2.2 REQUISITOS. 2.3 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. 2.4 JURISPRUDÊNCIA. 3. CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL VS. CONTRATO DE NAMORO. 3.1 CONCEITO DE CONTRATO DE NAMORO. 3.2 REQUISITOS. 3.3 PRINCIPAIS DIFERENÇAS. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

---

1. INTRODUÇÃO

Em tempos atuais, a sociedade vem sofrendo constantes transformações, abrangendo a forma das pessoas se relacionarem umas com as outras afetivamente e o meio de como tornar este relacionamento formalizado. Desta forma, o direito tem se adequado aos novos padrões sociais e tem sido usado como uma ferramenta para trazer a pacificação entre as relações interpessoais.

A união estável é uma das novas formas de se relacionar, a qual se equipara a um casamento, basta a convivência entre dois cidadãos ser duradoura e com o objetivo de ser uma constituição familiar. O novo código civil não menciona o prazo mínimo de duração da convivência para que se atribua esta condição.

Em razão disto, houveram grandes imprecisões de como determinar que um namoro ficasse apenas em um vínculo restrito e não configurasse como uma união estável, surgindo, desta forma, o contrato de namoro, que nada mais é do que uma simples declaração de vontade feita por ambos os envolvidos, afirmando, por meio de um documento público,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que estão tendo um relacionamento amoroso sem a intenção de constituir família.

Portanto, este artigo caminha de uma forma aprofundada sobre o tema, com o fim de conduzir a um conhecimento pleno e esclarecer eventuais dúvidas a respeito do assunto.

2. UNIÃO ESTÁVEL

2.1 CONCEITO

A legislação brasileira não traz o conceito de união estável e, por este motivo, ficou sob a responsabilidade das doutrinas e jurisprudências vigentes *conceituá-la. Diante disto, para Álvaro Villaça de Azevedo, a união estável é:*

"A convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato."

M casal que estivesse em um convívio sem estar em conformidade com o que a lei considera por casamento era tido como uma relação de 'concubinato', norma que foi legalmente excluída em razão da constituição federal de 1988 que amplifica a circunstância de entidade familiar. A união estável sempre esteve de fato corrente na vida prática, social e mundial, justamente por seu jeito informal e pela ausência da apartação e dispêndio de uma norma trazida pela constituição; e em virtude disto, em condições bastante vantajosas para o seu avanço como forma de constituir família.

A antiga união soviética, a partir da revolução bolchevista, aceitou a união e a separação efetivamente, sendo isentos completamente de uma regra formal e com os mesmos resultados jurídicos que haveriam se decorressem de feitos jurídicos que corriqueiramente eram celebrados. Baseado neste mesmo instituto, deu-se, então, a base para o surgimento da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

união estável, que procede exatamente deste descompromisso, tanto conjugal quanto em relação à praticidade diante de uma legislação.

Diante das leis brasileiras, a união estável mereceu o status de entidade familiar, podendo o casal substituir, seja qual for o tempo, em casamento.

> Constituição federal, artigo. 226, § 3º e código civil, artigo. 1.726
>
> "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."

2.2 REQUISITOS

Ante ao exposto, compete ao julgador, quando suscitado, propiciar a incumbência da refinação dos vínculos entre as relações para a averiguação evidente, através de uma declaração judicial dos resultados exclusivamente pessoais e materiais, de uma admissão sobre entidade familiar estável; mas, somente, se a intenção de constituir família for verificada e provada processualmente, e presentes os demais pressupostos elencados no artigo 1.723 do código civil:

> "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

Ou seja, deverá haver, primeiramente, uma visão explícita do grupo social do qual o casal integra, e que disporá um conhecimento em relação a tal união; uma vez que este casal se apresenta como companheiros um do outro perante a coletividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A convivência também deve ser contínua, de forma a conceder solidez à relação. Vale destacar que relações instáveis, que são inconstantes e passageiras, não configuram união estável.

Necessita-se, igualmente, de que a coabitação seja duradoura. Encontram-se alguns desacertos quando se declara que é imprescindível que a relação tenha, ao menos, cinco anos de comunhão para definir a união estável (este prazo estava presente na lei 8.971/94. Artigo 1º, entretanto, esta lei foi revogada).

Atualmente, não se encontra mais uma meta a ser atingida em relação ao tempo para caracterização da união estável. Esta deve ser duradoura, na percepção de que não deve ser rápida, porém não existe uma medida exata de tempo a ser cumprido entre os conviventes.

Por fim, o casal deverá possuir vontade de constituir uma família, requisito este que se torna subjetivo. a vontade de formar família se enfatiza por inúmeras atitudes exteriorizando esta intenção: a iniciar pela forma como o casal desponta perante a sociedade, discernindo um ao outro diante de terceiros como se casados fossem; sendo indicativa adicional e enfática a manutenção de uma habitação comum e os indícios públicos que veemente existe uma provada rotina familiar que não pode se embasar apenas em imagens, retratos e fotos ou em encontros familiares e datas importantes; mas deverá ser posta pela regularidade conjunta em eventos familiares e sociais, filhos em comum, cartões de créditos compartilhados, previdência, bem como usufruidor de planos de saúde, sendo de grande valia também ter como demonstrar contas bancárias conjuntas.

Uma possível existência de filho em comum, por si só, não exprime admissão automática de constituir família, pois a sucessão pode ter advindo por um desmazelo entre as partes ou por vontade de apenas um dos dois.

Impedimentos absolutos do artigo 1.521 do código civil que versa:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Não podem casar:

i - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

ii - os afins em linha reta;

iii - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

iv - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

v - o adotado com o filho do adotante;

vi - as pessoas casadas;

vii - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Á vista disso, não pode viver em união estável quem igualmente não pode legalmente casar.

2.3 UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO

O casamento surge a partir da cerimônia nupcial; calha-se, assim, a conceber resultados desde então, e unicamente se encerra com a anulação, divórcio ou morte. Já a união estável se constitui com o tempo, sustando-se com o óbito de uma das pessoas, afastamento ou interrupção da coabitação entre os viventes.

A união estável pode ser avaliada como norma congênere ao casamento, pois da mesma forma é validada pela constituição e declarada como entidade familiar caso haja um contrato de convivência ou outra forma confiável de provar o ajuste da divisão dos bens.

Deste modo, e por todos os meios garantidos no casamento como fidelidade, respeito e apoio, a doutrina e a jurisprudência têm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

percorrido o caminho com a intenção de emparelhar o compromisso da tutela e a subsistência dos filhos como é assegurado no casamento.

