

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 860

(Ano X)

(30/06/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Rômulo de Andrade Moreira

» [Atlas da violência no Brasil - 2018](#)

ARTIGOS

29/06/2018 Claudia Aparecida Ferreira de Souza

» [A identificação criminal por perfil genético na persecução penal: uma análise sob a ótica do princípio do nemo tenetur se detegere e a luz do precedente Schmerber v. Califórnia](#)

29/06/2018 Isnar Amaral

» [A moda da honestidade e moralidade](#)

29/06/2018 Elieuton Sampaio Gois

» [A proteção do meio ambiente natural no plano de desenvolvimento de Roberto Mangabeira Unger para o Brasil](#)

29/06/2018 Gleno Renan Pereira de Freitas

» [As garantias da magistratura como mecanismo de proteção do Judiciário](#)

29/06/2018 Laiany Alves Pereira

» [A importância da preservação do local de crime e da perícia criminal para uma efetiva persecução penal](#)

29/06/2018 Renan de Freitas Ongaratto

» [Limites de sindicabilidade da valoração de conceitos indeterminados: a publicidade na Lei de Pregão](#)

28/06/2018 Ana Flávia Coelho dos Santos

» [Mobbing: uma degradação deliberada do ambiente laboral e dos direitos fundamentais trabalhistas](#)

28/06/2018 Benigno Núñez Novo

» [Licitações e contratos administrativos](#)

28/06/2018 Amanda Louise Ribeiro da Luz

» [A aplicabilidade do Princípio da Proteção Integral no procedimento infracional](#)

28/06/2018 Marcos Vinicius Martins Cavalcante

» [O poder investigatório do Ministério Público no Estado de Direito](#)

28/06/2018 Michel de Almeida Campelo

» [Comentários a responsabilidade civil do Estado na legislação vigente](#)

28/06/2018 Jeane Cristina Pimenta Rodrigues

» [Uso de Algemas](#)

27/06/2018 Denis Menezes de Araujo

» [Delação premiada desafios e perspectivas no Brasil](#)

27/06/2018 Veronica Bettin Scaglioni

» [Filiação no ordenamento jurídico](#)

27/06/2018 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](#)

27/06/2018 Frederico Costa Bezerra

» [Da \(im\)possibilidade de alteração de lotação e/ou função de auxiliar de enfermagem estatutário](#)

27/06/2018 Ludimila de Freitas Souza

» [Marco civil da internet e os crimes virtuais](#)

27/06/2018 Eduardo André Carvalho Schiefler

» [A incorporação da modalidade de licitação "pregão" pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017 \(Nova Lei de Licitações\)](#)

26/06/2018 Italo Roberto Fuhrmann

» [A Constituição Brasileira de 1988 nos seus 30 anos de existência: Balanço e Perspectivas](#)

26/06/2018 Ennio Marcos de Melo Lima

» [Concessão do adicional de insalubridade e o princípio constitucional de proteção ao trabalhador: na perspectiva da nova reforma trabalhista](#)

26/06/2018 Caroline Prado Zanin

» [Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade](#)

26/06/2018 Pedro Henrique Fachini Lustosa da Costa

» [O déficit democrático da UE analisado a partir de visões Habermasianas e Kantianas.](#)

26/06/2018 Veronica Bettin Scaglioni

» [Bombons com larvas geram indenização](#)

26/06/2018 Eduardo André Carvalho Schiefler

» [A nova modalidade de licitação "diálogo competitivo" criada pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017 \(Nova Lei de Licitações\)](#)

25/06/2018 Pedro Henrique Fachini Lustosa da Costa

» [Diferentes visões contratualistas sobre o Direito da UE](#)

25/06/2018 Victor David de Azevedo Valadares

» [Análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a imunidade recíproca das empresas públicas e a necessidade de criação de critérios objetivos para o regime de submissão](#)

25/06/2018 Jeanne Almeida Bezerra

» [Gestão do sistema prisional do Estado do Amazonas: breves considerações e o caso do Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ](#)

25/06/2018 Eduardo André Carvalho Schiefler

» [A inversão das fases de habilitação e julgamento trazida pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017 \(Nova Lei de Licitações\)](#)

25/06/2018 Veronica Bettin Scaglioni

» [Assédio Moral](#)

ATLAS DA VIOLÊNCIA NO BRASIL – 2018

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

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, lançaram neste mês de junho, sob a coordenação do pesquisador Daniel Cerqueira, o Atlas da Violência 2018, "*analisando inúmeros indicadores para melhor compreender o processo de acentuada violência no país.*"

A pesquisa inicia com uma comparação com o número de homicídios registrados no mundo entre os anos de 2000 e 2013, a partir de dados fornecidos pela Organização das Nações Unidas – ONU e a Organização Mundial da Saúde – OMS.

Observou-se que os países da América do Sul apresentam entre si "*taxas similares, variando aproximadamente na mesma margem*", sendo que o Brasil e a Colômbia lideram os números, ao passo que o Uruguai, o Chile e a Argentina possuem taxas abaixo da média mundial.

Segundo a investigação, existe uma "*concentração do problema dos homicídios nos países latino-americanos, sendo que o Brasil, lamentavelmente, entra sempre na lista das nações mais violentas do planeta.*"

Em seguida, os pesquisadores debruçam-se sobre os números brasileiros, coletados a partir do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde (SIM/MS). A partir da análise dos dados coletados – com gráficos e tabelas – chega-se à conclusão que o País superou o patamar de 30 mortes por 100.000 habitantes (taxa igual a 30,3), revelando um elevado aumento em relação à pesquisa anterior.

Este crescimento não se deu de maneira homogênea, mas de forma diferenciada entre as regiões: *"nos últimos quatro anos, enquanto houve uma virtual estabilidade nas regiões Sudeste e Centro-Oeste, observa-se um crescimento nas demais regiões e, de forma mais acentuada, na região Norte"*, sendo que todos os Estados com crescimento superior a 80% nas taxas de homicídios pertenciam ao Norte e ao Nordeste.

A tragédia revela-se ainda mais assustadora quando o homicídio representa como causa de mortalidade da juventude masculina (homens entre 15 a 19 anos) 56,5% do total de óbitos, *"fenômeno denunciado ao longo das últimas décadas, mas que permanece sem a devida resposta em termos de políticas públicas que efetivamente venham a enfrentar o problema. Os dados de 2016 indicam o agravamento do quadro em boa parte do país: os jovens, sobretudo os homens, seguem prematuramente perdendo as suas vidas."*

Em 2016, 94,6% dos jovens assassinados eram do sexo masculino, um acréscimo de 8% em relação ao ano anterior. Os Estados do Acre e do Amapá lideraram este aumento.

A violência contra os negros está fartamente demonstrada no estudo, sendo muito acentuada *"a concentração de homicídios na população negra"*, uma das mais cruéis *"facetas da desigualdade racial no Brasil"*, conforme já havia sido descrito em outras publicações, como no Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência – ano base de 2015 – *"que demonstrou que o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior que o de um jovem branco."*

Com efeito, as taxas de homicídio entre pretos e pardos (grupos populacionais de negros) *"revelam a magnitude da desigualdade"*, quando comparados com os não negros. Segundo os investigadores, os números são tão discrepantes que é *"como se, em relação à violência letal, negros e não negros vivessem em países completamente distintos."* Os Estados de Sergipe e do Rio Grande do Norte lideram entre os que têm as maiores taxas. Sete dos Estados pesquisados, por exemplo, registraram taxas de homicídios entre não negros de apenas um dígito, *"o que, para o caso brasileiro, é extremamente raro."*

Vejam, por exemplo: *"Em um período de uma década, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%. No mesmo período, a taxa entre os não negros teve uma redução de 6,8%. Cabe também comentar que a taxa de homicídios de mulheres negras foi 71% superior à de mulheres não negras."* (grifei).

O estudo conclui, com absoluto acerto e incontestável correção, *"que a desigualdade racial no Brasil se expressa de modo cristalino no que se refere à violência letal e às políticas de segurança. Os negros, especialmente os homens jovens negros, são o perfil mais frequente do homicídio no Brasil, sendo muito mais vulneráveis à violência do que os jovens não negros"*, razão pela qual *"políticas eficientes de prevenção da violência devem ser desenhadas e focalizadas, garantindo o efetivo direito à vida e à segurança da população negra no Brasil."*

Na pesquisa há um tópico dedicado às mortes decorrentes de intervenções policiais. Neste item, os pesquisadores advertem que os dados registrados no Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) sobre intervenções legais e operações de guerra *"permanecem – como demonstrado nas edições anteriores – com subnotificação significativa quando comparados aos dados policiais"*, sendo que a diferença entre as duas fontes supera 67,5%.

Assim, enquanto o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) registrou 1.374 casos de pessoas mortas em funções de intervenções policiais, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, feito com base nos registros policiais, apontou, no mínimo, 4.222 vítimas (ano de 2016).

Esta discrepância de dados, evidentemente, é lamentável, pois *"o uso da força pelos agentes estatais é um tema central para a democracia brasileira, já que frequentemente as polícias brasileiras têm sido acusadas de violações de direitos e de serem violentas, o que reforça a necessidade de registros fidedignos para mensuração do fenômeno."*

Nota-se que *"os negros são as principais vítimas da ação letal das polícias e no perfil predominante da população prisional do Brasil."* Neste sentido, os pesquisadores observam que o Anuário Brasileiro de Segurança Pública identificou que 76,2% das vítimas de atuação da polícia são negras.

E em relação aos homicídios contra as mulheres? Certamente, *"os dados apresentados no relatório devem contribuir para destacar e denunciar a morte de mulheres, assim como a necessidade do aprimoramento dos mecanismos de enfrentamento"*, especialmente no ano que foi tristemente marcado pelo assassinato da vereadora do Rio de Janeiro Marielle Franco, no dia 14 de março. Uma mulher negra, mãe e moradora da favela da Maré.

Pela pesquisa, em 2016, foram assassinadas no País 4.645 mulheres, o que representa cerca de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. Em dez anos, este número aumentou em 6,4%. Destaca-se, negativamente, óbvio!, o Estado de Roraima, cuja taxa de homicídios contra as mulheres foi superior à taxa de todo o Brasil.

Ademais, "considerando-se os dados de 2016, a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras (5,3) que entre as não negras (3,1) – a diferença é de 71%. Em relação aos dez anos da série, a taxa de homicídios para cada 100 mil mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto que entre as não negras houve queda de 8%."

Aqui, os Estados de Goiás e Pará lideram o topo do **ranking** das maiores taxas quando se trata de homicídio de mulheres negras, sendo que estes Estados não estão entre aqueles com maiores taxas de homicídios de mulheres brancas. Relativamente às mulheres não negras, o Estado de Roraima lidera, cujo índice é *"muito superior a qualquer outra taxa, em qualquer outro estado"*, fato que confirma os relatórios Human Rights Watch (2017) *"que apontaram o estado de Roraima como o mais letal para mulheres e meninas no Brasil, e do Conselho Indigenista Missionário (Cimi, 2017), que descreveu Roraima como a UF que teve o maior número de vítimas indígenas assassinadas."*

O uso de armas de fogo também foi objeto da pesquisa. Com efeito, *"entre 1980 e 2016, cerca de 910 mil pessoas foram mortas com o uso de armas de fogo."* O ano de 1980, segundo os pesquisadores, marca *"uma verdadeira corrida armamentista no país só interrompida em 2003, por conta do Estatuto do Desarmamento."* Eles concluíram, com base nos dados coletados, que o *"crescimento dos homicídios no país ao longo dessas três*

décadas e meia foi basicamente devido às mortes com o uso das armas de fogo, ao passo que as mortes por outros meios permaneceram constantes desde o início dos anos 1990." O Estado de Sergipe lidera a lista daqueles que apresentam mais homicídios por armas de fogo (85,9% do total).

Para eles, sem dúvidas, "não fosse o Estatuto do Desarmamento que impôs um controle responsável das armas de fogo, a taxa de homicídios seria ainda maior que a observada."

A pesquisa também fez um levantamento sobre os casos de crimes contra a dignidade sexual, especialmente o estupro, mostrando que, em 2016, foram registrados pela polícia brasileira vergonhosos 49.497 casos de estupro, segundo informações do 11º. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Já no Sistema Único de Saúde, foram registrados 22.918 casos de estupro (quase metade, portanto, daquele fornecido pela Polícia).

Notam os pesquisadores que ambas as bases de informações são subnotificadas e, portanto, não podem dar uma ideia precisa do gravíssimo problema. Eles atentam, com absoluta razão, que *"o tabu engendrado pela ideologia patriarcal faz com que as vítimas, em sua grande maioria, não reportem a qualquer autoridade o crime sofrido."* Comparando-nos com os Estados Unidos, os autores lembram que naquele País apenas 15% do total dos estupros são informados à Polícia. Assim, concluem que *"caso a nossa taxa de subnotificação fosse igual à americana, ou, mais crível, girasse em torno de 90%, estaríamos falando de uma prevalência de estupro no Brasil entre 300 mil a 500 mil a cada ano."* Note-se, outrossim, que aqui também as mulheres negras são as vítimas mais numerosas. Além disso, o estudo concluiu que na maioria das vezes (54,9%) em que a ofendida conhece o seu agressor, ela já havia sido vítima antes.

Outro dado também impressionantemente assustador revela que a violência de gênero vem acompanhada da *"vulnerabilidade por deficiências física e/ou psicológica."* Assim, *"cerca de 10,3% das vítimas de estupro possuíam alguma deficiência, sendo 31,1% desses casos contra indivíduos que apresentam deficiência mental e 29,6% contra indivíduos com transtorno mental. Além disso, 12,2% do total de casos de estupros coletivos foram contra vítimas com alguma deficiência."*

Em relação ao estupro de crianças, "é estarrecedor notar que quase 30% dos casos de estupro contra crianças são perpetrados por familiares próximos, como pais, irmãos e padrastos."

Eis um resumo do trabalho realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP. A pesquisa é muito longa e os números são os mais variados. É uma investigação que deve ser levada em consideração quando se tratar de violência no Brasil, especialmente em um período eleitoral. Ela mostra, à sociedade, a nossa estúpida desigualdade racial, gênese de vários dos problemas brasileiros. Também demonstra que a liberalização do uso das armas de fogo será desastrosa para a nossa sociedade: as mortes multiplicar-se-ão!

É preciso que estejamos atentos para que os oportunistas não se aproveitem da insegurança na qual vivemos no cotidiano e possam pautar as suas bandeiras totalitárias e fascistas. Estudos como esse devem servir de base para que a sociedade discuta com racionalidade uma questão tão séria como a violência, sem demagogia e sem tergiversações.

A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR PERFIL GENÉTICO NA PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE E A LUZ DO PRECEDENTE SCHMERBER V. CALIFÓRNIA

CLAUDIA APARECIDA FERREIRA DE SOUZA:
Bacharela do Curso de Direito da Universidade
Federal de Juiz de Fora.

JOÃO BECCON DE ALMEIDA NETO
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise acerca do método de identificação criminal introduzido pela Lei nº 12.654/2012 e suas consequências no ordenamento jurídico pátrio à luz dos eventuais conflitos com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, além da possibilidade de relativização do princípio. A abordagem inicia-se com um breve relato acerca da identificação criminal no âmbito internacional, após, o desenvolvimento da identificação criminal no contexto brasileiro, posteriormente as alterações trazidas pela Lei nº 12.654/2012. Por fim, dedica-se a exposição do precedente norte-americano *Schmerber v. Califórnia*, examina-se o princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento brasileiro e a possibilidade de sua relativização nos termos do precedente norte-americano.

Palavras-chave: Identificação criminal. Lei nº 12.654/2012. *Nemo tenetur se detegere*. *Schmerber v. Califórnia*.

ABSTRACT: The present article proposes an analysis about the criminal identification method introduced by Law nº 12.654/2012 and its consequences in the national legal system in the light of eventual conflicts with the *nemo tenetur se detegere* principle, and the possibility of the relativization the principle. The approach begins with a brief report about the criminal identification internationally and later with the development of the criminal identification in the Brazilian context, after the alterations brought about the Law nº 12.654/2012. Finally, it dedicates to the exposition of the American precedent *Schmerber v. California*, and examines the *nemo tenetur se detegere* principal in Brazilian law and the possibility of its relativization according to the American precedent.

Key words: Criminal identification. Law nº 12.654/2012. *Nemo tenetur se detegere*. Schmerber v. California.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Identificação criminal genética: Lei nº 12.654/12 e sua inserção no ordenamento jurídico. 2.1 Breve relato sobre a utilização dos bancos de dados de perfis genéticos na esfera internacional. 2.2 Considerações sobre a identificação criminal no âmbito nacional. 2.3 Alterações da nova previsão legal inserida no contexto jurídico brasileiro. 3. A Lei nº 12.654/2012 em face do princípio do *nemo tenetur se detegere*. 3.1 Aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur se detegere* a partir do precedente norte-americano. 3.2 O princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento pátrio 3.3 Não relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* a luz do precedente Schmerber v. Califórnia 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A despeito do aumento dos índices de criminalidade aliado ao clamor popular por políticas públicas eficientes e dirigidas ao combate à violência, o direito penal se viu obrigado a se adaptar aos avanços tecnológicos e genéticos, visando melhorar a prestação jurisdicional na solução de conflitos. Dessa forma, através da Lei da Identificação Criminal Genética, a utilização do DNA – Ácido Desoxirribonucleico - emergiu como um novo meio de identificação para fins de investigação criminal. Surge então, como uma possível solução que busca incrementar a investigação criminal e ser uma fonte de pesquisa na individualização humana no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa linha, a Lei nº 12.654, promulgada em 28 de maio de 2012, altera dispositivos das Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 (Identificação Criminal) e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). No que concerne à primeira, passou-se a estabelecer a coleta de material biológico do investigado, mediante autorização judicial. No tocante à segunda, determinou aos condenados o fornecimento de material biológico de forma automática, nos casos de crimes dolosos com violência de natureza grave contra pessoa e crimes previstos como hediondos. Tal lei ainda determina que os dados

coletados sejam armazenados em um banco de dados de perfis genéticos gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, regulado pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.

A Lei nº 12654/2012 originou-se a partir de duas orientações: a primeira diz respeito à tendência do Brasil em seguir ditames internacionais, de forma que qualquer legislação “importada” com vistas a controlar a criminalidade é absorvida pelo ordenamento. A segunda, por sua vez, faz referência ao fato da predisposição que a população possui em acreditar que basta a edição de leis para solução da problemática. Logo, não há surpresa no fato de não haver pré-questionamentos acerca da conformidade da nova lei^[1] com os princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, é necessário observar que embora a lei supracitada tenha aumentado as esperanças em relação ao alto índice de impunidade e criminalidade no país, gerou tensão a respeito da mitigação de princípios constitucionais, em especial o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ao autorizar que o corpo do acusado/condenado seja objeto de prova contra ele próprio.

A partir dessas questões travadas pela doutrina contemporânea^[2] e o fato do Brasil possuir uma predisposição a aderir institutos norte-americanos como referência para o ordenamento pátrio, o estudo do princípio do *nemo tenetur se detegere* à luz do precedente *Schmerber v. Califórnia* é de grande relevância, uma vez que demonstra a

limitação do princípio ao direito de permanecer em silêncio e a imposição do acusado de suportar a coleta do material biológico.

Destarte a observação dos aludidos pressupostos, o presente artigo tem como objetivo identificar e analisar, com base no sistema jurídico brasileiro, a utilização do DNA para fins de persecução criminal regulamentado pela Lei nº 12654/2012 à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*, através de uma abordagem jurisprudencial, doutrinária e legislativa e posteriormente examinar a aplicação do precedente norte-americano *Schmerber v. Califórnia* no ordenamento pátrio, que tende a limitar a aplicação do princípio.

Inicialmente este estudo traz um panorama geral acerca da Lei nº 12.654/2012 e como se deu sua inserção no sistema jurídico brasileiro.

Posteriormente, faremos uma exposição do precedente *Schmerber v. Califórnia* que trata da aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* no sistema norte- americano, com o fim de realizar um estudo comparativo quanto aos limites da aplicação do princípio naquele sistema e no sistema brasileiro. Por fim, será apresentado um breve relato sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere* e os motivos para sua não relativização no ordenamento pátrio.

2. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA: Lei nº 12.654/12 e sua inserção no ordenamento jurídico.

2.1 Breve relato sobre a utilização dos bancos de dados de perfis genéticos na esfera internacional.

O procedimento de coleta do material biológico para fins de identificação criminal e armazenamento em banco de dados vem sendo utilizado em muitos países da Comunidade Europeia, bem como nos Estados Unidos. [3]

O primeiro banco de dados de perfis genéticos de criminosos foi criado na Inglaterra, em 1994. Desde então, os resultados quanto ao combate a criminalidade se mostraram satisfatórios. Apesar do pioneirismo inglês na utilização desse método, o banco de dados mais conhecido advém dos Estados Unidos e foi criado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*), o Codis (*Combined DNA Index System – Sistema Combinado de Índices de DNA*), foi o sistema que influenciou diretamente a criação e implementação do banco de dados genéticos no Brasil.[4]

A maioria dos países membros do Conselho da Europa e os Estados Unidos permitem a intervenção corporal sem o consentimento do acusado no processo penal, variando-se entre os ordenamentos jurídicos apenas a necessidade de ordem judiciária.[5]

2.2 Considerações sobre a identificação criminal no âmbito nacional.

A identificação criminal possui um papel substancial no auxílio à aplicação do direito penal. Trata-se de um método utilizado pelos responsáveis pela persecução penal em que são empregados procedimentos para identificação de sujeitos apontados como autores de

delitos. Desta forma, possibilita o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, a fim de se individualizar a conduta e auferir certeza ao punir o autor da infração e não pessoa diversa, evitando o erro judiciário.^[6] Nesse sentido, “para que o Estado possa punir o autor do delito, é indispensável o conhecimento efetivo e seguro de sua corretaidentidade”.^[7]

Anteriormente a Carta Magna de 1988, a Súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal trazia em seu teor o entendimento que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”. Dessa forma, a identificação criminal era regra, mesmo que o indivíduo já houvesse sido identificado civilmente. Tal entendimento dava azo a condutas abusivas e autoritárias, como a chamada “prisão para averiguação”, prática em que o sujeito era conduzido coercitivamente até a Delegacia de Polícia para apurar sua identificação e antecedentes, sem mandado judicial.^[8]

Como fruto do momento histórico, buscando afastar abusos dos órgãos de repressão no que diz respeito à identificação criminal,^[9] a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVIII,^[10] transformou o que era regra em exceção, uma vez que a identificação criminal do civilmente identificado passou a ser condicionada à previsão legal. Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, uma vez que a lei pode prever hipóteses em que a identificação criminal é devida, mesmo ao civilmente identificado.

A partir da disposição da Constituição Federal alguns dispositivos legais passaram a dispor sobre a identificação criminal. Neste viés, sobreveio o artigo 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA^[11]-, estabelecendo a identificação criminal do adolescente civilmente identificado, em casos de dúvida fundada. Na sequência, o art. 5º da Lei nº 9.034/95,^[12] o qual trouxe a hipótese de identificação compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado, independentemente da existência de identificação civil.