Há um procedimento próprio quanto à essência do trato feito diante do casamento que é considerado um ato solene, compromisso este reconhecido diante da sociedade e das normas jurídicas. Já a união estável é um acerto conciso entre os parceiros sem muitas formalidades.

Assim sendo, o casamento é fundado em um querer autônomo dos nubentes que se assumem perante a lei e pelas disposições que a mesma traz; por uma vontade de constituir uma união duradoura, com a intenção de se firmar uma família. Porém na união estável não há necessariamente um ato formal e solene para reputar a relação tida como união estável: a lei apenas pauta algumas condições e, preenchidos esses pressupostos, haverá a união estável ou suas consequências.

No casamento, os cônjuges têm a opção de escolher o regime de bens que regerá durante o tempo em que ficarem juntos. Já na união estável, não havendo uma escolha do regime adotado a partir de um instrumento confiável, haverá obrigatoriamente a escolha pelo regime da comunhão parcial.

Em relação às restrições, os casos suspensivos aplicam-se somente para o casamento, não sendo causa a título pelo instituto da união estável.

Na união estável devem ser respeitados os deveres da lealdade, do respeito e da assistência aos filhos, expresso no código civil. Artigo 1.724

> "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos."

Já no casamento, os cuidados que necessitam ser estimados são a fidelidade recíproca, a vida no domicílio conjugal e a mútua assistência (código civil. Artigo 1.566).

> "art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
>
> i - fidelidade recíproca;
>
> ii - vida em comum, no domicílio conjugal;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

iii - mútua assistência;
iv - sustento, guarda e educação dos filhos;
v - respeito e consideração mútuos."

Em ambos os casos a obrigação de guarda, educação e sustento dos filhos constituem deveres fundamentais para ambos.

No casamento se faz necessário o convívio dos filhos havidos e presumidos pelo marido durante o matrimônio, como analisado no artigo exposto:

> Código civil artigo 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
>
> "i - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
>
> ii - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
>
> iii - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
>
> iv - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
>
> v - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

Circunstâncias estas que não ocorrem na união estável.

Tanto no casamento, quanto na união estável, caso não seja proclamado um regime de bens, a lei frui que será seguido o regime da comunhão parcial de bens. (repetição de parágrafo já dito na p.6)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Na união estável não há a imposição do regime de separação obrigatória de bens para as pessoas com idade superior a setenta anos. (anexar este período à p.6, em seguida ao parágrafo anterior)

O rompimento do casamento se dá com o divórcio; já na união estável se dá pela relação das circunstâncias vividas pelo casal, sendo que a ação de reconhecimento e dissolução da união estável tem função meramente declaratória; limitando-se, portanto, a determinar uma data de início e término da união, mas não, necessariamente, impondo o fim nesta.

2.4 JURISPRUDÊNCIA

A união estável anotada em registro de nascimento o primeiro passo será dirigir-se ao 1º rcpn e requerer a distribuição no livro "e". depois disso, o 1º rcpn enviará anotação para todos os demais registros civis para que essa informação seja anotada conforme estipulado no art. 220-a da consolidação normativa da corregedoria geral da justiça do estado do rio de janeiro, parte extrajudicial, atualizada em 28/09/16, seguindo orientação do cnj:

> "art. 220-a. a escritura pública de união estável entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo, obedecerá aos requisitos previstos nos artigos 1.723 a 1.727 do cc e no provimento cnj nº 37/2014."
>
> § 1º. é facultativo o registro da escritura pública de reconhecimento (instituição) e de dissolução (extinção) de união estável no livro "e" do serviço de registro civil das pessoas naturais, na forma como dispõem o provimento cnj nº 37/2014 e o artigo 720 dessa consolidação normativa."
>
> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - apelação cível: ac 70074423666 RS apelação cível. Família. União estável paralela ao casamento. Impossibilidade. Precedentes do STJ e STF. 1. os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

elementos probatórios constantes dos autos, inclusive o depoimento pessoal da autora, apontam que houve vida dupla pelo falecido, que se relacionava com a autora, mas preservava íntegro, no plano jurídico e fático, seu matrimônio até o dia do óbito. Tratou-se, pois, de uma relação adulterina típica, que se amolda ao conceito de concubinato (art. 1.727 do ccb), e não de união estável. 2. nosso ordenamento jurídico, no âmbito do direito de família, é calcado no princípio da monogamia. tanto é assim que, um segundo casamento, contraído por quem já seja casado, será inquestionavelmente nulo e, se não são admitidos como válidos dois casamentos simultâneos, não há coerência na admissão de uma união de fato (união estável) simultânea ao casamento - sob pena de se atribuir mais direitos a essa união de fato do que ao próprio casamento, pois um segundo casamento não produziria efeitos, enquanto aquela relação fática, sim. 3. ademais, há regra proibitiva expressa em nosso ordenamento jurídico, qual seja o § 1º do art. 1.723 do ccb, ao dispor que "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521", somente excepcionando essa... circunstância diante da comprovada separação de fato do casal matrimonial, o que não se verifica no caso em exame. Negaram provimento. Unânime. (Apelação cível nº 70074423666, oitava câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 30/11/2017).

3. CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL VS. CONTRATO DE NAMORO

3.1 CONCEITO DE CONTRATO DE NAMORO

O contrato de namoro veio para “blindar” as relações conjugais entre casais que estão em uma relação habitual e que não desejam confundir a relação com o status da união estável; pois, pelo que já foi exposto neste artigo, este tipo de união é equiparada ao casamento e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

traz consigo uma série de obrigações, incluindo os bens patrimoniais existentes de ambas as partes (já que quem opta pelo contrato de namoro não almeja, em uma futura separação, ter que dividi-los caso haja um reconhecimento de possível fraude e eventual partilha de bens).

Diante do exposto, o contrato de namoro pode até ser uma declaração vantajosa para comprovar a ausência da união estável. Porém, quando reunir provas de que há indícios dos requisitos da união estável, o contrato perderá a capacidade de produzir qualquer efeito jurídico e, consequentemente, a capacidade de afastar os efeitos advindos do mesmo.

3.2 REQUISITOS

Para que haja um contrato de namoro é necessário ir ao tabelião de notas, portados de seus documentos pessoais. São cláusulas obrigatórias dentro deste contrato: data de início do namoro, declararem que não mantêm união estável e que, no momento, não têm a intenção de se casarem; dentro da relação, reconhecerem que o namoro não lhes dá o direito de requererem partilha de bens, pensão alimentícia e herança, entre outras consequências que uma união estável e um casamento trazem; e terão que se comprometerem a lavrar conjuntamente um instrumento de dissolução ou distrato caso o namoro termine. por fim, caso o homem e a mulher assim desejarem, poderão incluir cláusulas para o relacionamento.

3.3 PRINCIPAIS DIFERENÇAS

A principal diferença em relação aos efeitos entre a união estável e o contrato de namoro é simples e óbvia, dada à razão de sua existência: pois o contrato foi criado justamente com a intenção de barrar qualquer efeito que sobrevier em uma relação dada como união, principalmente pelo fato de que a união estável, por ser apontada pela constituição como uma entidade familiar, torna os conviventes com direitos como pensão alimentícia, divisão de bens um ao outro conforme regime de bens escolhido por ambos, e herança.

Os namorados, por sua vez, não têm direito algum, visto que o namoro não é considerado uma entidade familiar. Entretanto, caso haja colaboração financeira de um dos namorados em qualquer que seja o bem que seria usado pelo casal no futuro, e se dessa contribuição ocorrer prejuízo confirmado com o fim do namoro, o ex-namorado prejudicado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

tem direito ao ressarcimento, pois o ordenamento jurídico proíbe o enriquecimento sem causa.

CONCLUSÃO

O tema exposto neste artigo abrangeu conflitos advindos entre homens e mulheres que se encontram em um relacionamento conjugal com ou sem intenção de constituir família e suas possíveis consequências nesta relação.

Nos primórdios da sociedade, um casal que perdurasse em uma relação intima, vivendo como se casados fossem e não estando enquadrado nos padrões legais devidos, passados anos, advindo uma possível separação entre ambos, o companheiro (a) não possuía direito algum perante tudo o que haviam conquistado durante este tempo, por exemplo, os bens patrimoniais e reais.

Como a função do direito é se moldar a evolução e aos padrões da coletividade, viu-se a necessidade de se criar parâmetros legais para resguardar tais garantias diante dos cônjuges, instaurando desde então a União Estável, instituto este equiparado ao casamento, que nada mais é que a convivênciaestabelecida entre o casal, bastando apenas ser duradoura, publica e continua e com a intenção de constituir uma família.

Entretanto, houve certo impasse para distinguir o que seria considerado União Estável ou apenas um namoro, a qual os consortes mantêm uma relação meramente com o intuito de se conhecer e porventura em um futuro vier constituir uma família. Portanto, diante desta circunstância originou-se o contrato de namoro, documento este assinado por ambos que traz como garantia principal não gerar os efeitos que uma União Estável ou um casamento traz consigo, tendo como exemplo uma provável partilha de bens.

BIBLIOGRAFIA

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado, volume 5: Direito de Família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA. Silvio de salvo. **Direito Civil: direito de família.** 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

GAGLIANO. Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – As famílias em Perspectiva.**

Constitucional. 2ª ed. Rev., atual. Eampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Volume 5: Direito de Família. 24ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

Disponível em: <https://www.epdonline.com.br/noticias/entenda-o-que-e-uniao-estavel/1624>.

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL+PARALELA+AO+CASAMENTO>.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PAPEL DA CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA BRASILEIRA ATUAL

GABRIEL MACHADO DE JESUS:
Bacharelando em Direito pela UNIBRASIL - Universidade Brasil.

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(Orientador)

RESUMO: O referido trabalho de conclusão de curso pretende dissertar acerca da conciliação como método de solução consensual de conflitos, seu surgimento, conceituação, e seu papel na justiça brasileira atual, embasada nos princípios constitucionais norteadores do direito e na justiça consumerista, levando-se em conta os costumes e ideais da sociedade a fim de se chegar a um acordo acerca do que é pleiteado nas lides que abarrotam o poder judiciário para que, no final, este órgão possa ser mais célere e funcional no julgamento das demandas. O estudo discorrerá acerca da conciliação e seu surgimento como forma de solução de conflitos de modo consensual, ressaltando a importância do conciliador e dos centro de conciliação, os CEJUSCs. Analisará ainda os resultados da implementação da conciliação, bem como da mediação e das outras formas de justiça consensual, no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o respeito aos princípios que lhe justificam, bem como aos direitos personalíssimos de cada indivíduo e à figura dos magistrados. A partir de pesquisas bibliográficas pelo método indutivo este trabalho apresentará a problemática de aplicação da conciliação e da justiça consensual no Brasil, bem como sua importância e os problemas decorrentes que surgem mediante seu crescimento e desenvolvimento, com enfoque no real papel da conciliação na justiça brasileira atual e os motivos pelos quais este âmbito do direito se tornou um dos mais pesquisados e procurados atualmente.

PALAVRAS-CHAVE: conciliação, justiça consensual, CEJUSC.

ABSTRACT: This dissertation intends to discuss conciliation as a method of consensual solution of conflicts, its emergence, conceptualization, and its role in the current Brazilian justice, based on the constitutional principles guiding law and consumer justice, taking into account the customs and

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ideals of society in order to reach an agreement on what is pleaded in the cases that overflow the judiciary so that, in the end, this body can be faster and more functional in the judgment of the demands. The study will discuss conciliation and its emergence as a way of solving conflicts in a consensual way, highlighting the importance of the conciliator and the conciliation centers, the CEJUSC's. It will also analyze the results of the implementation of the conciliation, as well as mediation and other forms of consensual justice, in the Brazilian legal system, with emphasis on respect for the principles that justify it, as well as the personal rights of each individual and the figure of magistrates. Based on bibliographic research using the inductive method, this paper will present the problem of the application of conciliation and consensual justice in Brazil, as well as its importance and the problems that arise through its growth and development, focusing on the real role of conciliation in the Brazilian justice system and the reasons why this scope of law has become one of the most researched and sought today.

KEYWORDS: conciliation, consensual justice, CEJUSC.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE CONCILIAÇÃO. 3. CEJUSC. 4. O PAPEL DA CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA BRASILEIRA ATUAL. 5. CONCLUSÃO. RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de concurso objetiva a exposição e análise da conciliação como método de solução amigável de conflitos, na aplicação da justiça consensual, desde seu início e surgimento no ordenamento jurídico à sua aplicação fática por meio dos CEJUSCs e dos conciliadores, bem como nas próprias varas cíveis e juizados que buscam aplicá-las nas lides em que se trata de direitos disponíveis.