Posteriormente, houve a edição da Lei nº 10.054/2000 que passou a regulamentar de maneira específica a identificação criminal no ordenamento pátrio, determinando crimes em que a identificação seria compulsória, não constando, entre eles, a hipótese em que o acusado se

envolve com a ação praticada por organizações criminosas, com efeito, revogado o preceito contido no art. 5º da Lei nº 9.034/95.

Nestes termos, discorre Lima:

Como o art. 3º, inciso I, da revogada Lei nº 10.054/00, enumerava, de forma incisiva, determinados crimes em que a identificação criminal seria compulsória – homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público –, não constando, dentre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas, concluiu a 5ª Turma do STJ que o preceito do art. 5º da Lei nº 9.034/95 teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 10.054/00.[\[13\]](#)

Todavia, essa lei recebeu diversas críticas, principalmente no que diz respeito à ofensa dos princípios da igualdade e inocência, visto que listou de maneira equivocada um rol de crimes em que a identificação criminal seria obrigatória.

Nessa esteira, foi promulgada a Lei nº 12.037/2009, que é aplicada atualmente a fim de delimitar as exceções previstas pelo art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, a qual revogou a Lei nº 10.054/00, abandonando-se qualquer rol taxativo de delitos que comportem identificação criminal, esta lei também delimitou que a identificação criminal poderá ser feita através dos processos datiloscópico e fotográfico.

Por fim, entrou em vigor a atual lei 12.654/2012, que introduziu no ordenamento brasileiro, além das supracitadas datiloscopia e identificação fotográfica, a possibilidade da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético como meio de identificação criminal.

É notável que a Lei nº 12.037/09 trouxe grandes avanços no que diz respeito à identificação criminal, todavia, acompanhando as inovações tecnológicas e o clamor social oriundo da criminalidade no país, a

possibilidade de identificação por perfil genético (Lei nº 12.654/12) surge como um novo instrumento para combater esse preocupante quadro nacional.

2.3 Alterações da nova previsão legal inserida no contexto jurídico brasileiro

Anteriormente, a identificação criminal era realizada através de identificação datiloscópica e fotográfica. O artigo 5º da Lei Federal nº 12.654/2012^[14], acrescentou mais uma possibilidade, qual seja, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético e o seu armazenamento em um banco de dados.

Assim, salienta Lima:

Esta Lei introduziu no ordenamento pátrio a possibilidade de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Também introduziu na Lei de Execução Penal o art. 9º-A, que dispõe que “os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90 serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor”.^[15]

Conforme mencionado acima, a Lei nº 12.654/2012 altera a lei de Identificação Criminal e a lei de Execução Penal, trazendo duas hipóteses de coleta de material genético para fins de identificação criminal, primeiramente na fase da persecução penal, onde o juiz de ofício ou mediante representação da autoridade policial, Ministério Público ou da Defesa, pode determinar a coleta do material biológico do investigado, se considerar essa prova essencial às investigações policiais. Na execução, a coleta do material genético é compulsória e automática, quando há condenação em crimes dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90.^[16]

Nesse raciocínio Lopes Junior corrobora:

A lei disciplina, como dito antes, duas situações distintas: a do investigado e a do apenado. A finalidade da coleta do material biológico será diferenciada: para o investigado, destina-se a servir de prova para um caso concreto e determinado (crime já ocorrido); já em relação ao apenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida. [17]

Ao mesmo passo, criou-se o art. 5º-A, [18] que dispõe que todo o material biológico coletado será acrescentado ao Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), ambos fundados pelo Decreto-Lei nº 7.950/2013, dessa forma haverá a instituição de um banco de dados nacional para o armazenamento dos materiais colhidos. Esse banco de dados será gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. As informações contidas no banco de dados a respeito do acusado possuem caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei. Outrossim, as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Por fim, nos termos do art. 7º-A, "a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito". Destarte, as informações genéticas do acusado devem ser excluídas dos bancos de dados no prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito, preservando o direito de intimidade do réu.

Contudo, é possível notar que a lei mencionada, tem o objetivo de auxiliar o Estado no que diz respeito ao controle de criminalidade, através do aperfeiçoamento de técnicas de identificação criminal. Todavia, a adoção dessa técnica requer alguma cautela do legislador no que tange aos preceitos constitucionais, em especial ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

3. A LEI N° 12.654/2012 EM FACE DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SEDETEGERE*.

3.1 Aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur se detegere* a partir do precedente norte-americano

Superadas as questões formais acerca da Lei nº 12.654/12, não há como desprezar que a coleta compulsória de material genético pode afetar a esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, em especial o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Os Estados Unidos, em decorrência do seu poder econômico, se apresenta como fonte de modelos sociais e políticos, assim o Brasil tem propensão a aderir alguns institutos desse país. Exemplo disso é a edição da Lei nº 11.690 de 2008 que acrescentou a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (*fruit of the poisonous tree* ou *fruit doctrine*) ao Código Penal Brasileiro. O instituto foi criado pela Corte norte-americana no ano de 1920 a partir do caso *Siverthorne Lumber Co v. United Sates*[19] e aprimorado em 1939 com o caso *e Nardone v. United States*. [20] A Suprema Corte Americana fixou o entendimento que o vício da ilicitude da prova obtida com violação a regra de direito material se comunica a todas as demais provas produzidas a partir daquela. [21]

Logo, não se pode ignorar a influência que o direito norte-americano exerce no ordenamento pátrio, uma vez que já serviu como influência e possui inclinação a continuar sendo adotado como referência no sistema. Por conseguinte, a análise do ulterior precedente de acordo com os limites da aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur se detegere* possui tamanha expressividade.

Em, *Schmerber v. Califórnia*, decidido em 20 de junho de 1966, Armando Schmerber foi hospitalizado após acidente automobilístico. Ao atender a ocorrência um policial notou sintomas de embriaguez e o colocou sob prisão, solicitando ao médico que realizasse a colheita de amostra de sangue do paciente, procedimento que se deu sem sua permissão. A perícia realizada confirmou a ingestão de bebida alcoólica acima dos limites permitidos e esse relatório foi admitido como evidência no julgamento, sendo imprescindível para sua condenação. Armando Schmerber, opôs resistência a observância desta prova com o fundamento de que o sangue havia sido retirado sem seu consentimento,

aliás, sem sequer seu conhecimento e sem que, tampouco, pudesse manifestar sua recusa. Foi usada como matéria de defesa a violação de uma série de direitos constitucionais, dentre eles o privilégio a não autoincriminação.

A corte rejeitou o argumento de que a retirada de sangue e a admissão da prova ao processo violava o privilégio da Quinta Emenda, que garante a qualquer pessoa o direito a não ser compelida a testemunhar contra ela própria.^[22]

Sobre o caso em tela, a Corte entendeu que o privilégio protege o acusado apenas de ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, ou de outro modo, a fornecer ao Estado depoimento oral ou escrito que o incrimine, de forma que, a retirada de sangue, em tese, não violaria a Quinta Emenda.^[23]

Tão logo, a decisão não deveria ser modificada, uma vez que a prova obtida não implicaria em nenhuma espécie de compulsão a prestar depoimentos.

Dessa forma, é notável que o leading case *Miranda v. Arizona* (1966),^[24] em que restou reconhecido o direito do acusado permanecer em silêncio, sem que este seja interpretado em seu desfavor, teve seu alcance reduzido. Destarte, refere-se somente a produção compulsória de provas de natureza testemunhal, as quais exigem que o acusado revele o conteúdo de seus pensamentos, ao passo que as provas de natureza diversa, como coleta de sangue, não estariam abarcadas pelo *privilege*, visto que são práticas “não comunicativas”.^[25]

No entendimento de Queijo:

O que ocorre, ao longo do tempo, é que o conjunto de regras de proteção contra a autoincriminação estabelecidas em *Miranda*, foi sofrendo interpretações restritivas sob vários aspectos. Alega-se que as garantias de *Miranda* não eram compatíveis com o combate à criminalidade, justificando-se, assim, as restrições impostas.²⁸

Contudo, é possível concluir que na Corte norte-americana, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, conhecido no direito anglo-americano como *privilege against self-incrimination*, tem aplicação

limitada, em síntese, o privilégio se restringe ao direito de permanecer em silêncio. Logo, as provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção são permitidas coercitivamente sem configurar afronta ao *privilege*.^[26]

3.2 O princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento pátrio

O princípio da não autoincriminação é expresso pela máxima latina *nemo tenetur se detegere*, em tradução livre, significa que ninguém é obrigado a se descobrir, assegurando a esfera de liberdade do indivíduo.^[27]

Destarte, o princípio do *nemo tenetur se detegere* é de suma importância para o Estado Democrático de Direito, na medida em que assegura o direito a não autoincriminação. É considerado um direito fundamental de primeira geração, que corresponde àqueles com resistência ou oposição ao Estado.

Essa concepção advém do modelo acusatório, no qual já não se considera o acusado como meio de prova. Com o abandono do sistema inquisitivo, o acusado passou a ser tratado como sujeito processual e não mais como objeto dentro do processo.^[28]

A doutrina ainda não chegou a um consenso a respeito do momento exato do surgimento do princípio,^[29] todavia, consoante é o entendimento de que o direito a não autoincriminação foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como resposta as violações à integridade física, psíquica e moral, praticadas pelos regimes militares.

Nesta acepção, conclui Abulquerque que "é de automática conclusão que a consagração do *nemo tenetur se detegere* decorreu da necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelo regime absolutista no campo do Processo Penal."^[30]

A despeito de não restar previsão legal expressa no texto constitucional brasileiro, no artigo 5º, inciso LXIII,^[31] há regra assegurando ao acusado, em todas as fases do processo, o direito de permanecer calado, bem como no Código de Processo Penal mediante alteração do artigo 186. ^[32]

Por se tratar de direito fundamental também foi reproduzido em normas de direito internacional, inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1984, que não cita expressamente, mas prescreve a presunção de inocência. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de

1950, que acolhe a presunção de inocência e também no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966,^[33] que assegura a garantia à desobrigação de a pessoa confessar algo em seu prejuízo. Por último, temos previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),^[34] que prevê expressamente que toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada.

Em que pese a condição de direito fundamental do *nemo tenetur se detegere* e seu reconhecimento internacional, é possível observar, principalmente com o precedente já exposto, uma tendência a relativizar os direitos advindos desse princípio.

No que diz respeito a esta limitação do princípio do *nemo tenetur se detegere* ao direito de permanecer em silêncio, não há que se negar que a maior manifestação se encontra no direito ao silêncio, todavia, não pode ser confundido com o mesmo e nem aplicado de forma tão limitada no ordenamento pátrio.

Nesse passo, Gesu filiando-se à Lopes Jr., preleciona:

Conforme LOPES Jr., o “direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado” e acrescenta que do exercício do direito ao silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico ao imputado, Apesar de a previsão constitucional prescrever ao “direito de permanecer calado”, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não se reduz as manifestações orais, deve abranger todas ações físicas e não verbais, capazes de contribuir para a própria condenação. O princípio inclui tanto o direito ao silêncio quanto o direito de não ser constrangido a produzir prova contra si mesmo. na medida em que no processo

penal só há presunção de inocência. Por consequência, qualquer tipo de recusa não autoriza presumir-se a culpabilidade, muito menos por configurar delito de desobediência. Portanto, o princípio da não autoincriminação decorre não só de poder calar no interrogatório, como também do fato de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de fornecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA ou de escrita, incumbindo à acusação desincumbir-se do ônus ou carga probatória de outra forma.^[35]

Assim, no direito brasileiro o princípio deve ser visto de forma extensiva, como afirma Pacelli o *nemo tenetur se detegere* é o gênero do qual o direito ao silêncio e a não autoincriminação são espécies, assim, além de autorizar o acusado a não se manifestar durante a fase de investigação ou em juízo, também lhe garante a desnecessidade de contribuir na formação de prova que possa lhe prejudicar.^[36]

Dessa forma, diante da redução dos limites de aplicação do princípio *do nemo tenetur se detegere* às manifestações orais, de modo a permitir os demais meios de autoincriminação, como a coleta de sangue, estaríamos diante da mitigação de uma série de direitos ao se coibir um acusado a fornecer provas contra si mesmo.

Em atenção à Lei nº 12.654/2012, considerando o fornecimento do material genético, o investigado não pode ser obrigado a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer material biológico para fins probatórios, configura uma afronta ao princípio constitucional que veda a autoincriminação.^[37] O acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo habilitado a incriminá-lo, muito menos pode se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento.

Nessa perspectiva, as provas que necessitam da cooperação do acusado podem ser consideradas invasivas ou não invasivas, assim, infere Queijo:

No que diz respeito às provas que dispensam a cooperação do investigado, parece não existir

maiores controvérsias sobre a ausência de violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que não se exige dele uma atuação contra si mesmo, podendo ser objeto de prova os vestígios deixados na cena do crime ou colhidos em outros locais. Por outro lado, maior atenção parece merecer a colheita de provas que dependam da sua cooperação, uma vez que, em tese, ele poderia se recusar a tanto por não ter o dever de produzir prova contra si mesmo, especialmente, no que diz respeito à coleta de material biológico, nas hipóteses em que impliquem intervenção corporal.^[38]

As provas invasivas não podem ser realizadas contra a vontade do acusado, uma vez que necessitam da intervenção corporal deste, pois pressupõem penetração no organismo humano, ferindo além do princípio do *nemo tenetur se detegere*, outros valores fundamentais como a liberdade, intimidade, dignidade da pessoa humana e a intangibilidade corporal.

Há provas que, embora não necessitem de intervenção corporal para sua produção, dependem da cooperação do acusado. Dessa forma, também não se pode exigir colaboração ativa do acusado, sendo inadmissível a execução coercitiva para compeli-lo a colaborar, em vista do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Além disso, cabe destacar que tão importante quanto essa manifestação positiva do acusado é a manifestação negativa. Deste modo, diante da extração de material biológico daquele que se encontra impossibilitado de manifestar-se, como o desacordado, estaríamos diante da afronta ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e aos direitos da personalidade que abrange a integridade física, moral, intelectual, psíquica e a intimidade, protegendo a inviolabilidade do corpo humano.

Ainda cabe destacar que da negativa não se pode extrair presunção de veracidade nem acarretar crime de desobediência, pois diante do modelo acusatório o acusado não é mais o objeto de prova de forma a não ser compelido a colaborar com sua incriminação.

Sobre a matéria, Aury é enfático:

O sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar a defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência.[39]

Por fim, o princípio do *nemo tenetur se detegere* ostenta significativa dimensão no processo penal, uma vez que assegura ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo. Estando diretamente relacionado ao direito a intimidade, liberdade moral, dignidade e intangibilidade corporal, dado que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação proveniente da visão de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.

3.3 Não relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* a luz do precedente *Schmerber v. Califórnia*

Em que pese, a limitação do princípio do *nemo tenetur se detegere* na Corte norte-americana, surge a preocupação que essa tendência passe a ser adotada no Brasil, relativizando a aplicação do princípio.

Essa orientação é defendida com base em três premissas: busca da verdade material, a supremacia do interesse coletivo sob o privado e o fracasso da persecução penal devido à falta de cooperação do acusado. Todavia passemos a desconstruir essas hipóteses.

Como expõe Queijo “um dos principais óbices ao reconhecimento do princípio do *nemo tenetur se detegere* é o mito da verdade material, vinculado as ideias de liberdade absoluta do juiz, sem limitação de seus poderes na produção de provas”. [40]

Ainda sustenta, que:

[...] com relação às provas que dependem da colaboração do acusado, modernamente argumenta-se contra o princípio *nemo tenetur se detegere*, que, se fosse, ele aplicado em toda sua extensão, levaria à completa inviabilização da apuração da verdade material.^[41]

Dessa forma, a ideia de busca da verdade material se apresenta como um resquício do modelo inquisitório, baseado na concepção que o acusado deve servir como meio de prova, surgindo como uma autêntica forma de limitação a verdadeira dimensão do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

No entanto, ocorre que essa noção de verdade material não passa de um mito, não há possibilidade de atingi-la na instrução processual, pois até mesmo o grau máximo de certeza gerado pelas provas representa apenas a verdade processual, não passando de uma verdade aproximativa.

Dessa forma, diante da impossibilidade de se atingir a verdade material, restando tão somente à verdade processual a ser alcançada, ela não pode ser considerada como meta absoluta, permitindo o sacrifício de direitos e garantias fundamentais do acusado. "O valor "verdade", no processo, não se sobrepõe aos outros valores que estão envolvidos nem à função social do processo, que é a pacificação social".^[42]

Assim, a limitação do princípio em face da busca da verdade real não se justifica.

Quanto à alegação a respeito da limitação do princípio diante da prevalência do interesse coletivo sob o privado, não há dúvida que se faz necessária à existência de uma ponderação entre esses interesses. Diante da prevalência do interesse individual teríamos o fracasso da persecução penal, por outro lado, diante da prevalência absoluta do direito coletivo estaríamos diante um método autoritário que iria suprimir direitos e garantias fundamentais.

Ainda cabe observar que, essa contraposição existente entre direito coletivo e privado é apenas aparente, dado que há interesse público na obtenção de um processo penal ético com cumprimento das garantias fundamentais do indivíduo.^[43]

Isto posto, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não deve ser limitado em prol do interesse coletivo, uma vez que iria suprimir direitos e garantias fundamentais, e a defesa dessas garantias é de interesse da própria coletividade.

Todavia, parte da doutrina defende que uma vez que não existe direito fundamental absoluto, tal princípio deve passar pelo crivo da proporcionalidade. Na sua aplicação deve existir o sopesamento de outros direitos e garantias constitucionais.

Nestes termos, expressa Queijo:

O nemo tenetur se detegere, como outros direitos fundamentais, não é absoluto, devendo coexistir no ordenamento jurídico com outros direitos e valores, como a paz social e a segurança pública, igualmente tutelados (limites implícitos imanentes). Por isso, admitem-se restrições ao referido direito, em caráter excepcional, que deverão ser operados sempre por lei, estrita e previa, que atenda ao princípio da proporcionalidade, sob pena de inconstitucionalidade.^[44]

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu na RCL-QO 2040, pela possibilidade da coleta de material descartado, para a realização do exame de DNA, realizando uma ponderação entre valores constitucionais contrapostos, de um lado, o direito a intimidade e a vida privada, e de outro, o direito a honra e a imagem.^[45]

Por fim, no que diz respeito ao fato da não cooperação do acusado gerar o fracasso da persecução penal, tal também não se sustenta.

O acusado não é mais um objeto de prova como no sistema inquisitório, o Estado não tem direito ilimitado à prova, há limites para a busca da verdade no processo, dessa forma o acusado não pode ser compelido a produzir provas, pois uma vez forçado além de ferir o *nemo tenetur se detegere* viola outros direitos, tais como a dignidade humana, a intimidade e a intangibilidade corporal.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* afeta o Estado na sua perspectiva acusatória, de modo que o ônus da prova é da parte

acusatória, não podendo exigir do acusado que colabore para sua acusação. Dado que o imputado é presumidamente inocente não lhe incumbe provar nada e esta presunção deve ser descaracterizada pelo acusador, sem que o acusado tenha qualquer dever de contribuição.^[46]

Porém, na esfera processual civil essa obrigatoriedade de fornecimento de material genético já foi objeto de debates, chegando-se ao entendimento que não é possível obrigar o réu a fornecer o material genético para realização do exame de DNA para fins de comprovação de paternidade, por desrespeitar direitos fundamentais do cidadão, como a dignidade da pessoa humana, intangibilidade corporal, entre outros. No entanto, no processo civil existe uma atribuição às partes do ônus de produzir as provas necessárias à demonstração das alegações, sob pena de suportarem os efeitos por não terem se desincumbido da atividade probatória.

Assim, apesar de não serem obrigados a fornecer o material genético, quando o agente nega a submeter-se ao exame, há presunção de veracidade.^[47] Dessa forma, a relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere* possui maior aceitação no âmbito civil.

Contudo, o precedente norte-americano anteriormente exposto não pode servir para relativizar o alcance do princípio do *nemo tenetur se detegere* em nosso ordenamento, uma vez que ficou claro que a extensão do princípio além do direito ao silêncio não obsta a atividade estatal na busca da verdade real, a persecução penal e nem viola a supremacia do interesse coletivo. Como um direito fundamental ele deve coexistir no sistema juntamente com outros princípios, de modo a não inviabilizar a atividade estatal a partir da violação de direitos constitucionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todo o exposto, podemos concluir que influenciado pelas experiências internacionais e pelo anseio social por medidas efetivas ao combate à criminalidade, o Congresso Nacional, aprovou a Lei nº 12.654/2012, que trata da identificação criminal por perfil genético.

Com o advento do referido diploma legal, a coleta de material genético passou a ser considerada como uma forma de identificação criminal, juntamente com as já existentes identificação dactiloscópica e

identificação fotográfica. Para tanto, promoveu alterações em dois estatutos jurídicos, quais sejam, a Lei nº. 12.037/09, que disciplina a identificação criminal, e a Lei nº. 7.210/84, que regula a Execução Penal.

A possibilidade de coleta de material biológico levantou inquietude a respeito do fato de se compelir o acusado a fornecer material biológico para fins de persecução penal, assim sendo, restaria desconsiderado o princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que o acusado estaria gerando provas que possivelmente seriam usadas contra ele.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* consiste no direito conferido ao acusado de não produzir provas que o incriminem, com o objetivo de proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, quando da persecução criminal. Está ligado diretamente ao modelo acusatório em que o acusado deixa de ser visto como objeto de prova.

Todavia, não obstante seja reconhecido por importantes diplomas internacionais, e possuir o status de direito fundamental na ordem jurídica nacional, registra-se forte propensão em mitigar garantias advindas desse princípio.

Em atenção ao exposto anteriormente e a tendência do Brasil em adotar modelos norte-americanos, a análise do precedente *Schmerber v. Califórnia* é de grande relevância, uma vez que demonstra essa vocação de relativização do princípio ao direito de permanecer em silêncio e a imposição do acusado de suportar a coleta do material biológico.

Ocorre que no Brasil o princípio do *nemo tenetur se detegere* não deve ser relativizado, deve abranger além do direito ao silêncio o direito a não autoincriminação, uma vez que, ignorar o direito a não autoincriminação é uma afronta às garantias individuais da pessoa humana, que só podem ser objeto de disposição com a manifestação do detentor.

A relativização do princípio tem por base a busca da verdade real, a prevalência do interesse público em relação ao privado e o prejuízo que a falta de cooperação do acusado pode gerar na persecução penal.

Dessa forma, o Estado ao primar por uma equivocada ideia de segurança pública não se atentou para o zelo das liberdades e garantias individuais que devem ser preservadas na condução da persecução penal.

Em face disso, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não pode sofrer relativização, uma vez que não é direito a inviabilizar a atividade Estatal, cabendo apenas a sua aplicação no que concerne ao caso concreto, juntamente com os outros princípios constitucionais.

Contudo, ainda cabe ressaltar que a Lei nº 12.654/2012 seria o diploma com o fim de equilibrar o princípio do *nemo tenetur se detegere* com os demais princípios do ordenamento jurídico e com as necessidades da sociedade na manutenção da segurança pública, em razão do aumento da criminalidade e violência. Entretanto, a lei foi falha ao ceder à possibilidade do juiz determinar essa coleta sem dispor de critérios pautados na proporcionalidade a nortear essa decisão judicial.

5. REFERÊNCIAS.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA NETO, João Beccon De. **Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações jurídico-penais**. 2010. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Pucrs., Porto Alegre - RS, 2010.

ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. **Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país**. Revista Consultor Jurídico. 2012.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasi>>. Acesso em: 01 de out. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 04 de out. 2016.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591001>

BRASIL, **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 04 de out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 01 de out. 2016.

BRASIL. **Decreto Lei nº 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 01 de out. 2016.

BRASIL. **Decreto Lei nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 01 de nov. 2016.

CABRAL, Bruno Fontenele. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro**.

Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658>>. Acesso em: 20

out. 2016.

CORRERA, Marcelo Carita. **Da constitucionalidade da identificação criminal mediante perfil genético**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 out. 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50376&seo=1>>.

Acesso em: 16 set. 2016.

DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte americano.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.5, n.19, p. 179-204, jul./set 1997.

GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1ª edição.

GODINHO, Neide Maria de Oliveira. **Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça.** Disponível em:

<<http://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebsp/article/viewFile/193/82>>.

Acesso em: 02 de out. 2016.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido, **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação.** Disponível em:

<file:///C:/Users/Admin/Downloads/tesecarloshenriqueborlido-haddad.pdf

> Acesso: 03 nov. 2016

JUSBRASIL, Artigos. **O Direito ao silêncio nos EUA: análise dos precedentes Miranda vs Arizona e outros julgados da Suprema Corte americana.** Disponível em

<<http://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/134898660/o-direito-ao-silencio-nos-eua-analise-dos-precedentes-miranda-vs-arizona-e-outros-julgados-da-suprema-corte-americana>>. Acesso em: 23 out. 2016.

LE MOS, Cristiane Chaves. **Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal.** Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/cristiane_lemos.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada.** 4ª ed. Niterói, RJ: Editora Juspodium, 2016.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** Navarra: Aranzadi, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JR., **Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 5ª ed. São Paulo, SP: Saraiva. 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** vol. 2. 6ªed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 10ª ed. São Paulo, SP: Editora RT, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 6ªed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte; Del Rey, 2004.

PEDROZA, Robson. **O aviso de Miranda e direito a não autoincriminação.** Revista

Jus Navigandi, Teresina, [ano 21, n. 4797, 19 ago. 2016.](https://jus.com.br/artigos/51420) Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51420>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

REIS, Maurício Martins. JOBIM, Marco Félix. **O Direito de permanecer em silêncio: Miranda v. Arizona.** . Acesso em: 21 out. 2016.

RILEY, Gail Blasser. **Miranda v. Arizona: rights of the accused.** Berkeley Heights: Enslow Publishers, 1994.

SILVA, Yasmin Pereira Da. TRINDADE, Letícia. ALMEIDA, Bruno Rotta. **A identificação criminal por perfil genético: uma análise a partir das garantias fundamentais do processo penal.** Disponível em: <http://wp.ufpel.edu.br/libertas/files/2014/09/SA_02421.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 4. Ed. São Paulo, SP: Saraiva. 2002.

NOTA:

[1] A lei 12.654/2012 tem como origem a PLS/93/2011, cujo autor foi o Senador Ciro Nogueira. O parlamentar apresentou a seguinte justificativa: O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (*Combined DNA Index System*) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para a implantação do CODIS começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele.

O CODIS prevê ainda um banco de identificação genética de criminosos, que conteria o material de condenados. Todavia, a sua implantação depende de lei. É do que trata o presente projeto. De fato, uma coisa é o banco de dados operar apenas com vestígios; outra é poder contar também com o material genético de condenados, o que otimizaria em grande escala o trabalho investigativo. (NOGUEIRA, Ciro. **Lei 12.654/2012**. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi959uJkXQAhUETZAKHZaLBYoQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.leg.br%2Fatividade%2Frotinas%2Fmateria%2FgetDocumento.asp%3Ft%3D93018&usq=AFQjCNHF6lxvzfsFW0216wS-RVjCrPdxrQ&sig2=NTToUQYC1jQAO-mcwQTMUqw&cad=rjt>>. Acesso em: 05 nov. 2016)

[2] Nesse sentido, o presente trabalho ilustra discussões trazidas por autores como Aury Lopes Junior em suas obras “Direito Processual Penal” e “Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal”; Maria

Elizabeth Queijo em seu livro “O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal”; Marcelo Schirmer Albuquerque em “Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites”; Cristina Di Gesu em seu livro “Prova Penal e Falsas Memórias”; Eugênio Pacelli de Oliveira em “Curso de Processo Penal e Processo” e “Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais”; Renato Brasileiro de Lima em “Legislação Especial Criminal Comentada”.

[3] ANSELMO, Márcio Adriano. JACQUES, Guilherme Silveira. **Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país**. Revista Consultor

Jurídico. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 01 out. 2016.

[4][4] GODINHO, Neide Maria de Oliveira. **Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça.** Disponível em: <<http://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebsp/article/viewFile/193/82>>. Acesso em: 02 out. 2016.

[5] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte; Del Rey, 2004. p. 216.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** vol. 2. 6ªed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 409.

[7] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Vol. único. 5ªed. Niterói, RJ: Editora. Impetrus, 2013. p. 117.

[8] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** p.118.

[9] A razão histórica para a inclusão do artigo 5º, inciso LVIII no texto constitucional está relacionada à publicidade abusiva que foi conferida a identificações criminais realizadas em Delegacias de Polícia. NUCCI, op. cit., p. 408 observa o emblemático caso envolvendo um general de projeção nacional que, indiciado pela polícia civil do Rio de Janeiro, foi constrangido ao ter o ato conhecido como “tocar piano”

acompanhado pela imprensa, transformando a identificação criminal em cena circense e teatral.

[10]Art.
5º
Omissis
[...]

LVIII - o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

[11] Art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente - o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de

confrontação, havendo dúvida fundada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 out. 2016.

[12] Art. 5º da Lei nº 9.034/95 - a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034>. Acesso em: 05 out. 2016.

[13] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. p.119.

[14] Art. 1º lei 12654/2012 O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º Omissis

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.”

[15] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. p.120.

[16] Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9ºA:

“Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.”

[17] LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2013. p.633.

[18] "Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado."

[19] No caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920, a empresa Silverthorne Lumber tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo. A Suprema Corte, formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Assim, o tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilícitamente. (CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658>>. Acesso em: 17 nov. 2016.)

[20] No caso *Nardone v. United States*, o tribunal determinou que as escutas feitas pelos funcionários

federais que interceptavam e simultaneamente divulgavam as informações violava a seção 605 da lei Federal de comunicações de 1934. (U.S. Supreme Court -

Nardone v. United States 308 U.S. 338 (1939). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/case.html> >. Acesso em: 17 nov. 2016).

[21] CABRAL, Bruno Fontenele. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2118, 19 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658>>. Acesso em: 30 out. 2016.

[22] Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização." (Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>> Acesso: 22 nov. 2016)

[23] The privilege against self-incrimination is not available to an accused in a case such as this, where there is not even a shadow of compulsion to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature. he test chosen to measure petitioner's blood alcohol level was a reasonable one, since it was an effective means of determining intoxication, imposed virtually no risk, trauma or pain, and was performed in a reasonable manner by a physician in a hospital. (Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>>. Acesso em: 31 out. 2016).

[24] Em março de 1963, Ernesto Miranda foi preso na cidade de Phoenix, Arizona, por roubo. Na delegacia os policiais constataram a existência de uma investigação policial que o apontava como suspeito de um crime de sequestro seguido de estupro, pelo qual foi reconhecido. Ernesto foi interrogado por duas horas seguidas, onde confessou a autoria dos delitos mencionados, escrevendo e assinando o termo de confissão narrando que a mesmo tinha sido manuscrito sem qualquer tipo de ameaça ou coação. A confissão foi utilizada no Júri como prova e houve a condenação por estupro e rapto, a qual foi confirmada pelo Tribunal do Arizona. Sua defesa recorreu à Suprema Corte alegando que o acusado não teve conhecimento

dos direitos de permanecer calado ou de se fazer acompanhar por um advogado. A Corte decidiu favorável a Miranda, com o objetivo de afastar a ignorância do suspeito a ser usado como fator de contribuição para a obtenção de confissões involuntárias. (PEDROZA, Robson. **O aviso de Miranda e direito a não autoincriminação**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4797, 19 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51420>>. Acesso em: 6 nov. 2016).

[25] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. p.356 28 *Ibidem*, p. 213.

[26] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Navarra: Aranzadi, 2004. pp. 558-559.

[27] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. p. 08

[28] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. p. 1073.

[29] GIOVANNI PUGLIESE, Mauro Cappelletti e HELMOLZ, R.H. citados por Maria Elizabeth Queijo, negam que o nemo tenetur se detegere tenha origem no direito romano, afirmando, os três, "que esse

princípio era desconhecido no direito romano clássico" (O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)

[30] ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de Não Autoincriminação – Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 48.

[31] Art. 5º LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado

[32] Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

[33] Artigo 14.2 Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

[34] 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;

[35] GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1ª edição. p.50.

[36] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 27.

[37] LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. p. 106.

[38] Queijo, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. p. 244-261

[39] LOPES JR., **Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 5ª Ed. São Paulo, SP: Saraiva. 2013 p. 344

[40] Queijo, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. p. 64

[41] *Ibidem*. p. 66

[42] Queijo, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. p.67

[43] *Ibidem*. p. 288

[44] QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** p. 485

[45] Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante." (STF. RECLAMAÇÃO Nº 2.040-1/DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>. Acesso em: 22 nov. 2016).

[46] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar - que é todo dos organismos estatais da repressão penal” (HC nº 79.781-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 18/04/2000).

[47] Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça: “ Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção presunção *juris tantum* de paternidade”.

A MODA DA HONESTIDADE E MORALIDADE

ISNAR AMARAL: Consultor ambiental.

Se cria tanta moda neste planeta, umas até bastante estranhas, mas acabam caindo no gosto das pessoas. Ora, segundo definição em estatística, moda é o valor, conjunto de dados ou comportamentos que ocorrem com maior frequência, o que é comum para a maioria.

Então, com base neste conceito, ocorre-me uma inspiração que poderia mudar as atitudes deste país a partir das crianças. Sim, a partir delas já, pois a grande maioria já escolhe as marcas e os modelos do que quer usar ou ganhar, influenciada pela ação profissional dos marqueteiros. As mais diversas mídias criam e mudam conceitos a partir da insistência de divulgação, sendo, ao mesmo tempo, uma ferramenta e uma arma. Em dado período, a música sertaneja era coisa de “grosso”, porém bastou acrescentar a palavra “universitário” para cair no gosto da grande maioria, criando, assim, uma moda.

Por que não criar a moda do honestamente correto, do moralmente correto, do humanamente correto e do saudável? Com certeza, o surgimento de um movimento neste sentido seria de eficácia extraordinária, pois a moda é uma onda que se alastra com velocidade extrema. Se esta iniciativa fosse implantada por meio da educação escolar, talvez provocasse algum efeito daqui a dezenas de anos. Se fosse lançada como moda, no mesmo ano a grande maioria das pessoas entraria em ressonância. Seria a arrancada para a criação de uma sociedade mais correta e justa, pelo simples fato de que todos querem andar na moda.

Os grandes criadores de moda e de comportamentos têm este poder, basta querer e colocar em prática. A questão toda é se isto interessa a alguém e de que modo pode gerar lucros.

A “nova moda” agregaria um aliado na nossa atividade profissional - que é criar ambientes propícios para a saúde física, mental e financeira às pessoas e empresas. A nossa atuação tem como mote eliminar nocividades dos ambientes residenciais visando à manutenção da saúde dos ocupantes e realinhar a energia dos ambientes empresariais em prol do pleno

desenvolvimento do negócio, sempre considerando a honestidade, a moralidade e o ambientalmente correto. Pessoas saudáveis e empresas de sucesso são os nossos objetivos, a partir dos seus ambientes.

Pode ser um devaneio, mas como tudo o que se cria parte de um sonho, uma ideia ou pensamento, não seria esta a forma mais imediata para mudar o ambiente de um país de espertos em causa própria?

As frequências midiáticas e a ressonância do ambiente pode ser a estratégia ideal para a criação do tão sonhado Brasil do futuro e, certamente, poderia, a curto prazo, ser a maior potência econômica mundial, face ao potencial e o melhor lugar para se viver.

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NATURAL NO PLANO DE DESENVOLVIMENTO DE ROBERTO MANGABEIRA UNGER PARA O BRASIL

ELIEUTON SAMPAIO GOIS: Mestrando em Direito e Políticas Públicas no UNICEUB, em Brasília-DF. Analista Judiciário, STJ; Ex Delegado de Polícia Civil, SSP-BA. Mestrando em Direito e Políticas Públicas (Uniceub); Pós-graduado em Direito Penal/Processo Penal (Uniceub) e Direito Processual Civil (Unifor); Bacharel em Direito (UFCe). Membro do grupo de pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Nomeado Advogado em cargo efetivo no IBRAM e EMATER-DF.

RESUMO: Aborda-se a proteção ambiental no programa de desenvolvimento de Roberto Mangabeira Unger para o Brasil. Exibe-se a relevância da tutela ambiental no ideal desenvolvimentista de Unger, via: estreitamento entre meio ambiente e dinâmica econômica; demonstração de que, a depender do modelo de arranjo das regras ambientais, estas podem obstaculizar o desenvolvimento sustentável; defesa de que princípios de direito ambiental conduzem a execução das estratégias desenvolvimentistas de Unger. Para tanto: correlaciona-se meio ambiente, dinâmica econômica e desenvolvimento sustentável nos moldes de Unger, o que conduz à exposição da interdependência das dimensões do desenvolvimento sustentável; revela-se que Unger não via conflito entre crescimento econômico e proteção ambiental, exceto se confusas, desarticuladas e carentes de objetividade as normas ambientais; evidencia-se que princípios de direito ambiental, como prevenção/precaução e educação ambiental, tratados por Unger, devem dirigir o desenvolvimento, mediante o implemento de técnicas como a Avaliação Ambiental Estratégica Integrada e a substituição de paradigmas na educação formal do País.

PALAVRAS-CHAVE: Crescimento Econômico. Desenvolvimento Sustentável. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Princípio da Educação Ambiental. Princípio da Precaução.

ABSTRACT: Environmental protection is addressed in Roberto Unger's development program for Brazil. The importance of environmental protection in Unger's developmental ideal is highlighted, as follows: narrowing between the environment and economic dynamics; demonstration that environmental rules can hamper sustainable development; defense of which principles of environmental law, according to Unger, lead the execution of its development strategies. To do so: the environment, economic dynamics and sustainable development are correlated in the Unger model; leading to an exposition of the interdependence of the dimensions of sustainable development; it is revealed that Unger saw no conflict between economic growth and environmental protection, except that environmental norms were confused, disarticulated and lacking objectivity; it is evident that principles of environmental law, such as prevention/precaution and environmental education, according to Unger, lead to development, through the implementation of techniques such as Integrated Strategic Environmental Assessment and the substitution of paradigms in the formal education of the country.

KEYWORDS: Economic Growth. Sustainable Development. Ecologically Balanced Environment. Principle of Environmental Education. Principle of Precaution.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A intrínseca relação entre meio ambiente, dinâmica econômica e desenvolvimento sustentável. 1.1. Ênfase na dimensão econômica do meio ambiente. 1.2. Existência digna para todos: manifestação do desenvolvimento sustentável. 2. Normas brasileiras de proteção ambiental: empecilhos ao modelo de desenvolvimento sustentável de Roberto Mangabeira Unger. 2.1. Quadro das então normas brasileiras de proteção ambiental. 2.2. Práticas eficientes e inovadoras: diretivas necessárias ao desenvolvimento sustentável. 3. Princípios ambientais: guias à execução das estratégias desenvolvimentistas de Roberto Mangabeira Unger para o Brasil. 3.1. Princípio da prevenção/precaução: garantia de sustentabilidade do desenvolvimento. 3.2. Princípio da educação ambiental: informação e participação para um modelo duradouro de desenvolvimento sustentável. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Os rumos que os governantes dão ao país determinam parte do cotidiano da população. A criação e implemento de programas, planos e projetos devem seguir as diretrizes gerais previstas na CF/88, destacadamente os objetivos fundamentais previstos no art. 3º (BRASIL, 1988). Isso não significa engessamento do potencial imaginativo do governante e do legislador,^[1] criatividade tão necessária para que soluções estejam à altura das complexas demandas do Brasil.

Como filósofo e jurista, professor de Harvard, o brasileiro Roberto Mangabeira Unger se destaca como idealizador disposto a implementar planos e projetos próprios dirigidos ao desenvolvimento do país. Para pelo menos iniciar a execução de seu modelo de desenvolvimento socioeconômico, viu-se com oportunidade quando nomeado Ministro de Assuntos Estratégicos ainda na primeira década dos anos 2000.

Neste cenário, em seus planos, Unger tratou dos mais diversos temas e áreas do conhecimento sem perder de vista a inter-relação entre eles. Deu destaque, entre outros, à temática ambiental, não esquecendo as diversas dimensões^[2] que a envolvem. Sendo assim, expor, interpretar e relacionar ideias com ampla abrangência e de prolongados efeitos, a exemplo do modelo desenvolvimentista de Unger para o Brasil, exige envolvimento em temas diversificados e interdisciplinares, tendo como exemplos os assuntos meio ambiente e crescimento econômico.

Tratar da proteção do meio ambiente no programa desenvolvimentista de Unger leva necessariamente ao dever de dedicar-se a duas inquietações: i) natureza jurídico-econômica da relação entre meio ambiente e dinâmica econômica; ii) posição e grau de importância da preservação ambiental no modelo de desenvolvimento proposto pelo então Ministro. Neste caso: Seria a proteção ambiental um limitador do propósito de crescimento econômico para o Brasil? O desenvolvimento via reforma estrutural para o crescimento excluiria a diretriz protetiva do meio ambiente? Qual seria o status da preservação ambiental no modelo de desenvolvimento proposto por Unger?

Defendeu Unger (BRASIL, 2009a) que a preservação ambiental não só não é obstáculo ao crescimento da economia como constitui ferramenta impulsionadora do desenvolvimento. Nesta medida, objetiva-se demonstrar a relevância da proteção do meio ambiente no programa de desenvolvimento de Unger para o Brasil, mediante: i) revelação da intrínseca relação entre meio ambiente e dinâmica econômica; ii) discussão do pensamento de Unger ao afirmar em entrevista à “Folha de São Paulo” (2015) que as então normas de proteção ambiental brasileiras representam um empecilho ao desenvolvimento sustentável; iii) defesa de que os princípios do direito ambiental seriam guias necessários à execução das estratégias desenvolvimentistas propostas por Unger.

Para tanto, além desta Introdução, o trabalho encontra-se estruturado na sequência seguinte: o Capítulo 1 trata da relação entre meio ambiente, dinâmica econômica e desenvolvimento sustentável nos moldes propostos por Unger; logo em seguida, no Capítulo 2, procura-se explicar porque, segundo Unger, as então normas de proteção ambientais brasileiras configuravam obstáculo ao desenvolvimento sustentável; já no Capítulo 3, sustenta-se que os princípios de direito ambiental, a exemplo dos prevenção/precaução e educação ambiental seriam guias, apontados por Unger, propulsores do desenvolvimento; por fim, as Conclusões, seguidas pelas Referências.

1 A INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE, DINÂMICA ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Tratar-se-á da proteção do meio ambiente como um dos principais suportes da dinâmica econômica, o que mantém, pois, estreita relação com desenvolvimento sustentável.

1.1 Ênfase na dimensão econômica do meio ambiente

Unger, ao referir-se ao Brasil, afirmou que “[...] o maior recurso nacional é a natureza” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015, p. 2). Em face da extensão territorial continental brasileira e da localização do país no Globo, o Brasil apresenta uma grande variedade de flora e fauna, incalculável riqueza mineral, além de uma das maiores reservas de água doce do

planeta. Os relevos e a grande extensão de rios navegáveis também são compreendidos entre as vantagens do país sob a ótica da dinâmica econômica. Certamente, Unger não se esqueceu do recurso humano, pois prova disso é a importância que dá à necessidade de aperfeiçoamento das políticas de educação formal dirigidas à população, vislumbradas simultaneamente como meio e como fim do desenvolvimento.^[3]

Conforme mencionado, a variedade e opulência de recursos ambientais no Brasil foram evidenciados por Unger (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015). Considerando-se exclusivamente a ainda disponibilidade de recursos naturais no país, Unger indicou que no Brasil obras e empreendimentos, realçando-se os de infraestrutura, podem ser executados com grande variedade técnica. Assim, observa-se que não basta a viabilidade política e econômica como facilitadores da implementação de obras e serviços de infraestrutura. Os recursos naturais disponíveis em uma região ou país, conforme sua diversidade, influenciam a escolha dos tipos de empreendimentos, das técnicas por meio das quais podem ser implementados e, conseqüentemente, os custos financeiros. Tal influência se dá, pois, principalmente, em vista da interdependência entre os aspectos político, econômico, ecológico e estritamente técnico.

Ocorre que apesar do grande leque de possibilidades, alguns outros fatores podem inibir as obras e atividades de infraestrutura, tais como os arranjos normativos. Por este ângulo, referindo-se ao arcabouço estritamente jurídico da temática ambiental, Mangabeira alertou que no Brasil há “[...] confusão ambiental como obstáculo ao desenvolvimento” (BRASIL, 2009a, p. 19). Para ele, os arranjos jurídicos relativos à questão ambiental, os quais deveriam não só tutelar o meio ambiente, mas simultaneamente promover o desenvolvimento socioeconômico, no Brasil, em contraste, são contraproducentes.

Para a realização de empreendimentos de infraestrutura, sem exclusão de obras e atividades com distintas finalidades, passam-se por etapas ou fases para sua aprovação, entre as quais a verificação da viabilidade jurídico-normativa. Desta maneira, não basta a presença de recursos naturais, a possibilidade econômica e a vontade política, a submissão ao crivo jurídico-normativo próprio é indispensável em dado momento.

Quando o conjunto normativo relativo especificamente à questão social e econômica, naturalmente intrínsecos, não se apresentam coordenados e inter-relacionados, seus propósitos não são facilmente compreendidos, o que no Brasil tem levado à ineficiência e, inclusive, ineficácia de um grande número de ações públicas.

A necessidade de defesa do meio ambiente natural, como ideal paradigmático, quando equivocadamente assimilada, tem se concentrado na concepção de que a defesa ambiental conflita com crescimento econômico. Esta visão não deve sustentar-se, pois a interferência humana no meio ambiente natural, quando racional e adequadamente realizada, tem levado ao desenvolvimento socioeconômico (MACHADO, 2006). Para esta conclusão, partem-se de duas premissas: i) distinção entre crescimento econômico e desenvolvimento socioeconômico;^[4] e ii) proteção dos recursos naturais é exigência à manutenção do crescimento econômico nos moldes atuais, porquanto tais recursos são matérias-primas para a maioria dos produtos presentes no Mercado. Nestas medidas, entende-se que desenvolvimento via reforma estrutural pode levar ao crescimento, o qual, por sua vez, depende de medidas efetivas de tutela dos recursos naturais e sob os mais diversos prismas de atuação.