A conciliação encontra seu surgimento diante da necessidade de esvaziar do judiciário e da constante ânsia da população em julgamentos mais céleres para processos que, por vezes, são mais "simples" que os demais litígios, por se tratarem de direitos disponíveis pelas partes ou de situações em que a intervenção de um terceiro pode auxiliar no desenvolvimento de uma solução para o problema apresentado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Diante da enorme gama de processos que permeiam pelas filas do judiciário é que a conciliação, em conjunto com as demais formas consensuais de solução de conflitos, surge, a fim de garantir uma solução da justiça para os problemas de menor rigor e dificuldade. Neste sentido, os CEJUSCs funcionam através da discricionariedade da justiça e atuam mais "próximos" da sociedade e da população que, na maioria das vezes, acabam por deixar de lado seus direitos ou então ajuizarem ações que demandam muito tempo, causando a consequente perda do direito pelo demora em concedê-lo na tutela.

Portanto, para analisar e expor sobre a conciliação, os CEJUSCs e seu papel social na justiça atual, esta pesquisa se divide em três capítulos, cada qual com o enfoque em uma destas situações, iniciando-se pela conceituação do tema e sua apresentação como método de solução amigável de conflitos, discorrendo, após, sobre seus locais de aplicação, os centros de conciliação e mediação, o papel do conciliador nestes lugares e no âmbito da justiça consensual e, finalizando com a importância desta pratica pacificadora para o desenvolvimento do individuo e da sociedade como um todo.

2. CONCEITO DE CONCILIAÇÃO

Conciliação, em sua conceituação genérica, é considerada uma forma de acordo entre ideias ou pessoas divergentes, uma forma de reconciliação. Em seu conceito jurídico não é diferente, o termo detém a característica de acordo, pacificação, que tem por fim a cessação de um conflito legal/jurídico.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por sua vez, define conciliação como:

> [...] uma conversa/negociação que conta com a participação de uma pessoa imparcial para favorecer o diálogo e, se necessário, apresentar ideias para a solução do conflito. Segundo o Código de Processo Civil, 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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (Conselho Nacional de Justiça, 2018).

A Conciliação resulta, portanto, em uma forma de solução amigável de conflitos, a qual possibilita aos litigantes meios para resolverem sua lide de forma mais célere e simplificada, a fim de evitar o longo trâmite do processo judicial comum. É uma forma de heterocomposição que auxilia tanto os próprios indivíduos envolvidos, quanto o poder judiciário em si, visto que é de interesse de ambos que os litígios se encerrem mais facilmente.

No Brasil, a conciliação é aplicada em reprodução ao exemplo de países mais desenvolvidos economicamente e juridicamente falando, como por exemplo, os Estados Unidos, lugar onde a uma uniformização entre todos os estados "Uniform Mediation Act" e também temos os juízes que antes de qualquer audiência requerem um relatório contendo os argumentos de ambas as partes para a otimização do tempo e obtenção de resultados, consistindo em um método de heterocomposição no qual as partes são conduzidas e auxiliadas por um terceiro para a solução do litígio. Este terceiro envolvido, o conciliador, deve ser estritamente imparcial, de modo a não interferir no conflito com predileção declarada por uma ou outra ideia contraposta.

Ressalta-se, portanto, a importância do conciliador para o ato, posto que não deva possuir vínculo com as partes ou interesse no litígio, devendo atuar apenas com sugestões para resolução do problema apresentado, conduzindo as partes ao acordo, mas jamais impondo-lhes um ideal próprio ou concordando com o ideal de um deles unicamente, sem observar o pensamento do outro.

O conciliador figura para as partes como uma extensão do juiz, sendo responsável por direcionar os indivíduos conflitantes a um caminho que respeite os interesses de ambos e lhes permita um acordo. É uma prévia de uma das funções que seria exercida comumente pelo juiz e concede aos litigantes uma visão exterior sobre o que é discutido, sempre dotado de imparcialidade, o princípio mais importante para sua atuação, e resguardado pelo ordenamento jurídico, de modo a não contrariar qualquer norma ou princípio fundamental e não permitir que os interessados contrariem também.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, retratam Araújo Cintra, Dinamarco e Grinover (2014), no livro Teoria Geral do Processo:

> Da conciliação já falava a Constituição Imperial brasileira, exigindo que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa. O procedimento das reclamações trabalhistas inclui duas tentativas de conciliação (CLT, arts. 847 e 850). O Código de Processo Civil atribui ao juiz o dever de "tentar a qualquer tempo conciliar as partes" (art. 125, inc. IV) e em seu procedimento ordinário incluiu-se uma audiência preliminar (ou audiência de conciliação), na qual o juiz, tratando-se de causas versando direitos disponíveis, tentará a solução conciliatória antes de definir os pontos controvertidos a serem provados. Tentará a conciliação, ainda, ao início da audiência de instrução e julgamento (arts. 447-448). A qualquer tempo poderá fazer comparecer as partes, inclusive para tentar conciliá-las (art. 342). A Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9,95) é particularmente voltada à conciliação como meio de solução de conflitos, dando a ela especial destaque ao instituir verdadeira fase conciliatória no procedimento que disciplina: só se passa à instrução e julgamento da causa se, após toda a tentativa, não tiver sido obtida a conciliação dos litigantes nem a instituição do juízo arbitral [...] (ARAÚJO CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2014).

Os métodos conciliatórios se encontram dispostos pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 334, em conjunto com a mediação, em uma tentativa de democratizar os métodos de resolução amigável de conflitos e inseri-los efetivamente no ordenamento jurídico. O dispositivo apresenta a forma da Conciliação e da Mediação, bem como a maneira como devem ser realizadas pela figura do conciliador e pelos servidores do judiciário, dispondo acerca dos prazos específicos, diferentes dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

processuais comuns, e da realização das audiências e sessões conciliatórias.

Apesar de serem procedimentos diversos, a Conciliação e a Mediação são partes do processo judicial e, portanto, somente ocorrerão quando houver a apreciação inicial do pedido pelo juiz, havendo a citação do réu para o feito. O Brasil, apesar dos aparentes avanços, ainda não se adequou às soluções totalmente extrajudiciais, entretanto, os métodos de solução amigável são um precedente criado, inicialmente dentro do processo, que, em breve, serão realizados nos moldes de países Europeus onde não há necessidade de acionamento do judiciário para resolução de grande parte das lides sobre direitos disponíveis.