Entre as medidas prático-experimentais, considerando-se os axiomas mencionados supra, Unger assinalou a “[...] necessidade de recuperação de terras degradadas” (BRASIL, 2009b, p. 11). Para Unger, a recuperação da imensa área territorial desgastada configura-se como um dos artifícios impulsionadores disponíveis e eficientes ao desenvolvimento duradouro via crescimento econômico, o que deve ser empreendido pelo Estado brasileiro.

1.2 Existência digna para todos: manifestação do desenvolvimento sustentável

Em face da grande extensão de terras então agricultáveis depredadas pelo mau uso de técnicas e de recursos tecnológicos ineficientes e, por vezes, ineficazes, o potencial econômico do setor agrário se encontra rendendo menos para a sociedade do que poderia fazê-lo (UNGER, 2008). Para Unger, é dever do poder público recuperar terras degradadas e

estimular a produção florestal, visto ter o Brasil “[...] maior potencial, atualmente, de desenvolvimento na agricultura” (BRASIL, 2009b, p. 39). Como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CF/88), via incentivos, para Unger, o Estado deve promover o aumento da produtividade com sustentabilidade, criando, a exemplo, o “[...] Selo Verde de Produtividade Rural e o Concurso Nacional de Produtividade [...]” (BRASIL, 2009b, p. 31), (ambos, direta ou indiretamente visam à associação entre produção e qualidade nos moldes sustentáveis, o que geraria retorno nas vendas).

Ademais, Unger entendeu que a proteção de recursos naturais não é obstáculo ao desenvolvimento, mas sua aliada e propulsora, o que se pode inferir do art. 170, VI, da CF/88. Além da necessidade de aperfeiçoar as normas ambientais, a ideia de Unger era recuperar áreas de cultivo já degradadas – o que evitaria a exploração desnecessária de novas áreas – e executar a “[...] recomposição florestal de áreas especialmente protegidas como Reservas Legais e Áreas de Proteção Permanente”, (BRASIL, 2009b, p. 12).

Unger não compreendeu a ordem econômica como envolta ou inserida teoricamente pelo ideal de proteção ambiental. Para o ex-ministro de Assuntos Estratégicos do governo federal, a dinâmica econômica, a ser constantemente aperfeiçoada via incremento científico e tecnológico, acaba por, em função de sua dependência de recursos naturais, promover novas soluções à necessidade de proteção ambiental (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015). Deste modo, para Unger, havia “[...] necessidade de reformas estruturais para criar novos mecanismos e aperfeiçoar alguns existentes” (BRASIL, 2009d, p. 10). Alguns arranjos institucionais já implementados no Brasil são válidos, sendo possível demonstrar avanços no que concerne à promoção do desenvolvimento e bem-estar da população. Entretanto, tais mecanismos poderiam e deveriam ser aperfeiçoados, além da necessidade de que outros sejam criados.

Na política de transferência de renda, por exemplo, de acordo com o então ministro, não se deveria reunir todos os esforços no trato das questões sociais brasileiras. A dimensão social da sustentabilidade do desenvolvimento não deve concentrar-se somente em políticas

assistencialistas (BRASIL, 2009d). As dimensões várias do desenvolvimento sustentável devem ser implementadas não apenas simultaneamente, mas de forma inter-relacionadas e coordenadas (BURSZTYN, MARCEL; BURSZTYN, MARIA, 2012).

O cumprimento do propósito de justiça social (art. 170, CF/88) permeia necessariamente os valores de igualdade material, o que implica criar oportunidades e viabilizar inserção e participação da população. Nessa perspectiva, Unger projeta seu conhecimento na necessidade de reformas estruturais na educação^[5] e na saúde da população em geral. Quanto ao último, o Sistema Único De Saúde (SUS) é expressamente mencionado por Unger como carecedor de melhorias, principalmente no que concerne à sua gestão (BRASIL, 2009c).

Conquanto a proteção do meio ambiente natural mantenha direta relação com a saúde da população (art. 200, VIII, c/c art. 225, CF/88), Unger não fez expressamente direta relação entre os objetos imediatamente tutelados por cada um deles. Ao concentrar-se nos mecanismos imediatos ou diretos para implementação de melhorias do sustentáculo administrativo do SUS, Unger defendeu mudanças na política orçamentária e de financiamento do Sistema, tudo para aperfeiçoá-lo no cumprimento do propósito de justiça social e oferecimento de existência digna aos usuários (BRASIL, 2009c).

2 NORMAS BRASILEIRAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: EMPECILHOS AO MODELO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DE ROBERTO MANGABEIRA UNGER

Promover a erradicação da pobreza e marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais (Art. 3º, III, CF/88) exigem arranjos institucionais eficazes.

2.1 Quadro das então normas brasileiras de proteção ambiental

Conforme já mencionado, Unger concluiu que “[...] A confusão ambiental como obstáculo ao desenvolvimento” (BRASIL, 2009a, p. 19). Para ele, o próprio arranjo jurídico-institucional brasileiro, voltado

especificamente para a matéria ambiental, encontrava-se entre os entraves do desenvolvimento.^[6] As normas jurídicas relacionadas à tutela do meio ambiente, diretamente não estariam brecando o empreendedorismo. De acordo com Unger, os meios institucionais que obstaculizavam a criação de empreendimentos econômicos eram indiretos. Relacionavam-se ao fato de que no Brasil o direito ambiental seria quase inteiramente processual (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015), além de escasso e desatualizado (BRASIL, 2009a). A “confusão ambiental” encontrava-se no excesso burocrático no que tange ao trato de questões referentes à relação entre proteção do meio ambiente e crescimento econômico.

Unger apregoou que ao se relacionarem à infraestrutura, as obras e serviços não devem simplesmente ser bloqueadas porque possam causar impactos ambientais (BRASIL, 2009a). Na mesma oportunidade, afirmou que o princípio da prevenção/precaução, no que concerne a obras e serviços de infraestrutura (estritamente relacionados a mecanismos impulsionadores do desenvolvimento), não deveria ser interpretado de forma a predominar o bloqueio de ações, simplesmente por provocarem impactos ambientais (BRASIL, 2009a). Inere-se que o ex-ministro, quanto a este assunto específico, destacou – sem exclusão de outros aspectos – o primado da dimensão socioeconômica do desenvolvimento em face da dimensão exclusivamente ecológica.

Para Unger, estabelecer como diretriz do desenvolvimento a proteção ambiental sem levar em consideração permanentemente as dimensões econômica e social, também decorrentes da criação, manutenção e constante aperfeiçoamento de infraestrutura, não era o melhor caminho a ser tomado. Sustentou que definir e esclarecer as diretrizes legais relativas ao meio ambiente, inter-relacionando-as a projetos sociais definidos, obviamente ligados ao aprimoramento da economia, eram exigências a ser imediatamente implementadas.

Preconizou Unger (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015) que a então legislação ambiental era confusa em função da indefinição da competência das autoridades responsáveis pela aprovação de empreendimentos causadores de impactos ambientais (BRASIL, 2009a). Para ele, em face da carência normativa e da ausência de clareza das regras ambientais vigentes,

algumas autoridades administrativas apenas podiam atuar discricionariamente, o que na prática levava a excessos e desvio de poder dos órgãos ambientais (BRASIL, 2009a).

2.2 Práticas eficientes e inovadoras: diretrizes necessárias ao desenvolvimento sustentável

Unger defendeu adequações legais e organizacionais, principalmente no que tange à gestão administrativa dos mecanismos propulsores do desenvolvimento, o que inevitavelmente envolve arranjos jurídicos inovadores. O teórico-gestor vai além ao propor a criação de mecanismos e arranjos por meio da fixação de novas diretrizes para o desenvolvimento via “[...] ampliação de oportunidades econômicas e educativas” (UNGER, 2011, p. 59). Assim sendo, a ideia de mudanças decorrentes da necessidade de aperfeiçoamento de modelos tradicionais já implementados parecem indicar um pensamento não radical do ex-ministro, ainda que criativo e inovador. Ao que parece, Unger apresentou, o que se entende suficiente, tão somente o que necessário à efetivação eficiente das diretrizes de desenvolvimento já previstas na Carta Magna (art. 37 c/c art. 74, II, CF/88).

Nesse diapasão, Unger afirmou que proteger o meio ambiente, antes de mais nada, é tornar este ideal protetivo compatível com o propósito desenvolvimentista (BRASIL, 2009a). Defendeu a tomada de medidas que reduzam a desigualdade social e regional do País por meio de políticas públicas voltadas à escolha de mecanismos distintos e variados, adequados às situações e circunstâncias fáticas em que se encontram as demandas (BRASIL, 2009c).

Unger compreendeu que o princípio da igualdade material está para além do homem como indivíduo, como único destinatário imediato (BRASIL, 2009d). Ao propor soluções distintas, considerou em seu modelo desenvolvimentista para o Brasil a realidade diversificada das regiões e da cultura do povo brasileiro (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015). Em suma, lutou pela implementação da igualdade material, tendo-a como um dos arranjos jurídico-normativos estratégicos para alavancar o potencial desenvolvimentista do país.

Sem perder de vista a necessidade de aperfeiçoamento de mecanismos já presentes no cenário das políticas públicas; para todas as regiões brasileiras, Unger também planejou a aplicação de engenhos pragmáticos comuns, como: i) estímulo à “[...] integração entre lavoura, pecuária intensiva e culturas perenes” (BRASIL, 2009b, p. 13); ii) intensificar o “[...] fomento ao associativismo, cooperativismo e a consórcios” (BRASIL, 2009b, p. 21); iii) e “[...] substituição gradual do dualismo campo-cidade pela interpenetração de funções rural-urbano” (BRASIL, 2009b, p. 22).

Quanto ao aperfeiçoamento das técnicas promotoras de dinamismo econômico, mais especificamente na lavoura e pecuária, o uso adequado e eficiente do solo vai ao encontro da função socioambiental da propriedade (art. 5º, XXIII, c/c art. 186, I e II, CF/88), pois conduz à manutenção de áreas verdes, reduz os níveis de degradação do solo utilizado e aumenta a produtividade, o que fomenta a economia sustentável.

Associativismo, cooperativismo e consórcio, em poucas linhas, correspondem a técnicas, recursos/arranjos mais eficientes no que concerne à possibilidade e necessidade de inclusão dos trabalhadores na gestão da atividade econômica. São mecanismos mais transparentes, voltados a proporcionar maior participação de todos os diretamente interessados na cadeia produtiva, independentemente do objeto econômico. Estimularia o interesse pela atividade, que levaria à procura por informação e participação, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados ao princípio da educação ambiental.^[7]

O Brasil ainda apresenta, inclusive sob o ponto de vista jurídico-normativo, distinção funcional entre campo e cidade (Art. 4º, I – I, da Lei nº 4.504/64 e Art. 32, § 2º, última parte, da Lei nº 5.172/66). Ocorre que as áreas urbanas se encontram em plena e constante expansão (UN POPULATION FUND., 2007), suprimindo as áreas rurais e estreitando ainda mais a relação de interdependência econômica com as áreas remanescentes. Procurar modernizar a legislação, criando mecanismos que possam extrair ao máximo as potencialidades de ambas as áreas para o aprimoramento do desenvolvimento humano, é necessidade premente.

O desenvolvimento sustentável não se materializa eficazmente apenas por meio de ações pontuais, desarticuladas entre si. A ubiquidade do ambiente natural e, por conseguinte, da problemática referente à necessidade de promover e sustentar ou manter o desenvolvimento exigem medidas racionais, mais orientadas por valores que envolvam os interesses de toda a coletividade simultaneamente. Portanto, as políticas públicas devem ser, quanto a seus destinatários e efeitos, amplas e profundas, respectivamente.

Unger (2011, p. 70) defendeu ajustes legais e organizacionais, que deveriam resultar de criatividade imaginativa, visando a um modelo de desenvolvimento socioeconômico duradouro, baseado em crescimento econômico alicerçado em robusta infraestrutura institucional. As mudanças e aperfeiçoamentos de arranjos institucionais, a exemplo dos presentes nas atividades legal e administrativa, não se apoiariam necessariamente em transformações radicais, mas ao menos nas imprescindíveis à efetivação eficiente de parâmetros de desenvolvimento já presentes na CF/88.

Nessa perspectiva, Unger preconizou a criação de um sistema transfederativo (BRASIL, 2009e), flexível quanto à possibilidade de cooperação entre entes federados (art. 23, parágrafo único, CF/88),^[8] o que poderia facilitar a implementação de políticas nacionais, regionais (art. 21, IX, CF/88) e locais inter-relacionadas, coordenadas entre si (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015). Defendeu articulação federativa e, inclusive, interministerial (BRASIL, 2009d). Saliente-se que este último arranjo é uma das maiores expressões de seu ideal reformador imaginativo, vibrante no que concerne ao desejo de mudanças via transformação e aperfeiçoamento de instrumentos já existentes.

3 PRINCÍPIOS AMBIENTAIS: GUIAS À EXECUÇÃO DAS ESTRATÉGIAS DESENVOLVIMENTISTAS DE ROBERTO MANGABEIRA UNGER PARA O BRASIL

Quanto às diretrizes das normas ambientais brasileiras, Unger tratou diretamente, ainda que de forma parcial, do princípio da prevenção/precaução; tangenciando, somente, o que se refere à educação ambiental.

3.1 Princípio da prevenção/precaução: garantia de sustentabilidade do desenvolvimento

O princípio da prevenção/precaução^[9] prescreve a necessidade de condutas cautelosas e prudentes, para o fim de mitigar ou reduzir, ou evitar a ocorrência de eventos, cujo resultado danoso ao meio ambiente seja estimativamente provável de acontecer (BELLO FILHO; LEITE, 2004). O que se pretende alcançar com a aplicação do princípio da precaução/prevenção é evitar riscos à ocorrência de danos ao meio ambiente, indo além do mero propósito de impedi-los. Trata-se do brocardo “é melhor prevenir do que remediar” aplicado ao interesse de tutelar o meio ambiente natural e a sustentabilidade do desenvolvimento.

Desta forma, com a aplicação do princípio prevenção/precaução, não há intensão de estagnar a atividade econômica em nome da proteção do meio ambiente. O princípio da prevenção/precaução, de forma geral, visa a evitar riscos a danos desnecessários, desproporcionais, descontrolados, graves e irreversíveis ao meio ambiente. No fim das contas, parece tratar-se de recurso lógico-jurídico voltado a gerir riscos.

O referido princípio se encontra manifesto expressamente entre os enunciados normativos presentes na CF/88, destacadamente no art. 225, § 1º, IV, que determina a necessidade de realização prévia de EIA/Rima (Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental) para obras ou atividades ainda que somente potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. Outro exemplo é o conteúdo do art. 225, § 1º, V, CF/88, o qual prevê o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas que comportem risco para a vida, qualidade de vida e meio ambiente.

Sem pormenorizar, o princípio da prevenção/precaução exterioriza-se quando da criação de mecanismos, arranjos e, a depender do caso, meros comportamentos por meio dos quais o poder público e a coletividade (art. 225, CF/88) planejam, controlam, fiscalizam e gerem, em todas as fases, os projetos de empreendimentos potencialmente causadores de danos ambientais. A rigor, o princípio mencionado também é efetivado quando medidas prudentes, no que tange ao propósito de proteção ambiental, são

implementadas, inclusive durante e após a instalação e execução de obras, serviços e empreendimentos, independente de seus objetos.

Nesta esteira, Unger sustentou a aplicação de ações preventivas eficientes, tanto nas fases precedentes, anteriores à aprovação das atividades, como durante e após sua instalação e funcionamento. O ex-ministro afirmou que as licenças ambientais emitidas “[...] carecem de acompanhamento posterior” (BRASIL, 2009a, p. 10). Prevenção/precaução ambiental, no sentido que se dá ao princípio, vai além dos instrumentos mínimos previstos pela CF/88 para a tutela do bem jurídico “meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Envolve diligência da sociedade, dos agentes e entes envolvidos, ainda que somente indiretamente, na defesa do meio ambiente em todas as circunstâncias em que há possibilidade – ao menos em tese – de ocorrência de danos ambientais.

O então ministro (BRASIL, 2015), afirmou que o Brasil carecia de Avaliação Ambiental Estratégica Integrada (AAEI) e que esta ausência impediria a análise conjugada da necessidade de infraestrutura e a criação de melhores opções de mitigar os impactos ambientais. Na mesma oportunidade, Unger afirmou que a AAEI compreende um arranjo que fixa a variável ambiental por ocasião de planejamento de políticas de construção de infraestrutura. Continuou, ao afirmar que a adoção deste mecanismo denotaria amadurecimento político, na medida em que corresponderia a um passo em direção ao desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2015).

Desta forma, todas as políticas de desenvolvimento devem integrar quaisquer políticas públicas de governos. Estas, por sua vez, ao deterem o elemento prático-racional cautela e diligência – principalmente quanto à necessidade de sustentabilidade dos componentes da dinâmica econômica, entre os quais os recursos naturais – conectam-se ao propósito desenvolvimentista.

3.2 Princípio da educação ambiental: informação e participação para um modelo duradouro de desenvolvimento sustentável

Unger compreendeu que a educação representaria o único projeto capaz de unir os brasileiros (BRASIL, 2009e). Em um país tão “plural”, rico

em diversidade cultural, não é de espantar-se que o então Ministro para Assuntos Estratégicos da Presidência da República tenha afirmado que um dos resultados de políticas públicas dirigidas à educação formal é a redução das desigualdades e o aumento do desenvolvimento socioeconômico.

A “união” a que se refere Unger não significa ou tem relação com valorações de cunho moral. Diz respeito à redução das desigualdades baseada no aumento de oportunidades para os que delas necessitam (art. 206, I, CF/88), inclusive mediante a profissionalização (art. 227, CF/88) dos trabalhadores e, finalmente, a consequente retirada da marginalidade de grande número de brasileiros. O desenvolvimento via criação de infraestrutura para o crescimento econômico, nos planos de Unger, também exigia dos trabalhadores capacitação técnica (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015), a qual se conseguiria principalmente criando e aperfeiçoando arranjos e mecanismos de políticas de educação nacional.

Por este ângulo, para Unger, o ensino formal do Brasil precisaria ser democratizado. Ele pregou sua ampliação e estímulo à inserção da população. O professor de Harvard doutrinou um modelo de educação voltado para educar, não compreendendo a mera reprodução do conhecimento, mas aquele que ensina a pensar, ao promover reflexão criativa (art. 205, CF/88). Unger reagiu, por se opor à leitura que fez da educação formal brasileira: segundo o teórico, o então modelo de ensino no Brasil inibia a criatividade, a transformação, o conhecimento para a prática, para a solução dos problemas cotidianos. A fim de que o projeto educacional de Unger seja implementado, fazem-se necessárias reformas institucionais e o desenvolvimento de novos subprojetos a serem experimentados, que visem ao soerguimento do cidadão brasileiro (BRASIL, 2009d).

A definição de cidadania de Unger foi além do simples conceito jurídico de cidadão. Seu entendimento a respeito do conteúdo do termo aponta até hoje para um processo de estímulo à participação via transformação da cultura familiar brasileira, a qual não aprendeu a incentivar o estudo e não reconhece a excelência acadêmica (2009 *apud* GODOY, 2010, p. 53). Neste sentido, a ideia de cidadão é melhor compreendida, na visão de Unger, por diretrizes histórico-culturais e

sociológicas do que simplesmente pela dimensão jurídica do conteúdo. Cidadania necessariamente implica informação qualificada e participação, o que envolve discussão verdadeiramente democrática, visto que inclui participantes autoconscientes, corresponsáveis pelos rumos do país (JACOBI, 2003).

Conforme já mencionado, não deve haver planos políticos desenvolvimentistas sem que se vislumbre em seus pormenores viabilidade ecológica. Nesse cenário, é juridicamente inválido qualquer projeto que não envolva a temática ambiental. Do reflexo da transversalidade do meio ambiente na temática "educação", extrai-se o que se comumente nomeia-se educação ambiental, prevista no art. 225, § 1º, VI, CF/88. Para o fim de incitar uma participação ativa da população no debate de temas que lhes afetam, instituindo um conjunto socialmente identificado de dificuldades, escopos e soluções (JACOBI, 2003), várias medidas e por diversas frentes são necessárias.

Nesta direção, sob o reflexo de seu característico propósito criativo-reformador, Unger idealizou a figura do especialista técnico, ao qual se atribuiria a responsabilidade por ações ambientalmente sustentáveis na gestão de práticas desenvolvimentistas. Pugnou pela formação do profissional em "gestão social", o que envolveria "gestão socioambiental". Ademais, na mesma ocasião, insistiu na criação de cursos de extensão universitária relativos "[...] à área de responsabilidade social e ambiental" (BRASIL, 2009d, p. 26). Tratam-se, em geral, de ferramentas voltadas a estimular a participação via incremento e propagação de informações qualificadas que, além de técnicas, vão ao encontro da transformação do indivíduo em cidadão. Destarte, obviamente, educação ambiental vai muito além da invenção de profissionais detentores de conhecimento específico. Portanto, com os exemplos imediatamente citados, objetiva-se ilustrar, ainda que por meio de idealizações aparentemente menos complexas de Unger, sua capacidade de fornecer conteúdo palpável ao conceito de desenvolvimento socioeconômico sustentável, o qual afirmou ainda ser abstrato (UNGER, 2008).

De maneira geral, dar conteúdo a um ideal desenvolvimentista, retirando-o da mera abstração, pressupõe posicionamento estratégico e capacidade de envolver o país em ideias que promovam benefícios a todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O plano desenvolvimentista de Unger para o Brasil baseou-se na ideia de criação e aprimoramento de mecanismos estruturais e arranjos institucionais para a promoção do crescimento econômico. Trataram-se de propostas de prometiam grande amplitude e profundos efeitos, pois envolviam muitas áreas do conhecimento e visavam a resultados em todas as regiões do país.

Unger entendia ser preciso crer na vitalidade do povo brasileiro, aproveitando-se de sua diversidade cultural (harmoniosamente existente). Para o então ministro, o Brasil necessitava inovar, construindo e reconstruindo o existente. Afirmava que o Brasil deveria parar de importar modelos e fórmulas e criar suas próprias soluções, tendo em vista as particularidades das demandas que lhe são inerentes.

As convicções do ex-ministro envolviam, obviamente, a problemática ambiental, na qual se inserem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de proteção ambiental. Neste cenário, conseguiu-se expor que desenvolvimento e preservação do meio ambiente natural mantêm intrínseca relação. Nos projetos de Unger, verificou-se esta ligação quando do reconhecimento da inter-relação e interdependência (imprescindíveis) das várias dimensões da sustentabilidade do desenvolvimento, entre as quais a social, econômica e ecológica.

Unger entendia não haver conflito entre o ideal preservacionista e a dinâmica econômica. Desde que mecanismos e arranjos eficientes e duradouros, voltados direta e indiretamente à promoção de existência digna da população, não só a preservação ambiental funcionaria como instrumento para o desenvolvimento via crescimento econômico, como iria ao encontro do específico propósito de equilíbrio ecológico.

Entre os mecanismos e arranjos estruturais a serem aperfeiçoados, encontravam-se os normativos, destacadamente os voltados à tutela

ambiental. Para Unger, as obras e empreendimentos, notoriamente os de infraestrutura, deveriam ser impulsionados pelas normas de proteção ambiental. Entretanto, segundo Unger, as então normas brasileiras de proteção ambiental estariam obstaculizando o desenvolvimento sustentável (com destaque para a dimensão social), porquanto confusas, desarticuladas e carentes de objetividade, justificando-se imediatas reformas.

Assim, nos projetos de Unger, os princípios de direito ambiental, realçando-se prevenção/precaução e educação ambiental, foram lembrados. Como diretrizes para a elaboração de regras de proteção ambiental, destacaram-se como balizadores da sustentabilidade na conformidade dos planos do professor de Harvard. Neste cenário, por não ser possível modelo de desenvolvimento juridicamente válido no Brasil que não considere simultaneamente todas as dimensões de sustentabilidade, Unger alertou a premente necessidade de implementação da técnica de Avaliação Ambiental Estratégica Integrada (AAEI) e da substituição de certos paradigmas na educação formal do país.

Conquanto Unger não tenha conseguido executar todo o seu plano desenvolvimentista, suas convicções ainda podem ecoar, principalmente porque, como ideias, não são titularizadas por um governo específico, mas por todos os desejosos, em prol da coletividade, de inovações, a fim de que alguns conceitos esquecidos possam tornar-se realidade.

REFERÊNCIAS

BERLINCK, Manoel Tosta; COHEN, Yousef. Desenvolvimento Econômico, Crescimento Econômico e Modernização na Cidade de São Paulo. In.: **Revista Adm. Emp.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 45/64, jan./mar., 1970.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. **Gargalos do licenciamento ambiental federal no Brasil**. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/24039/gargalos_licenciamento_hofmann.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 set. 2017. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018. 1964.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018. 1966.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2018. 1988.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Presidência da República. **Licenciamento Ambiental.** Documento para discussão. Versão preliminar. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/licenciamento-ambiental.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018. 2009a.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Presidência da República. **Agricultura Brasileira no Século XXI.** Documento para discussão. Versão preliminar. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/agricultura.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018. 2009b.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Presidência da República. **Redução das desigualdades e melhoria da qualidade do Sistema de Saúde no Brasil.** Documento para discussão. Versão preliminar. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/saude.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018. 2009c.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Presidência da República. **Reformas Institucionais e Ações para Geração de Oportunidades.** Documento para discussão. Versão preliminar. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/politica-social.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018. 2009d.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Presidência da República. **Duas Iniciativas para Mudar a Educação no Brasil:** 1 – Reconciliação da gestão local das escolas pelos Estados e Municípios com padrões nacionais de investimento e de qualidade 2 – A nova escola média. Documento para discussão. Versão preliminar. Disponível em:

<<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/educacao.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018. 2009e. BURSZTYN, Marcel; BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental**. Caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro, Garamond, 2012.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, Desigualdade e Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO. Política. **Pôr a mão nas feridas**. País precisa tomar decisões para mudar. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/feridas.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2018. 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e escolhas públicas: perspectivas de caminhos constitucionais de concretização do desenvolvimento intersubjetivo. In.: **RIDB (Revista do Instituto do Direito Brasileiro)**, Lisboa, Ano 2, n. 9, p. 9407-9419, 2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Utopia em Roberto Mangabeira Unger** – Democracia Radical, Imaginação Institucional e Esperança como Razão. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

JACOBI, Pedro. Educação Ambiental, Cidadania e Sustentabilidade. In.: **Cadernos de Pesquisa, Fundação Carlos Chagas**, São Paulo, n. 118, p. 189-205, março, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello. **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri (SP): Manole, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Ideias sustentáveis. Paula Yone Stroh (Org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

UN Population Fund. **State of the World Population 2007**: Unleashing the Potential of Urban Growth. United Nations Population Fund, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. In.: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago., 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Desenvolvimento sustentável é abstração**. Disponível em: <[Boletim Conteúdo Jurídico n. 860 de 30/06/2018 \(ano X\) ISSN - 1984-0454](http://www.robertounger.com/pt/wp-</p></div><div data-bbox=)

[content/uploads/2017/01/desenvolvimento-sustentavel-e-abstracao.pdf](http://www.conteudojuridico.com.br/content/uploads/2017/01/desenvolvimento-sustentavel-e-abstracao.pdf)>.

Acesso em: 17 fev. 2018. 2008.

[1] Ao referir-se à discricionariedade em sentido amplo, França (2013, p. 9408) destaca o direito dos governantes e dos legisladores de escolha das melhores alternativas para que consigam alcançar os objetivos previstos na CF/88.

[2] Sob o ponto de vista teórico, a problemática que envolve o Meio Ambiente Natural insere-se no conceito de Desenvolvimento Sustentável e suas várias dimensões. Sobre o tema, vale a pena ler “Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Ideias sustentáveis”, de Ignacy Sachs.

[3] A ser destacado no item 4.2.

[4] “[...] **crescimento econômico** significa um aumento persistente da renda real de uma economia. Entende-se, também, que: tal aumento não afetará, necessariamente, o padrão de vida da população como um todo [...]. Quando o aumento da riqueza nacional atinge todos os segmentos da população de maneira homogênea ou quando beneficia uma parcela substancial da população, entende-se que há **desenvolvimento econômico**” (BERLINCK; COHEN, 1970, p. 46), (grifo nosso).

[5] A ser destacado no item 4.2.

[6] Sobre a importância das normas jurídicas na escolha e composição de projetos e ações públicas, Coutinho (2013, p. 99) afirma: “[...] a seleção e a formatação dos meios a serem empregados para perseguir os objetivos predefinidos são um trabalho jurídico. O estudo das diferentes possibilidades de modelagem jurídica de ações públicas, a escolha dos instrumentos [...] mais adequados (dados os fins a serem perseguidos), o desenho de mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos [...]”.

[7] Será tratado no item 4.2.

[8] Ressalta-se que em 2011, a União editou a Lei Complementar nº 140, a qual visa a promoção de cooperação entre os entes federados, no que tange à competência comum relativas “[...] à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em

qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; [...]”.

[9] Por razões metodológicas, não serão tratadas as distinções entre precaução e prevenção para efeito da tutela do meio ambiente. Alerta-se apenas que diferenças doutrinárias existem e que, a depender do objeto e dos objetivos do estudo, devem ser consideradas.

AS GARANTIAS DA MAGISTRATURA COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DO JUDICIÁRIO

GLENO RENAN PEREIRA DE FREITAS:

Bacharelado em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CESAR MELLO [1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho busca analisar a aplicabilidade do artigo 95 da Constituição Federal do Brasil de 1988, expondo a problemática que cerca a compreensão das garantias da magistratura como expressão da independência do Judiciário diante do princípio da separação dos poderes. Questiona, se as garantias podem ser usadas para beneficiar magistrados ou beneficiam a sociedade. Busca examinar se a aplicabilidade dessas garantias realmente garante segurança jurídica no judiciário, ou se elas próprias servem de apoio para a corrupção de magistrados. Utiliza o método indutivo e a pesquisa exploratória com abordagem qualitativa. Apresenta a evolução da formação do Estado e seus Poderes até chegar a forma de tripartição. Adentra nos poderes concedidos aos juízes no exercício da Jurisdição e o dever que eles têm como garantidores da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Magistratura, Garantias da Magistratura, Decisões, Segurança Jurídica, Constituição.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the applicability of article 95 of the Federal Constitution of Brazil of 1988, exposing the problematic that surrounds the understanding of the guarantees of the judiciary as an expression of the independence of the Judiciary before the principle of separation of powers. He questions whether guarantees can be used to benefit magistrates or benefit society. It seeks to examine whether the applicability of such guarantees does in fact guarantee legal certainty in the judiciary, or whether they themselves support the corruption of magistrates. It uses the inductive method and exploratory research with a qualitative approach. It presents the evolution of the formation of the State and its Powers until arriving at the form of tripartition. It enters into the powers

granted to judges in the exercise of Jurisdiction and their duty as guarantors of justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. História do Poder absoluto. 2.1. História do Estado Democrático de Direito. 22. Tripartição dos poderes. 3. Poder Judiciário na Constituição de 1988. 4. Magistratura. 4.1. As garantias da magistratura como mecanismo de proteção dos jurisdicionados. 4.2. Desvirtuamento das garantias. 4.3. Conselho Nacional De Justiça. 5. A Atuação do Ministério Público Contra A Corrupção De Magistrados. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 adotou, como em Constituições anteriores, a teoria da tripartição dos Poderes da União, com isso os Poderes da União são independentes e ao mesmo tempo harmônicos entre si (art. 2º da CF), bem, o fato é que para exercer as funções de independência sem a interferência dos demais Poderes, a Constituição prevê instrumentos que são usados para garantir essas autonomias, sendo estes as garantias constitucionais.

Como nos demais Poderes da União, o Judiciário é um poder independente, que tem por função a jurisdição no Brasil, ou seja, cabe ao Judiciário aplicar o direito em casos concretos, e para que haja eficiência e confiabilidade nos serviços prestados pelo Judiciário, a Constituição Federal do Brasil conferiu aos magistrados as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios como sendo uma garantia constitucional do Poder Judiciário.

Ao contrário do que se costuma pensar, as garantias conferidas aos magistrados não são para o magistrado em si, mas constituem uma característica do cargo da magistratura, com o principal objetivo de zelar da lei, da independência e da imparcialidade nas decisões dos magistrados, garantido assim que os juízes não temam punições ou se rendam à repressões ou até mesmo negociem suas decisões com os demais Poderes da União, sendo fiéis ao ordenamento jurídico, sem o medo de serem

exonerados, ou que sejam punidos com mudança de cargo, ou penalizados em seus subsídios.

O fato é que esse mecanismo de proteção, por muitas vezes, tem sido usado pelos magistrados como instrumento de impunidade, visto que a mais alta pena cominada a um magistrado no âmbito administrativo é a aposentadoria compulsória, agravada somente de demissão quando se esgotarem todos os graus de recursos do sistema judiciário, o que, quando ocorre, leva anos até que o magistrado seja demitido de suas funções.

Diante do contexto apresentado, o presente trabalho pretende verificar através do ordenamento jurídico brasileiro, doutrina, jurisprudência e notícias de fatos, se as garantias da magistratura já se tornaram ultrapassadas diante do cenário atual do Judiciário Brasileiro, se elas têm beneficiado mais aos magistrados do que a sociedade, e o que é necessário ser feito para se combater a corrupção na magistratura?

Voltado principalmente para a garantia da vitaliciedade, e através do método indutivo, o presente trabalho será desenvolvido principalmente por revisões bibliográficas, procurando responder todas essas perguntas sobre o assunto.

2 História do Poder absoluto

Antes de se chegar à tripartição dos poderes, que traria o Judiciário como um poder independente, precisamos entender como era o poder antes da divisão dos poderes, e o sistema político predominante da Idade Média o absolutismo, caracterizado principalmente pela concentração do poder do estado, seja político ou econômico, na pessoa do monarca, não havendo a divisão dos poderes, sendo tudo de sua competência.

Para Figueiredo (1993, p. 53), o absolutismo é uma “forma de governo” em que o detentor do poder exerce suas funções sem subordinação controle ou dependência dos demais órgãos do Estado. Pensadores como Maquiavel, Jean Bodin e Thomas Hobbes, em seus discursos sobre o Estado Absolutista, acreditavam que essa forma de governo não era tão ruim como se costuma pensar.

Em "O Príncipe", Maquiavel (2007, p. 43) afirma que o monarca só tinha que ser mais rigoroso para o bem do povo e do Estado, informando que o medo era a melhor forma de submeter os súditos, fazendo se mais temer ao príncipe do que o amar, e o príncipe tinha que ter a reputação de "clemente", que para manter-se no poder e com ele o Estado, o príncipe deveria usar de uma crueldade moderada.

O pensador inglês Thomas Hobbes (1588-1679), em seu livro *Leviatã*, retoma a ideia de soberania. Para ele, os homens estão em constante guerra, sendo egoístas e pessimistas, lutando uns contra os outros por seus direitos e pela sua vida, sob pena de morrer ou desaparecer caso não guerreie por seus ideais. Por esse motivo, Hobbes acredita que a ausência do poder absoluto na monarquia causa mais males ao povo que benefícios, sendo obrigação do rei, fazer boas leis, respeitar a propriedade e zelar pela segurança do povo, sendo essas algumas das funções essenciais do governante que tem o poder absoluto em mãos.

Tem-se nas ideias do bispo francês **Jacques Bénigne Bossuet** (1627-1704) as mais influentes para o regime absolutista. Em sua obra *A política, inspirada na Sagrada Escritura*, ele apresenta a origem da realeza como divina. O monarca seria o representante de Deus na Terra, e, como tal, suas vontades seriam infalíveis, não cabendo aos súditos questioná-las. Essas ideias formariam a base da doutrina política oficial do absolutismo francês, sendo conhecidas em seu conjunto como a teoria do direito divino dos reis.

O absolutismo foi um regime de governo essencial para o fortalecimento de países europeus, principalmente no fortalecimento militar, historicamente falando, permaneceu durante os três primeiros séculos da era moderna, mas no século XVIII, as doutrinas do pensamento liberal e as crises no regime absolutistas, levaram a queda do absolutismo dentro da Europa, sendo a Revolução Francesa, em 1789, um dos mais expressivos episódios que deflagram a sua queda.

2.1 HISTÓRIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIRETO

Segundo o Dicionário Cunha (2011, p. 106), democracia é o método de organização social e política tendente a? maior realização da liberdade e

da igualdade; Conjunto das práticas sociais da autarquia ou da autonomia; Sistema político em que o povo constitui e controla o governo, no interesse de todos.

O Estado Democrático de Direito é oriundo dos antigos povos gregos e seus inesquecíveis pensadores, que já no século V a I a. C. citavam a teoria do “Estado Ideal”, pensadores como Sócrates, Platão e Aristóteles refletiam sobre a melhor forma de organização da sociedade para o atendimento do interesse comum.

O doutrinador Filomeno (2011, p. 271), faz menção em sua obra a lembrança da famosa “Magna Charta”, de 1215, que a um só tempo limitou o poder político do rei João, “o Sem Terra”, e reconheceu aqueles direitos aos senhores feudais, a “Bill of Rights”, editada pelo rei constitucional Guilherme de Orange, em 1688, a não menos famosa “Declaração de Independência dos Estados Unidos da América”, de 1776, e a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, alma institucional da célebre “Revolução Francesa de 1789”.

Com o surgimento do movimento naturalista, de origem na própria racionalização dos direitos naturais que até então, eram divinos, os poderes do rei absolutista foram sendo enfraquecidos gradativamente, revelando assim a sua possível queda intensificando ainda mais o rompimento da religião com o Estado.

Foi aí que surgiu o conceito de jus naturalismo, ou seja, de que existem direitos que são naturais ao homem, que fluem da própria natureza humana, os direitos básicos, para que o ser humano pudesse viver de forma digna.

Na Inglaterra o século XVII, o país foi marcado com inúmeros acontecimentos que deram o marco inicial da democracia, movimentos esses que foram essenciais para uma nova forma de governo. Autores diversos apontam a “Petition of Rights” como a semente que deflagrou a Revolução Inglesa.

Para José Afonso da Silva (1992, p. 140) A petição constituiu um meio de transação entre o Parlamento e rei, que este cedeu, porquanto aquele já

detinha o poder financeiro, de sorte que o monarca não poderia gastar dinheiro sem autorização parlamentar.

Neste sentido, Ricardo Castilho (2013, p. 32) aponta que em muitos países os cidadãos buscavam maneiras de limitar os poderes dos governantes, em especial nas monarquias absolutistas. Era o início da transição do absolutismo para o Estado liberal de Direito, onde o governo seria norteado por leis fundamentais, as chamadas cartas constitucionais.

A Revolução Puritana, que em 1628 foi um "petition of rights", ou seja, petição de liberdade civil que institui a necessidade de aprovação parlamentar de tributos e a proibição de punição de súditos sem amparo na lei; Habeas Corpus Act – 1679, em previa a proteção à liberdade e ao devido processo legal Albert Noblet (Apud SILVA, 1992, p. 140) ensina que o Habeas Corpus Act reforçou as reivindicações de liberdade, traduzindo-se, desde logo, e com as alterações posteriores, na mais sólida garantia da liberdade individual, e tirando aos déspotas uma das suas armas mais preciosas, suprimindo as prisões arbitrárias".

Revolução Gloriosa – 1689 – Bill of Rights, obrigatoriedade de aprovação das leis pelo Parlamento, e a garantia de liberdade religiosa. De acordo com Alexandre de Moraes (2010, p. 8), essa revolução significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outras regulamentações, o fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento.

A Revolução Francesa de 1789 foi o grande acontecimento que marca de vez o início da democracia a qual também derivou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais documentos históricos que marcam o início do Estado moderno. Contendo princípios que até hoje são muito fortes em Constituições pelo mundo, a Declaração de 1789 assegurava que todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei e que a finalidade da sociedade é a felicidade comum – o governo é

instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a segurança e a propriedade.

No século XX, Hans Kelsen (1881-1973) conceituou em sua obra *Teoria Pura do Direito*, o Estado como sujeito artificial como a personalização da ordem jurídica, e como a lei passa a ter a partir de então um papel essencial na organização das sociedades, sendo o instrumento por meio do qual o poder do povo se manifesta e que vincula a todos de forma igualitária: governantes e governados são igualmente sujeitos às determinações da lei.

A lei passa a exprimir a vontade dos cidadãos, evidenciando assim o desenvolvimento das sociedades através do comportamento dos cidadãos perante as leis, essa por sua vez deverá ser respeitada por todos que a compõem, não importando as condições em que o cidadão estivesse, governantes e povo eram iguais perante a lei, aplicando a ideia de Estado de Direito.

2.2 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Pensadores como Aristóteles, John Locke e Montesquieu, já tinham versado em suas obras sobre a teoria da separação dos poderes, procurando elaborar teorias do melhor sistema de governo, aquele ideal, onde fosse possível o controle do poder, a fim de que abusos fossem evitados ou minorados ao Máximo.

Com a necessidade de divisão de tarefas, Aristóteles (1977:107ss) em sua obra *A Política*, afirmava que todo governo há três poderes essenciais. O primeiro é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos e o terceiro abrange as tarifas da jurisdição.

O doutrinador Filomeno (2016, p. 26) traz em sua obra as publicações de estudos dos filósofos que procuraram entender e explicar o que seria um estado ideal, sendo eles *A República* de Platão, exemplo de filosofia política, onde se descreve o Estado ideal e suas funções. Outros filósofos políticos foram: o orador romano Cícero, autor de outra *República*, Santo Agostinho, com sua obra *A Cidade de Deus*, Tomás de Aquino e Dante, ambos escrevendo sobre a monarquia, Nicolau Maquiavel, autor de *O*

Príncipe, Thomas Hobbes, que sintetizou suas ideias no Leviatã, Montesquieu, autor de O Espírito das Leis, John Locke que nos deu Os Dois Tratados sobre o Poder, e Edmund Burke, autor de Reflexões sobre a Revolução Francesa.

Filomeno (2016, p. 172) ainda descreve que para John Locke, com efeito, o poder político deveria também ser tripartido, mas consistente em um poder legislativo, com a função de elaborar o direito, um poder federativo, responsável pela representação externa do Estado (funções diplomáticas) e um poder executivo, cuja incumbência seria exatamente a de executar ou exigir o cumprimento do direito positivado pelos órgãos do legislativo. As funções desempenhadas pelos órgãos do judiciário estariam subordinadas ao Executivo.

Coube a Montesquieu, em notável trabalho de engenharia política, propor a tripartição das funções do Estado (legislativas, executivas e judiciárias). Mesmo não sendo o único filósofo a pensar na tripartição, sua teoria foi a mais aceita pela Ciência Política.

A tripartição é hoje como se conhece, de maneira sintetizada, a divisão e organização de tarefas do Estado, onde o poder legislativo cria e fiscaliza as leis, o executivo as põe em prática e o judiciário julga os excessos ou descumprimentos de leis.

3 O Poder Judiciário na Constituição de 1988

As palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, define um pouco a visão que a sociedade tem em relação ao Poder Judiciário.

“Terceiro dos poderes do Estado na perspectiva clássica, o Judiciário costuma ser considerado o menos importante deles. Ele é, sem dúvida, se o encararmos do ponto de vista político, se o estudarmos em relação à orientação global da atividade do Estado. Sua importância, entretanto, avulta, se o olharmos sob o prisma das liberdades e direitos individuais, de que é a primeira e principal garantia.” (FERREIRA FILHO, 2014, p. 274)

Com a independência dos Poderes, prevista no art. 2.º, CF/1988, e organizada no título IV, capítulo III, da Constituição Federal, o poder judiciário é como os outros poderes da União, independente, enaltecendo a doutrina do checks and balances (sistema de freios e contrapesos), que mesmo independentes cooperam entre si, em harmonia, para a persecução do bem comum. Ferreira Filho, define a importância a independência do Poder Judiciário:

“(,,,) A independência do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual. Que existam no Estado órgãos independentes que possam aplicar a lei, inclusive contra o governo e contra a administração, é condição indispensável para a liberdade e a proteção dos direitos humanos. E não foi outra a razão que levou a doutrina clássica a erigir o Judiciário em poder do Estado, com função própria. De fato, que argumento melhor havia para retirar das mãos do governo a administração da Justiça do que afirmá-la, por natureza distinta da a ele confiada?” (2014, p. 277)

Com a Constituição o Judiciário saiu fortalecido e suas decisões respeitadas pelo Executivo e Legislativo. Sente-se a força do Poder Judiciário, por exemplo, quando imprime efeitos erga omnes e vinculantes às suas decisões e julgamentos.

4 MAGISTRATURA

A magistratura ainda continua a ser uma das mais almejadas carreiras da área jurídica, cargo de grande responsabilidade, prestígio e respeito, ao cargo são conferidos direitos e deveres constitucionais dispostos no art. 93 que devem ser observados pelos juízes que o exercem, o ingresso na carreira se faz através de concurso público, do qual o candidato após o bacharelado deverá obrigatoriamente ter em seu currículo três anos de efetiva atividade jurídica, devendo ser comprovado no ato da inscrição do concurso público para a magistrado.

A promoção dos juízes ocorrem após o ingresso nos quadros da magistratura, de entrância para entrância, pelos Critérios de antiguidade e merecimento em conformidade com a Emenda n.º 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que por sua vez, obedece aos requisitos do art. 93, VIII, e se aposentam compulsoriamente aos 70 anos de idade, com exceção dos servidores em geral e Ministros do STF, Tribunais Superiores e TCU, com a Emenda n.º 88/2015, passou a ter como requisito máximo a idade de 75 anos, e não mais 70 anos (alteração do art. 40, § 1.º, inc. II, e art. 100, ADCT).

A promoção por merecimento pressupõe o exercício da judicatura por pelo menos dois anos em uma entrância, e os critérios de merecimento são: Desempenho, produtividade, frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento (critérios objetivos).

A Constituição de 1988, em seu art. 94, consagra o instituto do quinto constitucional, ou seja, 1/5 dos lugares nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça é reservado a advogados e membros do Ministério Público (requisitos: mais de dez anos de carreira, reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos).

A Lei Complementar n.º 35/1979, conhecida como LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional é a lei que contém os deveres e proibições dos juízes (art. 93, caput, CF), como, por exemplo, a proibição de manifestar-se na mídia sobre casos que esteja julgando. Além dos deveres e proibições os juízes gozam ainda de algumas prerrogativas, para bem desempenhar seu papel, denominadas garantias constitucionais da magistratura.