O Código de Processo Civil de 2015 dispõe ainda sobre a forma a ser cumprida pelos conciliadores e mediadores, bem como acerca da quantidade de sessões disponíveis para que se alcance a solução do conflito, visto que podem ser realizadas mais de uma, desde que haja interesse das partes. Ressalta ainda a figura do advogado e sua necessidade, mesmo no procedimento amigável, a fim de resguardar a viabilidade jurídica dos pedidos, bem como evitar o prejuízo ao seu cliente, delimitando ainda como devem ocorrer as audiências e sessões conciliatórias ou mediatórias, observando a forma como é necessário proceder autor, réu, procuradores e responsáveis pelas audiências.

A respeito da audiência, apesar de não disposto expressamente no texto legal, faz-se uma ressalva acerca da possibilidade de ser realizada em conjunto com a audiência de instrução e julgamento do processo. Nesta situação específica, o próprio juiz figurará como conciliador ou mediador e, não havendo acordo entre os litigantes, procederá à instrução e julgamento do caso. Vê-se, portanto, que, em determinadas hipóteses, ainda que infrutífera a solução amigável por conciliação ou mediação, o magistrado questionará novamente as partes e lhes concederá uma nova possibilidade de acordarem sobre a discussão.

Deste modo, verifica-se que o Poder Judiciário Brasileiro busca uma aplicação cada vez mais incessante das formas de solução amigável de conflitos, pois, a sua acumulação é visível e causa inúmeros problemas à sociedade e à organização do próprio país. A evolução do direito e a conscientização da população sobre o que lhe é ou não devido fez com

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que a gama de processos aumentasse consideravelmente, excedendo às possibilidades estruturais do judiciário nacional, de forma que a conciliação, a mediação, e as demais formas de justiça negocial se tornaram os meios viáveis de amenizar a situação de milhões de processos que ficavam parados e somavam nos montes das Comarcas, havendo soluções simples e práticas que lhe poupariam todo o trâmite e trabalho realizados.

3. CEJUSC

Com o início da aplicação prática dos métodos de solução amigável de conflitos, Conciliação e Mediação, fez-se necessária a criação de locais específicos para o exercício destas políticas judiciárias, visto que os fóruns das comarcas não possuíam a estrutura necessária. Desta forma, a Resolução nº 125 do CNJ apresentou a figura dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, os quais fazem parte do judiciário e são gerenciados pelo Tribunal de Justiça de cada Estado.

> Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16). (Resolução n. 125/2010. Conselho Nacional de Justiça-CNJ).

As unidades do CEJUSC são responsáveis pela organização e realização das sessões de Conciliação e Mediação, anteriormente ao trâmite do processo judicial ou em seu decorrer, bem como possuem a funcionalidade de assistência e orientação ao cidadão que necessite tirar dúvidas jurídicas simples que podem ser resolvidas pelos conciliadores e mediadores, como dispõe o artigo 10 da Resolução 125 do CNJ.

Quanto à função de assistência ao público, há uma parcela doutrinária que, juntamente com alguns advogados, defendem a necessidade de um defensor público pago pelo Estado presente nos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

CEJUSCs, a fim de realizar a referida atividade, visto que alegam exceder ao dever dos conciliadores e mediadores. No entanto, até o presente momento, a presença dos defensores não é exigida pelo CNJ, entretanto, é permitida, juntamente com a de representantes do Ministério Público e procuradores.

A administração dos CEJUSCs, por sua vez, é de responsabilidade dos representantes do judiciário local e, portanto, será coordenada por um dos juízes da Comarca, nos termos do artigo 9 da Resolução 125.

O CEJUSC será formado pelos setores de Conciliação e Mediação processual e pré-processual, além do atendimento ao público. Desta forma, caberá a cada um dos setores a análise da situação que lhes é remetida, diretamente ou indiretamente. Ao setor processual cabe o cuidado àqueles processos que já foram distribuídos e lhe foram encaminhados pelo juízo de origem, verificada a possibilidade de resolver o conflito através de uma nova visão apresentada as partes e um novo contato entre os litigantes. Resolvido ou não o problema pelo CEJUSC, o processo é remetido de volta ao juízo de origem para extinção ou prosseguimento do tramite processual.

Em contrapartida, o setor pré-processual será responsável por resolver conflitos que não são do conhecimento do judiciário ainda, antes mesmo da distribuição do feito. A parte Requerida será convocada à proposta de realização de acordo por qualquer meio de comunicação e a lide poderá ser resolvida com o auxílio de um profissional capacitado e devidamente ordenado para tal feito. Ambos os setores, pré-processual e processual, tem sua eficácia comprovada e são métodos de efetiva diminuição dos conflitos judiciais sobre direitos disponíveis, entretanto, o CNJ distribuiu também ao CEJUSC a função de assistência pública, como já mencionado. Tal função, exercida pelo setor de cidadania da entidade, deverá prestar informações aos cidadãos, orientá-los juridicamente e, inclusive, realizar emissão de documentos, bem como prestar assistência social e psicológica. Porém, essa função assistencial, além de desconhecida de grande parte da população, não possui o mesmo desenvolvimento que as demais, pois depende da realização de convênios e parcerias que não são viáveis em todas as unidades dos Centros.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Por conseguinte, os CEJUSCs são uma forma de descentralização e atestamento do judiciário, resguardados e amparados na legislação nacional, bem como nas resoluções do próprio Conselho Nacional de Justiça, sob a supervisão e coordenação de juízes, onde os Conciliadores e Mediadores, devidamente treinados e capacitados para exercer suas funções, funcionarão como terceiros prontos a auxiliar e conduzir as partes na solução de suas lides. Os CEJUSCs serão pautados pela imparcialidade e pelos demais princípios constitucionais que garantem o devido processo legal, a celeridade processual e o acesso à justiça pela população comum, na busca de facilitar este acesso ao público e democratizá-lo, tornando, consequentemente, a justiça brasileira mais célere em todos os seus ramos de atuação.

4. O PAPEL DA CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA BRASILEIRA ATUAL

A Conciliação, portanto, é fruto da incessante tentativa do poder público em desburocratizar o judiciário e democratizar seu acesso à população, adquirindo o papel de aproximar a justiça daqueles que se mantinham afastados dela e, por vezes, abdicavam de seus direitos em razão da demora na solução dos processos pelo abarrotamento do setor jurídico.

Entretanto, ocorre que em uma incansável busca por modernização e celeridade, algumas das vezes a justiça acaba por deixar de lado direitos e garantiasfundamentais como do contraditório e da ampla defesa, o que não pode ocorrer para que o sistema conciliatório seja realmente efetivo.