O art. 95, parágrafo único, CF, consagra a independência e imparcialidade dos juízes ao instituir as seguintes vedações: a) o juiz não pode exercer qualquer outra profissão ou cargo, salvo uma de professor; b) juiz não pode receber custas ou participação em processos; c) juiz não pode dedicar-se à atividade político-partidária; d) não pode receber dinheiro (auxílios ou contribuições) de pessoas físicas ou jurídicas; e) só pode exercer advocacia 3 anos após afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

4.1 AS GARANTIAS DA MAGISTRATURA COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS JURISDICIONADOS

Previstas no artigo 95 da CF, as garantias da magistratura são a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, para entender melhor vejamos o que venha a ser cada uma dessas garantias nas palavras de Ferreira Filho (2014 p. 281).

“A vitaliciedade consiste em não poder perder o magistrado o cargo senão por força de decisão judicial (art. 95, I). Esta não impede que o juiz possa ser posto em disponibilidade pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal, ocorrendo interesse público (art. 93, VIII).

A inamovibilidade consiste em não poder o magistrado ser removido de sua sede de atividades para outra sem o seu prévio consentimento (art. 95, II). Em caso de interesse público, reconhecido pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal, dispensa-se, todavia, essa exigência (art. 93, VIII).

Enfim, a irredutibilidade de subsídios, que repercute na isenção de todos os impostos, salvo os gerais e os extraordinários (art. 95, III). Impostos gerais, ensina Maximiliano, são os que “abrangem todas as classes sem distinguir senão entre os proventos” (Comentários à Constituição de 1891, n. 167). Para não haver dúvida sobre o alcance da disposição, a Emenda n. 9 à Constituição de 1946 tinha acrescentado ao art. 95, II, remissão ao art. 15, IV, que conferia à União os impostos sobre “renda e proventos de qualquer natureza”. Essa remissão fora, no texto de 1967, suprimida. A Emenda n. 1, de 1969, a restaurou, para não haver qualquer hesitação. A Constituição de 1988 foi além,

obrigando ao pagamento do imposto de renda sobre a totalidade do subsídio.”

O Poder Judiciário automaticamente recebe, na pessoa dos magistrados, suas garantias constitucionais, a segurança e confiabilidade do Poder Judiciário, e os magistrados a segurança de formularem suas decisões sem medo de restrições ou repressões dos Poderes Legislativos e Executivo. Ferreira Filho confirma a importância das garantias da magistratura:

“As garantias do todo, o Judiciário, completam-se pelas garantias asseguradas a seus membros, os magistrados. Estas, em geral, distribuem-se em dois grupos: o das que se destinam a resguardar a sua independência, contra pressões inclusive de outros órgãos judiciais, e o das que visam a dar-lhes condições de imparcialidade, protegendo-os contra si próprios.” (2014, p. 281)

Paulo Nader (2016) também expõe sua ideia da seguinte forma:

(...) as garantias da magistratura constituem também um fator de segurança jurídica. Os juízes devem gozar de ampla liberdade no exercício de suas funções, tendo por limite apenas a ordem jurídica. A falta de garantias constitucionais pode levar ao temor ou constrangimento e comprometer o ato judicial. (2016, p. 122)

O primeiro objetivo do legislador é conter possíveis abusos dos demais Poderes da União em relação a atuação do poder Judiciário, o segundo objetivo é garantir para o próprio magistrado a segurança de sua função jurisdicional, assim, o juiz fica assegurado de que como magistrado, o mesmo, não só poderá, mas deverá sentenciar suas decisões baseadas somente na legislação vigente, isso, agradando ou não aos demais poderes da União, ou outros interessados nas decisões, assim os magistrados não sofrerem a nenhum tipo de repressão, diferente por exemplo dos demais servidores, que podem ser removidos, movidos, ou ter retirados de seus

subsídios gratificações, como maneira de reprimir atitudes ou decisões que vão em desacordo com a vontade dos demais que contenham o poder.

As garantias têm por principal objetivo a eficiência do poder judiciário, não é um benefício para o magistrado como pessoa pelo simples fato de ser ele um juiz, mas o que se está em questão em relação as garantias, é a segurança que o magistrado tem de não ser reprimido por uma decisão, fazendo com que independente do Judiciário e a imparcialidade prevaleçam, independente de quem sejam as partes.

Para Nader, (2016, p. 121), as garantias da magistratura constituem também um fator de segurança jurídica. Os juízes devem gozar de ampla liberdade no exercício de suas funções, tendo por limite apenas a ordem jurídica. A falta de garantias constitucionais pode levar ao temor ou constrangimento e comprometer o ato judicial.

4.2 DESVIRTUAMENTO DAS GARANTIAS

O fato é que alguns magistrados seduzidos pelos benefícios constitucionais conferidos aos cargos que ocupam, acabam corrompendo sua função essencial e passam a beneficiarem a si próprios ou a terceiros com “favores” que trazem prejuízos a segurança jurídica da nação, não por tomarem decisões que vão em desacordo com o desejo dos demais poderes ou da população, até porque isso em nenhum momento deve interferir nas Sentenças, Decisões e Acórdãos, mas o ato de cometerem infrações dolosas e continuarem a ter seus benefícios intactos.

Perceba que estamos falando de infrações culposas, ou decisões equivocadas, mas de dolo, que Fernando Capez classifica como:

“(…) E? a vontade e a consci?ncia de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, e? a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta. Questa?o relevante, todavia, e? relativa ao conhecimento dos elementos constitutivos da infrac?a?o, exigidos pelo dolo, precipuamente com relac?a?o aos elementos normativos e, destes, especialmente os juri?di- cos, aqueles utilizados pela

lei. Como para que exista dolo e? necessário que o agente conheça tais elementos, questiona-se se e? necessário um conhecimento preciso, refinado, perfeito. Por certo que não, uma vez que, de outra forma, leciona Eduardo Correia, "só um jurista poderia praticar um crime doloso." (CAPEZ, 2004, p. 391)

Assim, o magistrado por vontade própria toma decisões que vão em desacordo com a ética, a moral, e a lei, exercendo uma jurisdição corrupta, sustentado pela ambição de se ter benefícios extras a si mesmo ou a terceiros e com grandes chances de sair impune.

Dados apontados pelo jornal o Estado de São Paulo, com base em informações fornecidos pelo CNJ, mostram que desde a sua criação em 2005 até o ano de 2014, o CNJ já aposentou compulsoriamente 45 magistrados, e a lista de acusações é diversificada, que envolvem desde violação ao decoro e conduta incompatível com o exercício da função até suspeitas de corrupção e incompatibilidade entre rendimento e movimentação financeira. Há casos também de busca de "favores íntimos" para proferir decisão, apropriação de arma recolhida nos autos, conluio com advogados, interferência na distribuição de processos, embriaguez e até incentivo e colaboração com a exploração sexual de adolescente.

Outros dados mais atualizados como o do CNJ de 2017, demonstra que de 2006 a 2017, o órgão de fiscalização e planejamento do Judiciário determinou 54 aposentadorias compulsórias, 10 censuras, sete disponibilidades, quatro remoções compulsórias, cinco demissões de servidor e cinco advertências. Os processos administrativos destinam-se à apuração da responsabilidade de juízes e titulares de serviços notariais e de registro por infração disciplinar no exercício da função.

O número da corrupção na magistratura tem sido crescente, e isso pode ser dar pelo fato dos magistrados se apoiarem as garantias constitucionais como mecanismo de proteção de seus cargos, domicílio e subsídios, gerando neles próprios o sentimento de impunidade, assim o

máximo que poderia acontecer caso descobertos seria a condenação pelo CNJ à aposentadoria compulsória.

4.3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Por fim, Pires (2016, p. 459) traz a importância do CNJ para o combate da corrupção na magistratura. Regulamentado pelo art. 103-B, o CNJ, recebe denúncias contra juízes e servidores do Judiciário, revê os gastos dos Tribunais, entre outras atribuições. Em sua organização é presidido pelo Ministro do STF escolhido, indicado pelo próprio STF. Não fere a autonomia do Judiciário, visto que, a participação minoritária no CNJ é de membros de outros órgãos ou indicados pelos outros Poderes. As competências do CNJ são referidas por Ferreira Filho:

“Dentre as competências já conferidas, destaquem-se: 1) a de rever ou desconstituir ou fixar prazo para tanto, quando em causa a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário (inc. II); 2) conhecer de reclamações contra membros do Poder Judiciário, podendo aplicar-lhes sanções — remoção, disponibilidade, aposentadoria e outras — bem como avocar processos disciplinares contra eles instaurados (inc. III); e 3) representar ao Ministério Público na eventualidade de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade (inc. IV). Fica bem claro do art. 103-B da Constituição que o Conselho Nacional de Justiça não pode examinar senão atos administrativos, jamais decisões jurisdicionais, e não pode impor senão sanções administrativas, jamais sanções penais.” (2014, p. 300)

O CNJ tem o dever de zelar pela autonomia do Poder Judiciário, a observância do art. 37, CF (funcionamento da Administração Pública e legalidade dos atos administrativos expedidos pela magistratura), receber denúncias contra membros do Poder Judiciário e cartórios extrajudiciais (podendo aplicar, por exemplo, pena administrativa de aposentadoria compulsória a magistrados que cometerem infrações), avocar processos

disciplinares em curso, representar ao Ministério Público em casos de abuso de autoridade e improbidade administrativa (não excluída, segundo a doutrina, a possibilidade de representar ao Ministério Público em casos de verificação patente de outros crimes), elaborar semestralmente estatísticas de processos em curso e sentenças prolatadas em todo o Judiciário brasileiro e elaborar relatórios anuais sobre a situação do Judiciário.

5 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA A CORRUPÇÃO DE MAGISTRADOS

O Ministério Público tem sido um grande atuante contra a corrupção, e isso acontece nos três Poderes da União, priorizar as diversas estratégias e as distintas posturas onde o Ministério Público atua, seria um grande avanço para o MP como fonte de Combate à corrupção do Estado.

É dever do Ministério Público enfrentar a corrupção, assim como estão embasados nos mecanismos constitucionais de controle interno e externo da administração, bem como os Tribunais de contas e secretarias de controle têm dever constitucional nesse mister, e são especificidades do Ministério Público, em conjunto.

Conforme André Ramos Tavares (2005, p. 18), o sistema constitucional advindo da redemocratização de 1985, do qual resultou a Constituição de 1988, apresenta alguns pontos que estão, ainda, a merecer reparo, daí a indiscutível necessidade das propaladas " reformas".

Segundo Fernando Filgueiras, (2011, p. 43), "novas formas híbridas de participação na política e de controle público das ações do governo, especialmente através de ações no judiciário e no ministério público, passaram a fazer parte do dia a dia da democracia brasileira".

Entende-se, que o sistema de corrupção no Brasil, quando assim envolve funcionário público, no caso juízes, e no tocante a causas e efeitos, de uma envergadura considerável contra o interesse social conforme explicita Waldo Fazzio Júnior, vejamos:

É sabido que o uso generalizado do vocábulo ultrapassar os lindes estreitos da corrupção passiva

(art. 317 do Código Penal) para alcançar todas as espécies de desvirtuamento da função pública (administrativa, legislativa e judicial) do Estado e das entidades que o complementam. (FAZZIO JÚNIOR, 2011. p.37)

Portanto, quando se dá o fim do processo, e caso sejam as irregularidades comprovadas, a sanção extrema a um magistrado no âmbito disciplinar é a aposentadoria compulsória. Assim, se percebe no Brasil a certeza da impunidade quando se envolvem altas autoridades. O MP tem que esperar a denúncia do CNJ para iniciar as investigações do magistrado que se corrompe, que por sinal pode levar anos para chegar e caso seja encaminhado, gerando uma dependência do conselho.

O problema não está na vitaliciedade, ou em qualquer outra garantia, o problema é que o magistrado corrompido, não será julgado como qualquer outro cidadão. As garantias da magistratura têm cumprindo seu papel, fornecendo ao judiciário a imparcialidade de suas decisões. O que se faz necessário é a atuação do Ministério Público dentro do CNJ, como parte das ações administrativas, cabendo-lhe o direito de abrir uma investigação penal caso seja necessário, o fato de magistrados julgarem magistrados, pode ser o principal problema. Como se existisse o absolutismo dentro do poder judiciário. Montesquieu diz que:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (MONTESQUIEU, p. 148).

A Ordem dos Advogados do Brasil, se manifestou de forma categoricamente defendendo uma mudança urgente na legislação, da qual explicita que juízes punidos com a aposentaria compulsória pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para que não tenham direito a remuneração, ou seja, não entanto pode ser integral o caso de contribuição por 35 anos.

No Senado Federal, já se discute propostas que visão combater a corrupção de magistrados, porém o fato é que se aprovadas conforme o texto de PEC's como a 358/2005 podem gerar uma enorme insegurança jurídica.

Em artigo publicado pelo autor Almir Felitte, demonstra o verdadeiro interesse de se reformar o poder judiciário:

“Mas como no Brasil da crise o fundo do poço nunca parece chegar, a resposta da classe política às 10 Medidas não poderia ser pior. Com motivações no mínimo suspeitas, o projeto de lei anticorrupção foi completamente desfigurado e transformado em uma lei para coibir o abuso de poder do Judiciário, do Ministério Público e das forças policiais. Diante das claras atitudes antidemocráticas destas três instituições quando do outro lado está a camada mais pobre da população, a medida do Congresso seria louvável, não fosse seu conteúdo.

Isso porque a proposta do Congresso Nacional traz, na verdade, uma série de políticas extremamente genéricas que abrem precedentes para a criminalização da atividade judiciária. Tal medida não só reforça a cultura punitivista brasileira, na qual se crê que a tipificação de condutas é solução para qualquer problema social, como pode se tornar uma lei *“para inglês ver”*, esbarrando no corporativismo do Judiciário, que tem certa aversão a condenar seus pares.”

O ideal seria uma atuação do próprio judiciário, sem violar as garantias da magistratura, ou seja, a interferência dos demais poderes da união, por isso a importância do trabalho entre ministério público e Conselho Nacional de Justiça.

6 CONCLUSÃO

Conforme abordado durante o artigo, verifica-se uma crescente demanda de processos administrativos e ações judiciais em desfavor de magistrados, dados mostram que desde a criação do CNJ o número de processos vem aumentando consideravelmente.

Verificou-se que as garantias da magistratura são direitos conferidos à função da magistratura, mas que por sua vez, garantem a confiabilidade, divisão dos poderes e a segurança jurídica em decisões proferidas por magistrados, fortalecendo o pensamento da imparcialidade por parte dos juízes.

Verificou-se também que a relação entre as garantias da magistratura e a corrupção de magistrados, nada tem a ver uma com a outra, o objetivo das garantias não é gerar impunidade a magistrados, a verdade é que sua principal função é gerar a credibilidade do poder judiciário.

Não se tratando a aposentadoria compulsória de um benefício, mas de uma pena em âmbito administrativo, que convertida em uma ação judicial, fora da área administrativa, pode gerar a perda do cargo e até mesmo a prisão do magistrado.

Cabe destacar aqui que a falta de conhecimento por parte da sociedade com as garantias da magistratura gera uma sensação de impunidade, mas, a constituinte ao criá-las, não pensou em um direito ao magistrado, e sim um benefício a sociedade.

Assim, as garantias da magistratura constituem um benefício à segurança jurídica da nação, ao povo brasileiro, e a divisão dos poderes, sendo que, em relação aos magistrados corruptos, entende-se que o trabalho de combate e aplicação de penas mais duras a esse tipo de corrupção deve ser feito pelo Ministério Público em parceria com os Tribunais e o CNJ.

A exclusão das garantias do judiciário, pode gerar um índice muito maior de corrupção, fazendo ainda com que o judiciário ceda a pressão dos outros poderes, e ferindo a segurança jurídica da nação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Henry. **Regime jurídico da magistratura**, 2ª edição. Saraiva, 02/2014. [Minha Biblioteca].

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM, Edilson , CAPEZ, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**, 1ª edição. Saraiva, 07/2004. [Minha Biblioteca].

BRASIL. Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional.**, Brasília, DF: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm, acessado em 02/01/2018 as 09:40.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acessado em 03/03/2018 as 14:13

CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 197.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CNJ 21/12/2017 - 07h00 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85954-cresce-o-numero-de-processos-administrativos-julgados-contramagistrados>, acessado em 19/05/2018

CUNHA, Sérgio da. **Dicionário Compacto do Direito** - 10ª Ed. 2011. Saraiva, 03/2011. [Minha Biblioteca].

Felitte, Almir, 2017, Democratização do Judiciário é necessária para combater a corrupção<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/02/democratizacao-judiciario-e-necessaria-para-combater-corrupcao/>

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**, 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

Figueiredo Marcelo de Oliveira Santos, **Teoria Geral do Estado** – 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2014

FILGUEIRAS, Leonardo Avritzer Fernando. **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FILHO, FERRERIA, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 40ª edição.. Saraiva, 11/2014. [Minha Biblioteca].

FILHO, SLAIBI, Nagib. **Magistratura e Gestão Judiciária**. Forense, 03/2016. [Minha Biblioteca].

FILOMENO, José Brito. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**, 10ª edição. Forense, 06/2016. [Minha Biblioteca].

Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

Macedo, Fausto de 04 de agosto de 2014 <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juizes-punidos-custam-r-45-mi-em-6-anos/>, acessado em 19/05/2018. As 03:34 min

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 38ª edição. Forense, 02/2016. [Minha Biblioteca].

PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**, 2ª edição. Método, 04/2016. [Minha Biblioteca].

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_a_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em maio 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ªed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAVARES et at. **Reforma no Judiciário**. São Paulo: Editora Método, 2005.

NOTA:

[1] Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista e Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutor pela PUC Minas. Professor da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas. Email: antonioecesarmello@hotmail.com.

A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DO LOCAL DE CRIME E DA PERÍCIA CRIMINAL PARA UMA EFETIVA PERSECUÇÃO PENAL

LAIANY ALVES PEREIRA: Graduada em Direito pela Faculdade Santo Antônio de Pádua - RJ.

RESUMO: Da ocorrência de um ilícito penal geram sinais e provas no local do crime de sua materialidade e autoria, nesse momento começa a persecução penal a fim de restar comprovado, indiscutivelmente, todos os atos que o autor do crime cometeu, ou o contrário. A preservação do local é a primeira medida a ser tomada, seguida da perícia e da abertura do inquérito policial. O presente estudo visa analisar todas as fases da persecução penal, em especial a preservação do local de crime e a perícia criminal, destacando o sistema de criminalística e a importância da eficácia de todas as etapas até a ação penal.

Palavras-chave: Local de Crime. Perícia Criminal. Persecução Penal.

SUMÁRIO: Introdução 1 – Lugar de Crime 1.1 – Local de Crime 1.1.1 – Espécies 2 – Isolamento do Local de Crime 3 – Perícia Criminal 3.1 – Espécies de Perícia 4 – Persecução Penal 4.1 – Inquérito Policial Conclusão

INTRODUÇÃO

Neste estudo analisaremos todos os atos que fazem parte da persecução penal, dando ênfase ao local de crime e a perícia criminal.

Local de crime consiste no espaço físico onde ocorreu um fato delituoso e por consequência, nesse espaço, existem evidências que são de suma importância para a resolução e melhor explicação desse fato. Esse local abrange não só o espaço onde adveio o fato, mas também onde se possa encontrar vestígios e indícios que sejam relevantes a investigação posteriormente.

É certo que o perito criminal tem relevante papel nessa investigação, pois cabe a ele analisar e catalogar tudo que foi produzido no local, assim como determinar a área geográfica exata da ocorrência e o valor que cada

vestígio têm para a persecução penal, realizando tal trabalho, a priori, com a provisão da polícia ostensiva.

A fidedigna preservação do local de crime é fator essencial para salvaguardar um exame pericial intacto e idôneo, sem a interferência de terceiros que não participaram do crime. É dever da autoridade policial, que é a primeira autoridade a chegar ao local de crime, proceder os métodos específicos para isolar e limitar onde ocorreu o fato delituoso, utilizando-se dos objetos próprios para isso. O evento de uma infração penal desencadeia para o Estado o dever de apuração dos fatos através de uma investigação pelas autoridades competentes, que são os responsáveis por estabelecer a autoria do crime e a verdade material.

A Polícia Militar é, em regra, o primeiro Profissional de Segurança Pública a chegar ao local, por esta razão deverá ter prudência ao se aproximar, observando a movimentação de pessoas e veículos, cuidando sempre da própria segurança pessoal tendo em vista que o criminoso pode estar ainda no meio da multidão. Após uma análise acurada dos prováveis perigos, o profissional verificará se há vítimas com vida e, caso haja, priorizará o respectivo socorro para em seguida efetuar o devido isolamento do local, afastando pessoas alheias e delimitando uma área adequada para extremar.

O artigo 6º do Código de Processo Penal elenca as providências que deverão ser tomadas pela autoridade policial (Delegado de Polícia) assim que for informado ou tiver notícia da ocorrência de uma infração penal, estando entre elas a de se dirigir até o local do fato promovendo a preservação do mesmo até a chegada do perito criminal, permanecendo no local da ocorrência para auxiliar os outros agentes de segurança pública no que for necessário. Após a chegada do perito criminal cabe a ele proceder de forma a coletar os vestígios e encaminhá-los para exame no Instituto de Criminalística.

Na investigação criminal serão utilizados todos os vestígios que forem encontrados no local da ocorrência e recolhidos pelo perito, certificados de sua veracidade e integridade, obedecendo às rotinas e procedimentos de constatação, identificação e encaminhamento.

O perito deve ter o cuidado de não utilizar como verdadeiro um vestígio forjado ou que tenha sido alterado pela má preservação do local, pois poderá resultar numa dificuldade para a autoridade policial no momento da investigação e na fase de persecução penal.

Diante disto, neste trabalho, serão analisados os procedimentos de isolamento, preservação e colheita de provas no local de crime, e posteriormente a apuração dessas provas, que fazem parte da persecução penal, tendo por objetivo conceder ao Ministério Público elementos suficientes para o oferecimento da denúncia e ao Juiz elementos de informação para o seu convencimento.

1 LUGAR DE CRIME

Assim está caracterizado o lugar do crime no artigo 6º do Código Penal: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.” No Brasil, quanto ao momento do crime, são adotadas a teoria da atividade, que é considerado o lugar do crime onde o agente praticou a ação ou omissão, teoria do resultado, o crime é perpetrado no momento da produção do resultado, e teoria mista, sendo a junção das duas teorias supracitadas, tido como lugar do crime não só onde foi empregada a conduta mas também onde foi dado o resultado desta. Esta definição é importante para o Direito Processual Penal, pois após ser manifesto o lugar do crime é que se definirá a jurisdição do caso.

1.1 LOCAL DE CRIME

Local de crime pode ser assim definido, nas palavras do perito criminal Eraldo Rabelo:

Local de crime é a porção de espaço compreendido num raio que, tendo por origem o ponto no qual é constatado o fato, se estende de modo a abranger todos os lugares em que, aparente, necessária ou presumivelmente, hajam sido praticados, pelo criminoso, ou criminosa, os atos materiais preliminares ou posteriores à consumação do delito, e com este,

diretamente, relacionados. (RABELLO, 1976/77 apud DOREA, 2012).

Entende-se então por local de crime não só a área em que houve o desfecho do fato delituoso, mas também toda a área em que foi praticada a preparação e execução do mesmo, bem como onde possam ser encontrados vestígios e provas deixados pelo criminoso.

Não é incomum haver mais de uma área a ser isolada, preservada e examinada pelos peritos criminais, dado que a consumação do fato delituoso pode ter sido diferente de onde aconteceu os atos preparatórios e a execução. A consumação ocorre quando todos os elementos da definição legal de um crime estão reunidos, cabendo local de crime também nos crimes tentados onde situações alheias a vontade do agente evitam que haja a consumação do crime. "*Iter ciminis*" é o caminho do crime, as etapas feitas pelo agente até que ele chegue ao seu objetivo final, quais sejam: cogitação (o agente mentaliza a prática do crime); preparação (o agente pratica os atos vitais a execução do crime); execução (o agente começa a agredir o bem jurídico); consumação (todos os elementos que foram descritos no tipo penal foram realizados). Os locais em que foram efetuadas essas etapas, exceto a cogitação, são de grande interesse para o perito criminal e são consideradas também local de crime.

1.1.1 Espécies

A situação do ambiente em que supostamente ocorreu um crime antes da chegada do primeiro profissional de segurança pública é, predominantemente, caótica. A população não tem conhecimento do quão relevante é que não se altere nada no local, ou que não transite pela área, e dessa maneira acabam atrapalhando o trabalho dos profissionais de segurança pública e também o exame pericial. Qualquer vestígio que esteja no local é significativo, não podendo haver qualquer juízo de valor por parte da população e dos profissionais de segurança pública.

Os locais de crime poderão ter matérias heterogêneas no que diz respeito aos vestígios, sendo diversificadas as evidências encontradas nos crimes contra a pessoa, das encontradas nos crimes contra o patrimônio.

Tal observância deve-se ao fato de que no primeiro exemplo os vestígios encontrados são relacionados à vítima e no outro são relacionados à coisa (DIAS, 2010). Através da identificação dessas matérias e do fato ocorrido, é que se caracterizará o crime praticado.

Os locais de crime, tal qual o ambiente da ação criminosa, podem ser classificados conforme variados critérios, quais sejam:

A) quanto ao lugar em que o fato é cometido: I) Interno: locais situados em ambientes fechados, tanto em imóveis como em veículos; II) Externo: são os espaços a céu aberto, não se restringindo apenas a locais públicos mas também locais privados que não demandam proteção contra os infortúnios da natureza, o que carece de uma atenção maior por parte dos profissionais que estão encarregados de preservar o local; III) Relacionados: é o sítio que está distante do local que ocorreu a consumação, porém a este está associado por conter vestígios e indícios do crime.

B) quanto ao afluxo de populares: I) Público ou aberto: onde há a interferência direta da população; II) Privado ou fechado: local de particular, onde a interferência da população é menor.

C) quanto a distribuição dos indícios e vestígios: I) Contínuos: os vestígios estão aglomerados em uma área ininterrupta; II) Descontínuos: são os locais relacionados, no qual vestígios e indícios estão em áreas variadas.

D) quanto ao âmbito da perícia: I) Imediatos: local onde, efetivamente, ocorreu o fato delituoso, tendo a exigência de realizar-se um exame pericial acurado; II) Mediatos: é o mediano, entre o local imediato e a área apartada; III) Distante: é o local relacionado, que embora não seja o local onde deveras ocorreu o fato, com este tem restrita ligação.

E) quanto à preservação: I) Idôneo ou preservado: é o local que está completamente intocável, preservado os vestígios e mantidas todas as condições deixadas pelos agentes do delito; II) Inidôneo: em contrapartida aos locais idôneos, são os que a preservação foi feita de forma errada, contaminado com vestígios que não estão ligados ao fato delituoso.

F) quanto à ocorrência de ilícito penal: I) Locais de delito: de prática contravencional; crimes contra a pessoa; crimes contra o patrimônio; crimes contra os costumes, contra o sentimento religioso, contra o respeito aos mortos; crimes contra a família etc. II) Locais de irrelevante penal: suicídio; morte natural; outras ocorrências.

2 ISOLAMENTO DO LOCAL DE CRIME

O primeiro passo para uma eficiente preservação do local de irrelevante penal é o adequado isolamento desse local pelos agentes públicos que chegarem inicialmente, não abrangendo somente a área que está a vítima ou no lugar em que sobreveio o fato, mas sim em toda a região que possam haver provas relevantes para o desfecho da investigação.

Cabe salientar que após delimitar a área os Policiais deverão permanecer fora da área isolada, bem como vedar o ingresso de pessoas, objetos ou animais até a chegada da autoridade policial ou da equipe de perícia.

Assim diz o perito criminal Dorea (2012) sobre a sistemática do isolamento de local de crime:

A área que será mantida por quanto tempo se mostre necessário, ficando a Polícia com a posse das chaves que fecham os meios de acesso. Sempre que se julgue indispensável, esses meios de acesso (portas, janelas, etc) serão lacrados. Impede-se dessa forma que detalhes que necessitem ser examinados mais acuradamente possam vir a ser alterados.

O Policial ou profissional de segurança pública que estiver incumbido de isolar o local, deve delimitar a área que futuramente será objeto de perícia, impondo assim limites e restringindo tal área das demais, utilizando-se de sua experiência e conhecimento para tanto. Tal incumbência pode ser uma função complexa pois não há um entendimento que atinja a todos os casos onde há local de crime da área exata a ser delimitada, em consequência os limites podem variar com o

prosseguimento da análise do local. Se necessário o espaço demarcado poderá ser reconsiderado.

Como visto anteriormente o profissional pode se deparar com dois tipos de locais de crime, aqueles que já possuem algum tipo de delimitação, no caso de ambientes fechados, ou em um descampado, área aberta que não exista delimitações naturais e/ou construídas (BARBOSA, 2011).

Se o lugar a ser isolado for de natureza interna, que já haja delimitações, poderá o profissional aproveitar essas delimitações e apenas coibir o acesso ao local de pessoas que não estão ligadas à investigação. No entanto, se o lugar for externo, o profissional se utilizará da fita zebraada que criará uma barreira psicológica para pessoas não autorizadas, delimitando desta forma o local, tendo sempre a atenção necessária para que não seja perdido nenhum vestígio.

Como norma chefe, assim dispõe o artigo 6º do Código de Processo Penal, em seus incisos I (BRASIL, 2018, s/p):

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

Com a interpretação desse artigo é chegada a conclusão que o isolamento do local é parte crucial para a conservação dos objetos existentes no local e que futuramente serão usados e recolhidos pelo perito criminal. O que se traduz no entendimento que se for imprudente, negligente ou descuidado a ponto de alterar o local de crime, o policial estará cometendo um delito de cumplicidade criminal, não se considerando apenas esses atos como negligência funcional. O esclarecimento de um delito está intimamente ligado ao nível de isolamento e preservação ocorrido no local de crime, em vista disso que é necessária total cautela por parte dos profissionais que nem sempre visam prejudicar diretamente os exames, mas acontece pela falta de entrosamento entre os diversos

escalões do aparelho oficial (DOREA, 2012). Ainda nesse sentido temos o artigo 347 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 37 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo Único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro. (BRASIL, 2018, s/p).

Como vislumbrado no artigo supracitado, além de constituir o crime de cumplicidade criminal para os profissionais de segurança pública, quem alterar o estado de qualquer que seja o objeto de perícia ou local de crime, incorrerá no artigo 37 do Código Penal, sendo dobrada a pena se o crime cometido for contra local de crime ligado à Justiça Criminal.

Dorea (2012) assim distingue isolamento de preservação do local de crime:

Muito embora o conceito aqui implícito ainda possa vir a ser confundido com o da preservação, trata-se na verdade de expandir o que ali está referido. Portanto, o isolamento aqui referido terá início assim que o primeiro policial chegue ao local do crime; e sua guarda ocorrerá tão logo termine o exame pericial.

É fundamental que o número de indivíduos com acesso ao local seja ínfimo, dado que é crucial a cautela com as evidências e vestígios, para não existir uma modificação ou perda dessas provas, que poderá atrapalhar os peritos criminais na execução de sua função (ROSA, 2009 apud GARCIA; RÉGIS, 2015, p.244).

3 PERÍCIA CRIMINAL

Para um melhor entendimento de como a perícia criminal está alicerçada no Brasil, há a necessidade da apreciação dos sistemas jurídicos externos, que se fizeram norteadores para a positivação do assunto em nosso Ordenamento Jurídico. As Ordenações Filipinas que vigoraram em Portugal e posteriormente aqui no Brasil, são um exemplo desses sistemas jurídicos.

Após tamanha evolução criou-se a figura do perito que é o técnico responsável pela captação e exame das provas. Nas palavras de Silva (2010, p.11):

Ao Magistrado, considerado leigo por não possuir conhecimento técnico das Artes da Ciência, cabe se socorrer de pessoas experimentadas, experientes, com alto nível de conhecimento técnico em determinada área científica, sendo este o perito, o qual recebe o ônus de auxiliar o magistrado em determinada questão judiciária, e sabe que o resultado final de seu trabalho deverá ser compreensível a um indivíduo que não possui conhecimentos naquela área, adicionado ao ônus de lidar com questões jurídicas.

Sob outra perspectiva a perícia criminal no Brasil revelou-se após o Código de Processo Criminal de 1832, como bem explica Lima e Paula (2014, p.17):

O perito, como figura solicitada a analisar os fatos e indícios relativos a um determinado delito, já existia há muito tempo, mas 1832 é estimado como marco para a 4 criminalística brasileira, pois, mesmo que o código de processo criminal não explore minuciosamente como a perícia seria realizada, a oficialização de tal função já esta presente neste documento oficial.

Não só o Direito Positivo sobre perícia criminal teve significativo progresso no Brasil, mas também as técnicas e equipamentos utilizados no exame pericial. Os meios arcaicos como “durex” para retirada de impressão

digital e água oxigenada sobre manchas para verificar se era sangue, foram substituídos pelo “luminol” e por microscópios de alta tecnologia que auxiliam de forma significativa os peritos, que obtiveram melhor desempenho com a criação desses recursos.

Quando houver necessidade por parte do julgador de obter informações complexas sobre os vestígios encontrados em uma infração, este solicitará o auxílio do técnico para que proceda a perícia utilizando seus conhecimentos relacionados ao caso.

A perícia pode ser realizada em múltiplas áreas do Direito, por profissional especializado em determinada área, com o fito de ajudar o magistrado a aclarar questões que extrapolam sua área de conhecimento. Nas palavras de Capez (2014):

O termo “perícia”, originário do latim *peritia*(habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotado de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa.

A perícia criminal é definida pela Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais (APCF, 2018, s/p) da seguinte forma:

A perícia criminal é uma atividade técnico-científica prevista no Código de Processo Penal, indispensável para elucidação de crimes quando houver vestígios. A atividade é realizada por meio da ciência forense, responsável por auxiliar na produção do exame pericial e na interpretação correta de vestígios. Os peritos desenvolvem suas atribuições no atendimento das requisições de perícias provenientes de delegados, procuradores e juízes inerentes a inquéritos policiais e a processos penais. A perícia criminal, ou criminalística, é baseada nas seguintes ciências forenses: química, biologia, geologia, engenharia, física, medicina, toxicologia, odontologia,

documentoscopia, entre outras, as quais estão em constante evolução.

O § 2º do artigo (BRASIL, 2018, s/p) determina que: “Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.”.

Se não for realizado por perito oficial como descreve o §1º do artigo 159 do CPP, necessário se faz a aplicação do artigo 179 do mesmo diploma legal, o qual traz a exigência de que o auto seja lavrado pelo escrivão, bem como assinado pelos peritos e pela autoridade judiciária, se essa se fizer presente.

O aludido artigo deu base para a edição da Súmula 361 do STF (BRASIL, 2018, s/p): “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionando, anteriormente, na diligência de apreensão”. Destarte quando apenas um perito não oficial subscrever o laudo do exame em tese, haverá nulidade relativa.

3.1 ESPÉCIES DE PERÍCIA

I) Perícia oficial: é aquela descrita no artigo 159, caput do CPP, elaborada por profissional vinculado ao Estado. Ao contrário é a perícia não oficial, realizada por perito não oficial, como no §1º do artigo 159 do CPP.

II) Perícia *“percipiendi”*: não ha juízo valorativo por parte do perito, ele se limita a apontar apenas o que constatou sobre o objeto examinado, de forma técnica ou científica.

III) Perícia *“deducendi”*: há o juízo valorativo por parte do perito, que além de examinar o objeto interpreta cientificamente um fato.

IV) Perícia intrínseca ou direta: para Zarzuela (1995, p.313): “É a realizada sobre elementos constitutivos do corpo de delito”. O objeto a ser periciado está ligado intimamente a materialidade da infração penal, como manchas de sangue no local de crime e a necropsia. Está caracterizado no artigo 158 do Código de Processo Penal.

V) Perícia extrínseca ou indireta: para Capez (2014, p.415): “Quando tem por objeto elementos externos ao crime, que não compõem sua materialidade, mas que servem como meio de prova.”. Caso a perícia direta não seja suficiente ou desapareçam os objetos constitutivos do corpo de delito, o perito utilizará os autos e as diligências processuais para embasar seu laudo.

VI) Perícia vinculatória: o magistrado está forçado a se ater ao resultado do laudo pericial, não podendo exercer nenhum juízo de valor.

VII) Perícia liberatória: amparada pelo princípio do livre convencimento, esta espécie de perícia é marcada pela liberdade do juiz em aceitar ou não a opinião dada pelo perito no resultado do laudo pericial, conforme exposto no artigo 182 do CPP.

VIII) Perícia contraditória: “São aquelas realizadas por diferentes peritos sobre a mesma matéria, nas quais há conclusões divergentes, segundo os critérios de apreciação e interpretação dos elementos colhidos por um dos peritos.” (ZARZUELA, 1995, p.314).

IX) Perícia complementar: quando a perícia realizada for obscura, omissa, inexata, de forma contraditória ou deficiente, haverá a necessidade de outra perícia para complementar o que não foi corretamente esclarecido na perícia anterior.

4 PERSECUÇÃO PENAL

Para que a persecução penal seja eficaz e atinja seu objetivo, é necessário que todas as fases que a compõem sejam realizadas de forma concreta e adequada. Já foi explanado sobre a preservação do local de crime, que é o inicial da sequência de atos da persecução penal, também sobre a perícia criminal e o sistema de criminalística. Para o desfecho da investigação criminal é indispensável a realização do inquérito policial por parte da polícia judiciária, que dará causa a uma futura ação penal.

4.1 INQUÉRITO POLICIAL

O Título II do Código de Processo Penal trata sobre o Inquérito Policial, assim como de todas as ações que constituem a investigação criminal. Assim dispõe em seu artigo 4º (BRASIL, 2018, s/p): “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

Neste mesmo sentido ensina Capez (2014, p. 110):

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial.

Vale ressaltar que a polícia judiciária tem a função de auxiliar a justiça, uma vez que a função da polícia administrativa é de caráter preventivo, com o intuito de prevenir o cometimento de crimes, quando a prevenção não é feita e há o cometimento de algum crime, é onde há a atuação da polícia judiciária (CAPEZ, 2014).

Para Bendo (2012, p. 12): “O Inquérito Policial é o procedimento administrativo que tem por mira reunir elementos necessários, neste caso, provas, no que concerne à suposta prática de uma infração penal e sua autoria.” Pode ser considerado um procedimento preliminar da ação penal, destinado à colheita das provas que constituirão a convicção do parquet, bem como a materialidade e autoria do ilícito penal (NUCCI, 2007).

É função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública, desta forma se forma destinatário imediato do inquérito policial, sendo o destinatário mediato o ofendido na ação penal privada e o juiz na fase da ação penal.

O inquérito policial tem como características ser um procedimento escrito, sigiloso e inquisitivo, cunhado de oficialidade, oficiosidade, autoritariedade e indisponibilidade.

Sobre o valor probatório do inquérito policial, discorre Capez (2014, p. 119):

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 relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob égide do contraditório e ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito.

À vista disso, o inquérito policial é considerado peça informativa, não sendo processo judicial, havendo a imprescindibilidade de posterior ação penal para o término do processo investigativo e justa condenação ou absolvição do acusado.

Nas palavras de Capez (2014, p. 162) a ação penal é:

O direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a consequente satisfação da pretensão punitiva.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, prestou-se um breve estudo sobre o valor da preservação do local de um ilícito penal para uma efetiva persecução penal. Todos os atos descritos no presente trabalho fazem parte de uma sucessão importante para a concretização do direito, haja vista que se por algum equívoco do perito criminal, do profissional de segurança pública ou de qualquer pessoa ligada ao procedimento, toda a cadeia será afetada, inclusive a decisão do juiz ao condenar ou absolver o acusado.

Por esse motivo é essencial uma conscientização da população quanto ao agir ao se deparar com uma cena de crime. Necessário se faz,

por parte do Estado, alertar ao público que um mero objeto retirado ou posto no local de crime poderá afetar em massa o trabalho dos profissionais na busca pelo que, de fato, aconteceu no local.

A Polícia Militar, como primeiro agente público a chegar ao local, também deve ser mais satisfatoriamente preparada para como deve proceder defronte tal situação. Pois, por diversas vezes, a deficiente preservação decorre dos profissionais que não estão aptos para a realização de tais tarefas, que são basilares e relevantes para todo o processo de investigação e porvindoura ação penal.

Diante do exposto, chega-se à conclusão que todas as fases da persecução penal são notórias para a efetivação da justiça.

REFERÊNCIAS

ACPF - **Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais**. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Per%C3%ADciaCriminal/Oque%C3%A9per%C3%ADcia.aspx>>. Acesso em: 16 de agosto de 2016.

BARBOSA, Richard Marques. **Local de crime: isolamento e preservação**. 2011. Monografia (Bacharel em DIREITO) - Centro de Ensino Unificado de Teresina. Teresina.

BENDO, Silvia. **O INQUÉRITO POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – UMA ABORDAGEM DOUTRINÁRIA**. 2012. 51 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2012. Disponível em: <http://200.18.15.27/bitstream/1/1654/1/Silvia_Bendo.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula** nº 361. No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2737>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. Ed. São Paulo: 2014. Saraiva.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 6º ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

DA SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves. **A Perícia Forense no Brasil**, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2010, São Paulo. Dissertação.

DIAS, Fábio Coelho. **Preservação do local de crime**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8451>. Acesso em maio 2016.

DOREA, Luiz Eduardo. **Local de Crime**, 2ª edição, Campinas/SP: Millennium, 2012.

GARCIA, Tiago Mikael E RÉGIS, Jonathan Cardoso. **Local do crime: a preservação e o isolamento e seus reflexos na persecução penal**. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, jan./jun. 2015. Disponível em:

<http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/download/3595/2566>. Acesso em 19/05/2016 às 14:20

LIMA, Giovanna Pires e PAULA, Claudia Telles de. **O Papel da Perícia Criminal na Busca da Verdade Real**, Revista Científica Eletrônica FAEF, julho de 2014, 6ª edição.

NUCCI, Guilherme de S. Código de processo penal comentado. 6. ed. rev., atual. e ampliada. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZARZUELA, José Lopes. **A Prova Pericial no Foro Penal**, Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 90. 1995.

LIMITES DE SINDICABILIDADE DA VALORAÇÃO DE CONCEITOS INDETERMINADOS: A PUBLICIDADE NA LEI DE PREGÃO

RENAN DE FREITAS ONGARATTO:

graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/RJ. Advogado. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Cândido Mendes e especialista em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Resumo: O artigo aborda a interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados, expõe os rigores metodológicos necessários e define os limites de atuação intérprete e do julgador, de forma a evidenciar, com a maior precisão possível, que a escolha de concretização do conceito indeterminado se deu corretamente. Objetivando tal fim, primeiramente o artigo caracteriza a atividade do exegeta como juízo de legalidade vinculado, para, então, traçar as balizas norteadoras da sua interpretação. Ao fim, o artigo traz como paradigma o termo "jornal de grande circulação" utilizado na Lei n. 10.520/02, para afirmar e confirmar a metodologia proposta.

Palavras-chave: Legalidade. Discricionariedade. Valoração. Conceitos Jurídicos Indeterminados. Sindicabilidade. Limites. Pregão. Jornal de Grande de Circulação. Publicação.

Abstract: This paper deal with the interpretation and application of indeterminate concepts, exposes the necessary methodological rigors, and defines the limits of the interpreter and the judge, in order to show, with the greatest possible precision, that the choice of concretization of the indeterminate concept was correct. With this aim in mind, the article first characterizes the exegete's activity as a tied legality judgment, in order to trace the guiding principles of its interpretation. At the end, the article presents as paradigm the term "newspaper of great circulation" used in the Law n. 10.520/02, to affirm and confirm the proposed methodology.

Keywords: Legality. Discretionary. Valuation. Undetermined Legal Concepts. Sindicabilidade. Limits. Reverse Auction. Newspaper of Great Circulation. Publication.

Sumário: Introdução. 1. Concretização de conceitos indeterminados enquanto juízo de legalidade vinculado. 2. O controle de legalidade, legitimidade e constitucionalidade da valoração administrativa de conceitos indeterminados 3. Publicidade na lei de pregão e o conceito jurídico indeterminado de jornal de grande circulação. Conclusão. Referências.

Introdução

O artigo destina-se a, em breves linhas, analisar a sindicabilidade da valoração administrativa de conceitos indeterminados com intuito de definir a possibilidade e a medida de controle de atos interpretativos, em termos compatíveis com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. O trabalho volta-se, especialmente, a evidenciar que técnica a ser aplicada na compatibilização de qualquer conceito indeterminado previsto no ordenamento jurídico trata-se, em última análise, de juízo de legalidade, sendo, assim, atividade vinculada.

Em concreto, o artigo destina-se a analisar a valoração administrativa dada ao termo jornal de grande circulação na Lei de Pregão (Lei 10.520/02), contudo, a construção argumentativa e a técnica proposta podem ser aplicadas a qualquer outro conceito indeterminado previsto no ordenamento jurídico. Ou seja, em que pese o enfoque na atividade do administrador-gestor, quando da tomada de suas decisões voltadas ao atendimento do interesse público, a linha de argumentos e as conclusões finais a serem apresentadas mostram-se, na mesma medida, aplicáveis também à verificação da correção interpretativa realizada em sede judicial.

Tem-se como justificativa para a abordagem do referido tema a necessidade de se assegurar a garantia dos direitos individuais por meio do direito fundamental à boa administração e à eficiente prestação jurisdicional.

Nesse sentido, este artigo acadêmico se propõe a discutir limites interpretativos para os conceitos indeterminados de forma a pautar a atuação do Estado e frear abusos interpretativos na aplicação do direito, reforçando a submissão da Administração Pública, dos gestores públicos e dos aplicadores do direito vinculação aos mandamentos constitucionais, afastando desconfiças decorrentes do desconhecimento sobre os reais fundamentos dos atos administrativos e das decisões judiciais.

Com esse propósito, no primeiro capítulo, analisa-se que – embora haja quem sustente que os conceitos indeterminados levariam, invariavelmente, ao reconhecimento de uma atividade discricionária do administrador, não passível de controle – não há, em verdade, discricção administrativa quando da interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, não havendo confusão entre a concretização de conceitos indeterminados com o uso de poder discricionário.