Ressalta-se a obrigatoriedade do cumprimento dos princípios e garantias pela justiça, observado que estes são ao mesmo tempo a gênese e o objetivo do direito em si, protegidos ainda pela Constituição Federal de 1988. Não é possível que se abandonem garantias conquistadas diante de tanto tempo e luta em troca de maior velocidade no julgamento dos processos. A prioridade é garantir os direitos individuais de cada um e sua dignidade humana, para que em seguida sejam verificadas e julgadas as situações de dano ao direito material ou moral do indivíduo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

A conciliação e os outros métodos de solução consensual de conflitos aparecem como formas de inovação no sistema jurídico mundial, e em suaconsequência surgem também críticas à sua funcionalidade e sua postura diante dosprincípios, como ocorre nos Estados Unidos. Desta forma, o Brasil procura um método de aplicação dessas modernizações, de modo a evitar os mesmos erros cometidos internacionalmente, respeitando o direito em primeiro lugar.

O início da justiça consensual no Brasil se dá pela sua inserção no judiciário e sua recente instituição por meio dos CEJUSCs, possibilitando a realização de acordos e o julgamento mais célere das lides, desde que benéfica ao Autor e ao Réu, sempre na busca de observar as disposições da Constituição Federal e das garantias fundamentais do indivíduo.

Observa-se, neste sentido, que os métodos de justiça consensual buscamespaço na aplicação do direito em todo o mundo, conquistando seu lugar na doutrina e legislação brasileira. Entretanto é necessário o estudo de todas as formas de aplicação e seus possíveis impactos em relação a direitos os quais já se encontram resguardados ao povo. Portanto, a aplicação da conciliação e dos demais métodos, nos CEJUSCs e nas próprias Varas Cíveis, deve ser realizada gradativamente e em observância direta aos ditames constitucionais, sempre de forma imparcial e colaborativa, priorizando a consensualidade.

5. CONCLUSÃO

A Conciliação, portanto, é fruto da incessante tentativa do poder público em desburocratizar o judiciário e democratizar seu acesso à população, adquirindo o papel de aproximar a justiça daqueles que se mantinham afastados dela e, por vezes, abdicavam de seus direitos em razão da demora na solução dos processos pelo atestamento do setor jurídico.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Entretanto, ocorre que em uma incansável busca por modernização e celeridade, algumas das vezes a justiça acaba por deixar de lado direitos e garantiasfundamentais como do contraditório e da ampla defesa, o que não pode ocorrer para que o sistema conciliatório seja realmente efetivo. Ressalta-se a obrigatoriedade do cumprimento dos princípios e garantias pela justiça, observado que estes são ao mesmo tempo a gênese e o objetivo do direito em si, protegidos ainda pela Constituição Federal de 1988. Não é possível que se abandone garantias conquistadas diante de tanto tempo e luta em troca de maior velocidade nojulgamento dos processos. A prioridade é garantir os direitos in dividuais de cada um e sua dignidade humana, para que em seguida sejam verificadas e julgadas as situações de dano ao direito material ou moral do indivíduo.

A conciliação e os outros métodos de solução consensual de conflitos aparecem como formas de inovação no sistema jurídico mundial, e em suaconsequência surgem também críticas à sua funcionalidade e sua po stura diante dosprincípios, como ocorre nos Estados Unidos. Encontramos um exemplo nos casos onde as partes querem ter as garantias do processo judicial. Desta forma, o Brasilprocura um método de aplicação dessas modernizações, de modo a evitar os mesmos erros cometidos internacionalmente, respeitando o direito em primeiro lugar.

O início da justiça consensual no Brasil se dá pela sua inserção no poder judiciário e sua recente instituição por meio dos CEJUSCs, possibilitando a a realização de acordos e o julgamento mais célere das lides, desde que benéfica ao Autor e ao Réu, sempre na busca de observar as disposições da Constituição Federal e das garantias fundamentais do indivíduo.

Observa-
se, neste sentido, que os métodos de justiça consensual buscamespaço na aplicação do direito em todo o mundo, conquistando seu lugar na doutrina e
legislação brasileira. Entretanto é necessário o estudo de todas as formas d e aplicação e seus possíveis impactos em relação a direitos os quais já se encontram resguardados ao povo. Portanto, a aplicação da conciliação e dos demais métodos, nos CEJUSCs e nas próprias Varas Cíveis, deve ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

realizada gradativamente e em observância direta aos ditames constitucionais, sempre de forma imparcial e colaborativa, priorizando a consensualidade e a celeridade.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. [S.l.]: Malheiros, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

BRASIL. **Resolução n. 125, de 29 de nov. de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 16 de maio de 2018.

CONSELHO Nacional de Justiça: **Conciliação e Mediação - Portal da Conciliação.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 15 mai. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ABUSO DE DIREITO

CLEBIANO MARCOS ALVES PEREIRA: Bacharelando do Curso de Direito da Universidade Brasil.

AILTON NOSSA MENDONÇA

(Orientador)

RESUMO: Abordarei no presente trabalho o tema "Abuso do Direito", com a pretensão de fazer um estudo sistemático. Que tem por objetivo a análise sob o enfoque dessas novas características da sociedade moderna. Para tanto, conceituarei o abuso do direito como sendo de elementos de boa-fé, econômicos, sociais e de bons costumes. Apontarei os elementos estruturais e os efeitos dentro do abuso de direito. E no final do tema, farei o estudo de um caso concreto, dentro das relações trabalhistas, mais especialmente dentro do abuso do direito de greve

Palavras-chaves: analise; abuso; direito

ABSTRACT: I will address in the present work the theme "Law Abuse", with the pretension of doing a systematic study. Its purpose is the analysis under the focus of these new characteristics of modern society. To do so, I will conceptualize the abuse of law as being elements of good faith, economic, social and morality. I shall outline the structural elements and effects within the abuse of rights. And at the end of the topic, I will study a concrete case, within labor relations, more especially within the abuse of the right to strike

Keywords: analyze; abuse; right

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO. 2. ELEMENTOS ESTRUTURAIS NO ABUSO DO DIREITO. 3. OS EFEITOS DO ABUSO DO DIREITO. 4. ANÁLISE CASUÍSTICA DO ABUSO DO DIREITO - DIREITO DE GREVE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA.

INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

O abuso de direito tem sido bastante analisado nos atos emulativos, ou seja, aqueles que podem ser implicados como os atos realizados pelos indivíduos com a total intenção de causar vários prejuízos a terceiros.

Emulação, então, é o exercício de um direito com o propósito de prejudicar a outra pessoa. Melhor explicando, quer dizer que o individuo em vez de ter o intuito de tirar para si próprio um benefício, ele tem consciência que ira causar prejuízo a outra pessoa, e mesmo assim o faz. Age de uma maneira totalmente abusiva, mesmo não havendo nenhum benefício próprio, desfruta de seu direito para conseguir prejudicar outro de uma forma ostensiva de modo a vir prejudicá-lo. Mas quando o dano causado a outrem não é ilícito e se usa apenas o seu direito, sem visar propositadamente o prejuízo de terceiros e operando de uma maneira normal,como se encontra no estado de necessidade, na legítima defesa, no exercício regular do direito e no estrito cumprimento do dever legal.

1. CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO

O Estado progressista de Direito exige algumas regras como leis e condutas da sociedade, para que assim sejam totalmente capazes de assegurar um bom convívio dos indivíduos em sociedade.

Desta forma, o Código Civil de 2002 efetivou essa teoria di abuso de direito, como tema de um amplo debate na doutrina.

O abuso do direito foi positivado teve sua primeira aparição no Código Civil de 1916, em seu art. 160, concluindo que: "Não constituem atos ilícitos: I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido".

De acordo com o C.C de 2002, se tem uma noção mais clara de como o abuso de direito é concretizando, expondo assim em seu artigo 187, o que "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

O estudo deste artigo evidencia como estão situados os atos ilícitos no abuso de direito. Compreendemos que o direito deve ser operado de uma forma equilibrada, tendo como base a boa-fé e que a convivência dentro da sociedade requer todo e qualquer respeito aos limites sociais necessários para a atividade individual na vida social. A partir do momento

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que o agente dos direitos opera de uma forma que ultrapasse o limite que lhe foram impostos com a boa-fé ou pelo fim econômico ou social do mesmo direito ocorre então o abuso do direito.

O abuso do direito para Roberto Senise Lisboa "é o exercício imoderado de um direito, que causa prejuízo econômico ou moral a outra pessoa".

Já para Paulo Nader, "abuso de direito é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo".

Portanto, por fim para deixar claro, o abuso acontece no momento em que o titular de um direito o executa afastando da verdadeira função para a qual esse direito foi designado.

2. ELEMENTOS ESTRUTURAIS NO ABUSO DO DIREITO

No Código Civil então vigente, há alguns conceitos de boa-fé objetiva: Em seu artigo 113 diz: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

A boa-fé retrata o padrão de confiança de equidade e de lealdade, que são indispensáveis para a convivência em sociedade. Assim o individuo de direito subjetivo que descumprir este princípio não está sendo justo e principalmente digno de confiança para com alguém. Por este motivo, o individuo responderá civilmente pelos seus atos praticados no momento em que abusar de seu direito para com outrem.

Boa-fé subjetiva tem duas vertentes, sendo eles o conhecimento ou desconhecimento de alguma situação. Indica uma condição de consciência, quanto à intenção do sujeito da relação jurídica, sua íntima convicção ou seu estado psicológico. Muitas vezes pode acontecer, de haver uma falsa confusão de alguma característica do negócio jurídico que é celebrado e o contratante por sua vez é enganado por si próprio, por ter a plena convicção que algo acontece ou existe, nomomento em que na verdade é que ela não ocorreu ou inexiste.

Como deixa claro Fernando Henrique Guedes Zimmermann:

> Embora tanto a boa-fé subjetiva como a objetiva possuam aidéia (sic) de tutelar a confiança, na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> primeira se resguarda a confiança de quem acredita em uma situação aparente. já na objetiva a de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta exigíveis. Se em ambas há um elemento subjetivo, só na boa-fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem.

Nos elementos com a finalidade econômica, é o proveito ou a beneficio material que o titular de direito ocasionou a outra parte, explorando de seu direito, e usufruindo de um direito que na verdade não lhe pertence.

Raymond Saleilles afirma que:

> O ato abusivo é um ato anormal, porque contraria a finalidade econômica e social do direito – ato sem conteúdo jurídico, economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública. O critério é eminentemente econômico.

Já no caso do fim social são todos e quaisquer os preceitos morais e legais que a sociedade deseja como forma de obter uma conquista com a paz e harmonia, sem precisar abusar de um direito que não é seu.

Salienta sobre o assunto Sérgio Cavalieri Filho:

> E o fim social é tudo que a sociedade pretende atingir, como a pás, a ordem, a harmonia, a solidariedade, o bem comum, etc., o que também deverá ser sopesado pelo juiz, quando do julgamento final.

Já aos bons costumes, são práticas relacionadas ao comportamento do indivíduo, determinado pela crença e tradição. Trata-se de condutas ético-jurídicas que foram instituídas dentro da sociedade, ou melhor, é um conjunto de regras de hábitos e reiteradas em um determinado ambiente e momento realizado por pessoas corretas e justas. Desta forma, ocorrerá o abuso do direito no momento em que o titular de direito violar às práticas que estão inseridas dentro da sociedade.

3. OS EFEITOS DO ABUSO DO DIREITO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Mesmo com o Código Civil de 1916 não determinar nada acerca dos resultados jurídicos do ato abusivo, doutrina e à jurisprudência já apontava duas possíveis consequências jurídicas do exercício abusivo do direito. O dever de indenizar como sendo a primeira. A doutrina, principalmente, sempre entendeu a teoria do abuso de direito como uma das principais causas da responsabilidade civil, mesmo havendo posicionamento defendendo a sua autonomia.

Uma vez cumprindo os requisitos do dever de indenizar, a pessoa quando exceder os limites do exercício dos seus direitos devera ressarcir os indivíduos que sofreram prejuízos com tal abuso.

Desta maneira, nos casos em que não houver dano, o dever de indenizar fica afastado, mas, existe uma consequência jurídica, o qual é defendido pela doutrina, que independente de qual seja a nulidade do ato abusivo, mesmo que, se tratando de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, não tem como admitir a sua validade perante a sociedade na qual ocasionara efeitos.

Outro grande exemplo tem relação à interpretação sistemática incluso nos artigos 104, II, 166, II e III e do artigo 182, todos do Diploma Civil Pátrio, que nos diz respeito aos abusos originários dos negócios jurídicos.

Pode-se, então, garantir que a obrigação de indenizar é o principal resultado do abuso de direito; com ou sem dano a reparar, esse exercício abusivo do direito tem efeito de uma ilicitude que, com os efeitos possíveis, gera sempre a invalidade do ato jurídico

4. ANÁLISE CASUÍSTICA DO ABUSO DO DIREITO - DIREITO DE GREVE

Greve é uma paralisação combinada do trabalho para o fim de solicitar uma pretensão perante o empregador, desta maneira, deixa bem claro, que greve não é a paralisação de apenas um trabalhador, pois se precisa de um grupo com interesses comuns.

Logo o direito de greve encontrado em nossa Constituição Federal, tem a sua dinâmica mencionada na Lei n º 7.783/89 que já tem, em seu art. 9º, §2º, a penalidade de todos os grevistas que abusarem de alguma forma do direito de greve.

Desta maneira, o direito de greve não trata apenas de um direito absoluto, pois a sua norma prevê hipóteses de limitação deste direito,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

como por exemplo, pelo atendimento das necessidades inadiáveis, e atividades cuja paralisação poderá ocasionar prejuízos de grande ordem à sociedade. Como deixa claro o art.11 e seu parágrafo único, in verbis:

> Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação de serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
>
> Parágrafo único. "São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Desta forma, a norma, por mais que vede a despedida de empregados ao longo da greve, determina que os serviços julgados como essenciais continuem em funcionamento, sabendo ainda, em seu art. 9º, que:

> Art. 9º. Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

Desta maneira, observa-se que quando há uma greve envolvendo serviços ou atividades essenciais e não for obedecida às regras de continuidade das atividades essenciais e necessárias à sociedade, a greve deverá ser considerada abusiva e, por este motivo, será ilegal, permitindo então, à contratação por parte do empregador de força suplementar para melhor atender os serviços necessários à garantia da continuação dos serviços e atividades de interesse público consideradas essenciais, sob a pena, de o Poder Público interferir, por força do que está disposto no art. 12 da Lei de Greve.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Salienta então, que não é absoluto o direito de greve, especialmente quando o direito do empregador e do trabalhador está com interesses da coletividade, igual nos casos dos serviços prestados por concessionárias ou permissionárias e serviços de interesses públicos, sendo este o que se enquadra na categoria dos metroviários.

Usarei então o caso da recente greve dos metroviários do Rio Grande do Sul, para embasar minhas considerações extraídas do Jornal Diário Popular (on line):

Greve causa transtornos aos usuários do metrô em Porto Alegre

> Milhares de usuários do trem que faz o percurso de São Leopoldo a Porto Alegre tiveram de recorrer a outros meios de transporte para chegar ao trabalho e às universidades ao amanhecer desta segunda-feira porque encontraram o serviço paralisado por uma greve. Como os ônibus metropolitanos ficaram superlotados, muitos passageiros tiveram de esperar por tempo superior ao previsto nas paradas até conseguir embarcar em um dos coletivos.
>
> Quem optou pelo carro também enfrentou transtornos e atrasos porque a BR-116, principal ligação rodoviária entre as cidades, também ficou congestionada. Ao longo da manhã, o fluxo se normalizou à medida que a demanda decaia. É provável que os contratempos voltem no final da tarde, no horário do retorno para casa.
>
> Metrô
>
> O sistema metroviário da região metropolitana de Porto Alegre atende cerca de 180 mil usuários por dia. São moradores da capital gaúcha e de Canoas, Esteio, Sapucaia do Sul e São Leopoldo. A rede é operada pela estatal federal Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A. (Trensurb). Uma cerimônia de inauguração de duas novas estações, de um trecho em ampliação, para Novo Hamburgo, estava prevista para esta segunda-feira (21), mas foi suspensa quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

> os trabalhadores anunciaram a greve, na quinta. A presidente Dilma Rousseff participaria da solenidade.
>
> A greve de 24 horas deve terminar à meia-noite. O Sindicato dos Metroviários (Sindimetrô/RS) reivindica reajuste salarial de 21,5% e reclama da falta de contrapropostas da empresa, que, por sua vez, alega que abriu negociações e tem prazo até 30 de maio para apresentar um índice. A Justiça estabeleceu multa de R$ 70 mil a cada período de pico - das 5h30min às 8h30min e das 17h30min às 20h30min - sem atendimento à população, mas o sindicato alega não ter sido notificado da decisão.

Ficou evidenciada no caso em analise a prática do abuso de direito, exceto em consequência dos prejuízos econômicos e sociais sofridos pela sociedade a qual fora privada de um serviço fundamental, sem qualquer respeito ao que determine a legislação quanto ao particular, caracterizou-se pelo descumprimento de determinação judicial, no sentido de que nos horários de pico fosse mantido o efetivo da frota em funcionamento, a fim de garantir a continuidade do serviço que é essencial.

CONCLUSÃO

É preciso considerar que, segundo o nosso sistema jurídico, aquele individuo que faz uso do seu direito com finalidade diferente a qual se destina, responderá assim pelos danos causados a terceiros, pois se caracteriza como abuso de direito.

De tudo aquilo foi exposto, chega-se a conclusão de que não é uma tarefa fácil a diferenciação do uso legítimo dos dispositivos processuais de defesa e a efetiva confirmação do abuso de direito de defesa e do manifesto protelatório.

Da mesma maneira que, na extensão do direito material, fica extremamente difícil distinguir quando um direito legítimo está sendo usado para prejudicar terceiros ou sendo usado com abuso pelo seu titular, ou quando tal manejo estará dentro do exercício legal deste mesmo direito.

REFERÊNCIA

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 7ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2007

LISBOA, Roberto Senise. Direito Civil de A a Z. Barueri: Manole, 2008.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Parte Geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil Vol.4. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Saraiva 2003, p. 46.

SALEILLES, Raymond. Código Civil. Vol. 1 p. p.472-473. Apud MARTINS, Pedro Baptista. Op.cit.

SOARES, Paulo Brasil Dill. Princípios Básicos de Defesa do Consumidor: Institutos de Proteção ao Hipossuficiente. Leme/SP: LED, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. 2, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002

ZIMMERMANN, Fernando Henrique Guedes. A Introdução da Boa-fé Objetiva nos Contratos sob a Égide do Novo Código Civil. Disponível em: http://juridico.digibase.ca/forum index.php?s=c65632d90e9af0658aedc8089cfa2874&showtopic=14 Acesso em 14/12/2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 857 de 09/06/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590876