Em seguida, o segundo capítulo se presta a defender que os órgãos de controle são os responsáveis pela análise de legalidade, legitimidade e constitucionalidade dos atos administrativos, inserindo-se nesses limites a análise da valoração de conceitos indeterminados com a indicação dos parâmetros a serem seguidos em busca da uma melhor aplicação do direito.

No terceiro capítulo, estuda-se as balizas de verificação da concretização do conceito indeterminado de “jornal de grande circulação” exigido na Lei de Pregão como meio de garantir a publicidade do certame, expondo com rigor metodológico os limites de sindicabilidade mais indicados a serem adotados.

A pesquisa foi desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, baseando-se em determinadas premissas e daí analisando propostas hipotéticas, que serão demonstradas ou rejeitadas argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase

exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. Concretização De Conceitos Indeterminados Enquanto Juízo De Legalidade Vinculado

É certo que a indeterminabilidade dos conceitos legais cessa diante da necessidade concreta de aplicação da norma, momento antes o qual o preceito legal abstrato ainda não incide diretamente na esfera jurídica dos jurisdicionados. Ou seja, conforme aponta a Marçal Justen Filho^[1], o fator de abstração perdura somente até o momento da ocorrência de fatos que venham a tal norma se subsumir e a ela conferir concretude. A doutrina, contudo, divide-se quanto à definição sobre se extrair objetivamente uma solução unívoca frente à fluidez das expressões legais leva ou não ao reconhecimento de uma atividade discricionária do administrador.

Uma primeira corrente sustenta que a concretização decorreria do juízo subjetivo volitivo do intérprete, frente àquilo que considerar oportuno e conveniente como forma de preenchimento do conceito indeterminado. Nesse sentido se posicionam Celso Antônio Bandeira de Mello^[2] e José dos Santos Carvalho Filho^[3].

Em sentido diametralmente oposto, apresenta-se uma segunda corrente, defendida por Eros Roberto Grau^[4], Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández^[5] e Gustavo Binembojm^[6], que afirma que a interpretação e conseqüente concretização do conceito indeterminado leva a uma única resposta correta para o caso sob análise, pelo que caberia ao administrador tão somente a interpretação, enquanto juízo de legalidade.

Além das posições apresentadas, inúmeros juristas debatem o tema trazendo relevantes contribuições^[7], todavia, para fins deste trabalho considerou-se, somente, o embate entre as duas principais correntes sobre o tema.

Para o enfrentamento da divergência exposta cabe, primeiramente, definir o que se pode entender por atividade discricionária, decorrente de um juízo de oportunidade, e traçar importante distinção entre tal atividade e a de interpretação do direito, decorrente de um juízo de legalidade.

Segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello^[8], a discricionariedade pode ser assim definida:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Do exposto é possível extrair a ideia por ele defendida de que os conceitos indeterminados, caracterizados na expressão “fluidez das expressões da lei”, ensejam a discricionariedade administrativa, sendo um dos seus elementos caracterizadores. Todavia, esse não parece ser o melhor entendimento.

Com a vênia para discordar do ilustre jurista, não se pode enquadrar na noção de discricionariedade a atividade interpretativa, pois a discricionariedade é, em verdade, fruto de expressa atribuição legal e não consequência do emprego de termos indeterminados^[9]. Em outras palavras, a discricionariedade é atribuída pela lei que confere ao administrador o juízo de oportunidade para optar entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, permitindo pluralidade de soluções justas^[10], mas à tal ideia não se estende ou se aplica à atividade do intérprete legal.

Em adição, não se mostra razoável admitir que o administrador ou o julgador, ao realizar a interpretação que comina a concretização do conceito indeterminado, pratique um ato discricionário, decorrente de um juízo de oportunidade, mas que, quando tal ato é questionado seja em análise originária ou recursal pelo judiciário, a interpretação sobre a correção da concretização realizada seja tida como juízo de legalidade, que verificará se a atuação se deu nos limites dispostos pelo legislador e pelos princípios jurídicos.

Conforme expõe Eros Roberto Grau^[11], não se pode confundir a liberdade conferida pela lei com o processo de concretização dos conceitos indeterminados, o que decorre de juízo de legalidade e não de oportunidade:

Penso, assim, podermos apartar as duas técnicas na consideração dos juízos aos quais correspondem. No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados (vale dizer, das noções) o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que — e não porque o número de soluções justas varia de uma outra hipótese — são distintas as duas técnicas.

A tarefa de aplicação de conceitos indeterminados, portanto, se mostra como uma atividade vinculada, pois diz respeito à concretização de uma linguagem instrumentalmente definida por lei.

Antes de escolhida a conduta a ser adotada não é possível se falar em discricionariedade, uma vez que as opções que se põem diante do administrador são as mesmas que colocam diante de qualquer cidadão, frente a qualquer dispositivo legal, qual seja, atender ao comando legal ou não. É, nesse sentido, irrelevante do ponto de vista jurídico haver uma, duas ou mais opções capazes de atender àquele comando, pois, em última análise, ou ele será ou não atendido, o que diz respeito a uma análise de legalidade.

Após a escolha feita, concretizado o conceito jurídico indeterminado, tampouco pode-se falar em discricionariedade uma vez que o controle dirá respeito à análise de subsunção do fato à norma.

2. O Controle de Legalidade, Legitimidade e Constitucionalidade da Valoração de Conceitos Indeterminados

A questão a respeito do controle da valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, e seus limites, passa, necessariamente, pela discussão sobre se tratar a concretização de tais conceitos de ato discricionário ou vinculado. Quanto a esse ponto, sem adentrar a polêmica existente, o melhor entendimento aponta no sentido de que o espaço de

tomada de decisão conferido ao interprete não o põe diante de uma verdadeira liberdade, e sim, de um juízo de estrita vinculação, o que traz repercussões diretas no espectro de sindicabilidade.

Como é cediço, no exame de atos administrativos que digam respeito ao poder discricionário, em princípio, qualquer das opções dadas ao administrador, dentro do espaço conferido pelo legislador, será incensurável e inexamável^[12]. Nesses casos, conforme tradicional doutrina^[13], o julgador somente entenderá uma medida como ilegal quando verificar a incompetência da autoridade, a irregularidade da forma empregada ou o excesso de poder^[14].

Por outro lado, quando a análise se pauta em juízo vinculado o julgador realizará juízo de adequação do fato apresentado às finalidades da norma que se pretende cumprir para determinar a correção da conduta administrativa, pois não resta espaço ao administrador no seu atuar em qualquer dos elementos do ato administrativo. Assim sendo, permite-se as possibilidades de exame quanto à correção ou incorreção da escolha realizada.

Uma vez franqueada a possibilidade de controle da escolha do interprete, cumpre verificar quais os seus limites. Ou seja, é necessário determinar em que hipóteses e de que forma o juiz poderá afirmar que a interpretação conferida por terceiros se prestou a atender o comando legal, tal como, de que forma ele mesmo, ao interpretar conceitos indeterminados, deverá agir.

Em determinadas hipóteses a verificação a respeito da regular concretização de um conceito jurídico indeterminado é facilmente aferida. O problema surge justamente nos casos em que não é possível afirmar, de imediato, que determinada aplicação é adequada aos fins que se propõe. É de se notar que, embora quem possua oito anos de idade possa se inserir no conceito de jovem e quem possua oitenta não o possa, suscitaria dúvidas definir se um indivíduo de quarenta anos se enquadraria no conceito, o que dependeria da análise de diversos aspectos, muitas vezes externos ao próprio termo, mas necessários à contextualizar o âmbito em que se empregaria a afirmativa.

É por isso que surgem os conceitos de zonas de certeza positiva, negativa e de incerteza^[15], sendo esta a que traz maior dificuldade ao julgador. Isso, pois trata de hipóteses que não estão claramente incluídas ou excluídas na subsunção de uma determinada realidade ao conceito proposto.

É nessa área de penumbra que ganha importância a atuação dos órgãos de controle externo da administração, tal como dos órgãos judiciais que atuam em grau recursal, visto que aferirão, no caso concreto, se a atuação do interprete se deu de forma legítima, de acordo com as finalidades legais e em conformidade com os princípios constitucionais que regem a matéria.

Por mais tormentosa e difícil que seja a questão, em que pese o que afirma parte da doutrina^[16], é majoritário o entendimento de que o julgador não pode deixar de decidir sob a alegação de inexistência de norma adequada ao caso, ante o mandamento do *non liquet*. Nesse sentido, ressalta-se os dizeres de Fredie Didier Jr.:

[...] todo problema que for submetido ao Tribunal precisa ser resolvido, necessariamente. É dizer: ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação, caberá ao magistrado dar uma res posta ao problema, classificando-a como lícita ou ilícita, acolhendo ou negando a pretensão do demandante.^[17]

Percebe-se, portanto, que, mesmo nas situações em que não seja possível extrair uma nítida resposta jurídica sobre o acerto ou desacerto da atividade interpretativa que se questiona, o julgador não pode, nem deve, se abster do dever de julgar. Nesses casos, portanto, para que se possa estabelecer critérios decisórios, deve-se observar o contexto em que está inserido o conceito indeterminado, a finalidade perseguida pela norma em que se encontra inserido e os objetivos buscados pelo interlocutor, no caso, o legislador.

O fruto de tal análise deve ser interpretado sistematicamente, à luz das normas principiológicas incidentes sobre o caso. Somente dessa forma

o julgador poderá formar seu convencimento, por meio de decisão motivada, sobre a adequação da concretização aos mandamentos legais e a consequente regularidade ou irregularidade de sua atuação, como decorrência do enquadramento em uma zona positiva ou negativa.

O que se busca aqui evidenciar como parâmetro de concretização, portanto, que, diante de conteúdo periférico vago e impreciso, com alto grau de controvérsia e incerteza, deve tanto o interprete, quanto o administrador ou julgador sempre interpretar os elementos do caso concreto em consonância com vetores constitucionais que pautam a atuação estatal para guiar seu juízo, de modo que qualquer opção ilegítima seja efetivamente excluída.

Ainda que não se possa afirmar categoricamente que a concretização se inseriu em uma zona de certeza positiva, caso a análise realizada não o leve a aferir qualquer desconformidade com os postulados do bloco de juridicidade (zona de certeza negativa), deve-se preservá-la como legítima.

Em adição, quanto à atividade de controle, destaca-se que se a Administração ou julgador firmou uma inteligência comportada pelo conceito no caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo –, seu ato deve, em primeira análise, ser preservado, uma vez que ele está mais perto dos problemas e, de regra, mais bem aparelhado para resolvê-los, uma vez que em contato direto com os fatos e provas que fundamentaram a escolha. Assim, caberá a eventual revisor – seja a própria Administração, o juízo de primeiro grau ou a instância jurisdicional recursal – a postura de autocontenção, deixando de intervir na decisão.

Percebe-se, portanto, que, além de desejável, é exigível que se imponha como balizas interpretativas das escolhas a submissão aos princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito e às garantias dos jurisdicionados.

A função de controle nesse aspecto é a de fiscalizar o processo decisório e orientar o direcionamento do vetor interpretativo, valendo-se, para tanto, na esfera administrativa, dos mecanismos de revisão ou anulação dos atos e da punição dos agentes e na esfera judicial da reforma

ou anulação de decisões. Tal atuação visa, sobretudo, a oferecer diretrizes para o aperfeiçoamento da atividade administrativa.

3. Publicidade na Lei de Pregão e o Conceito Jurídico Indeterminado de Jornal de Grande Circulação

O legislador, inspirado pelo princípio da publicidade e procurando dele extrair a regra aplicável à modalidade de licitação criada pela Lei n. 10.520/02, determinou, no art. 4º, I desta lei^[18], que para pregões de vulto a publicidade também se desse em jornal de grande circulação, “nos termos do regulamento de que trata o art. 2º”.

Nota-se, todavia, que o citado dispositivo foi vetado, uma vez que uma lei federal não poderia contemplar os certames dos Estados, Municípios e DF. Nesse sentido, Marçal Justen Filho, afirma a correção do veto:

Há referência à regulamentação do tema por parte do decreto referido no art. 2º, o qual nunca chegou a existir em virtude do veto presidencial. Antes assim, eis que a pretensão do Executivo Federal de regulamentar a publicidade dos atos estaduais, municipais e distritais incorreria em evidente infração ao princípio da Federação.^[19]

Tendo em vista que a lei nacional de Pregão traça somente normas gerais sobre o tema, a doutrina, o judiciário e os Tribunais de Contas, de um modo geral, reforçam que caberia aos regulamentos de cada um dos entes da Federação prever os parâmetros e valores do que seria o vulto da licitação que demandaria uma publicação de maior amplitude.

A análise dos decretos regulamentadores municipais revela, contudo, que as regulamentações^[20] ficam aquém do comando da legislação federal, vez que não estipulam o alcance territorial do veículo de publicação considerando o vulto do certame, o que apenas reforça a incerteza sobre a concretização do conceito jurídico “jornal de grande circulação”.

Tal opção normativa deficiente importa, ainda, em um tratamento indistinto às licitações de grande vulto e às de pequeno vulto, que são submetidas à publicação de mesma amplitude, o que viola o princípio da publicidade, levando os prejudicados a buscarem uma resposta dos órgãos de controle.

Impõe-se verdadeiro desafio nas hipóteses em que a escolha do periódico se situa fora de uma zona de certeza positiva, em que efetivamente foram atendidos os princípios da publicidade e razoabilidade, mas também fora de uma zona de certeza negativa, em que há inequívoca infringência aos princípios referidos.

Como solução ao problema, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pretendendo tornar mais objetiva a análise quanto à observância do requisito legal, estipulou o critério da tiragem mínima diária de 20.000 (vinte mil exemplares)^[21], passível de comprovação por quaisquer meios idôneos^[22]. Tal entendimento, todavia, não aparenta ser o mais adequado, uma vez que constitui um número fixo e pré-determinado, cego às peculiaridades de cada ente da Federação, o que vai justamente de encontro ao que buscou o legislador ao empregar um conceito jurídico indeterminado.

Tendo por certo que a finalidade da publicidade dos atos administrativos norteia-se pelo dever de transparência e informação da Administração perante o cidadão e também pelo próprio interesse do cidadão pela notícia ou ato administrativo publicado, constata-se que a tiragem do jornal, a abrangência^[23], a tradição do periódico na publicação de editais^[24], e ainda outros pontos, conforme evidenciado nas pesquisas realizadas, devem ser analisados, pois servem de indicadores do fim buscado pelo legislador.

Nesse contexto, verifica-se que, apesar de muitos critérios se apresentarem como balizadores aptos a subsidiar a análise a ser realizada, nenhum deles, por si só, ou sequer a conjugação deles é capaz de definir o que se pode entender como jornal de grande circulação. Isso, pois a efetiva determinação sobre se a valoração administrativa do conceito indeterminado foi regular impescinde dos fatos concretos apresentados ao

intérprete e da subsunção deles às finalidades do dispositivo em que se insere o conceito à luz dos princípios constitucionais.

Deve-se observar, segundo essa perspectiva, que o objetivo a ser alcançado com a publicação dos atos relativos ao tema licitações e contratos é garantir o atendimento ao princípio constitucional da publicidade e possibilitar a ampla competitividade dos procedimentos licitatórios, o que, por conseguinte, incidirá sobre outros princípios, tais como os da economicidade, isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, dentre outros.

Assim, é possível perceber que, embora não seja possível determinar abstratamente se determinado periódico seria ou não de grande circulação, não há margem para interpretações contrárias à de que um jornal somente poderá ser tido como “de grande circulação” quando garantir à observância do princípio da publicidade e a ampliação da competitividade, mormente, quando tratar-se de contratações vultosas.

Tal constatação sobre o atendimento dos princípios constitucionais, por sua vez, deverá ser realizada a partir da quantidade de propostas apresentadas, do diferente perfil dos proponentes, da economicidade atingida e dos demais elementos concretos que subsidiaram a escolha interpretativa de que o veículo escolhido não geraria danos à Administração Pública e atenderia ao comando legal.

Nessas condições, se não afastada a zona de incerteza, cabe ao julgador ser deferente em relação à escolha do intérprete, desde que, repita-se, cumulativamente tenham sido atendidas as finalidades inerentes à publicação, quais sejam: ampliação da competitividade e da fiscalização pública; e não tenha havido qualquer prejuízo aos bens tutelados pela contratação administrativa, quais sejam a isonomia; vantajosidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; e probidade administrativa^[25].

Conclusão

Diante da crescente velocidade em que se dão as mudanças e das grandes diferenças sociais verificadas no Brasil, recorrentemente, vale-se o

legislador de mecanismos que lhe possibilitem conferir maior aplicabilidade e efetividade aos textos normativos.

Ocorre que a solução do legislador encontra óbices em sua aplicação. O maior deles diz respeito a determinar se a interpretação dada aos conceitos indeterminados, de forma a concretizar o comando legislativo, seria atividade discricionária ou vinculada, o que repercuta diretamente na extensão do controle a ser realizado. Isso, pois diante de conceitos vagos, o julgador deverá e poderá analisar a concretização da norma realizada, todavia, diante de atos discricionários, salvo excessos, deverá respeitar o juízo de conveniência e oportunidade formulado.

Apesar do embate doutrinário existente, o melhor entendimento é o de que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não se traduz em discricionariedade, pois não haverá opções para o administrador público ou para o julgador, mas tão somente a atividade de interpretação e aplicação da norma.

Garantir a possibilidade de controle jurisdicional da valoração de conceitos indeterminados, seja realizada em sede administrativa ou propriamente judicial, significa vincular a administração pública e o Estado-Juiz ao direito posto e aos ideais e anseios da sociedade. Como consequência reduz-se o espaço para arbitrariedades e inúmeros vícios que maculam a atuação estatal e geram desconfiança nos jurisdicionados.

A vinculação do interprete se mostra como medida necessária a racionalizar a atuação estatal e a favorecer um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, uma vez que não há que se falar em conveniência e oportunidade em se atender à lei.

Assim, conclui-se que as possíveis condutas no mundo dos fatos não repercutem no direito até que se tenha efetivamente adotado uma delas e, uma vez feita tal escolha, sua repercussão em face do ordenamento é vinculada à finalidade almejada pela lei e pela Constituição, constituindo juízo de legalidade.

Nesse contexto o artigo voltou-se, especialmente, à premente necessidade de se traçar parâmetros para a concretização de tais conceitos de forma a se afastar, de um lado, arbitrariedades e injustiças decorrentes de interpretações ilegais, mas, de outro, a impedir a interferência indevida na atividade do intérprete.

Para tanto, necessário se faz perceber que os conceitos fluidos, também chamados de conceitos indeterminados, podem se situar numa zona de certeza, positiva; numa zona de certeza negativa; e, por fim, na zona de incerteza em que se deve perquirir se a sua concretização, diante do caso concreto e das finalidades inerentes ao dispositivo legal, prestou-se ao atendimento do interesse público e, cumulativamente, não violou nenhum dos princípios constitucionais, mormente a isonomia; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; e a própria noção de legalidade.

Desse modo, o dever do interprete de realizar, e do julgador de aferir, a adequada concretização dos conceitos fluidos, passa pela transposição da mencionada zona de incerteza que lhe é apresentada, para a zona de certeza, seja positiva, seja negativa, uma vez que tal intervenção é necessária para que o ato praticado em desacordo com a finalidade legal cesse seus efeitos.

Nota-se, portanto, que a tarefa de interpretação legal e aplicação dos conceitos indeterminados deve ser feita com organização e rigor metodológicos, diante das balizas aferidas no caso concreto, sendo certo que determinadas matérias devem ser continuamente debatidas e aperfeiçoadas, de modo que os jurisdicionados possam conhecer e aplicar os entendimentos que melhor atendam às finalidades de interesse público perquiridas pelo legislador.

Tal noção quando aplicada ao controle sobre a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados revela a fundamental importância de que as decisões sejam fundamentadas e que os critérios de orientação para apreciação do tema sejam conhecidos, mormente diante das diretas repercussões no interesse público e na necessidade de fortalecimento da confiança depositada nas instituições do Estado.

Com base no paradigma escolhido para ilustrar o que se pretende demonstrar, percebe-se que embora parâmetros objetivos – no caso do conceito de jornal de grande circulação, a tiragem, abrangência, especialização do periódico, entre outros –, possam subsidiar a verificação de regularidade da escolha de concretização realizada, tal como em relação a qualquer outro conceito indeterminado, somente a análise das repercussões da escolha em cada contexto em que se insere, apreciadas à luz dos princípios constitucionais que servem de enquadramento normativo ao tema, serão capazes de determinar o atendimento ao que dispôs o dispositivo legal, por se tratar a interpretação legislativa, em última análise, de uma atividade interpretativa típica, que não pode ser separada da função judicativa.

REFERÊNCIAS.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Diário Oficial do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20111221/do20111221p04.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Tribunal de Contas do Estado da União. Processo nº 023.261/2006-7. Relator: Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3935353932&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=acordao-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELA CAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 07 mar. 2017

_____. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC-000144/989/13-4. Relator: Dimas Eduardo Ramalho. Disponível em <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/epe-m-06-der-004-tc-000144-989-13-4.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle Judicial da Concretização dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. v. 38. n. 151. Senado Federal, jul./set. 2001. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/703>>. Acesso em: 11 out. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 6.ed. São Paulo: Dialética. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179/180, jan./jun. 1990.

NOTAS:

[1] “[Os conceitos jurídicos indeterminados] são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167).

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 1993. p. 420.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle Judicial da Concretização dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001. p. 114.

[4] GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 203.

[5] ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 393/394.

[6] Nas palavras do autor: “Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. Tal resultado pode: (i) já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (discricionariedade de escolha); ou (ii) ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (discricionariedade de decisão). Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que

escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido". (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 219.).

[7] Deve-se destacar a existência de importante tese de Germana de Oliveira Moraes, que analisa os conceitos indeterminados de acordo com os tipos de situações que pretendem regular e explica não haver nexo essencial entre discricionariedade e conceitos indeterminados, podendo o conceito indeterminado conferir ou não margem de liberdade para o administrador. Para ela nos conceitos indeterminados que façam referência a uma situação atual haverá atividade vinculada e, ao contrário, nos conceitos que envolvam uma ponderação valorativa de interesses concorrentes ou um juízo de prognose, realizar-se-á atividade não vinculada (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p.61).

[8] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

[9] GRAU, op. cit., p. 192.

[10] Na doutrina espanhola: "O peculiar destes conceitos jurídicos indeterminados é que sua qualificação em uma circunstância concreta não pode ser mais que uma: [...] ou há utilidade pública ou não há; ou se dá, com efeito, uma perturbação da ordem pública, ou não se dá; ou o preço que se indica é justo ou não o é, etc. Tertium no datur. Há, pois, e isto é essencial, uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma circunstância concreta. Aqui está o peculiar do conceito jurídico indeterminado frente ao que é próprio às potestades discricionárias, pois o que caracteriza a estas é justamente a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência de seu exercício" (ENTERRÍA apud FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. v. 38. n. 151. Senado Federal, jul./set. 2001. p. 118. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/703>>. Acesso em: 11 out. 2016).

[11] GRAU, op. cit., p. 204.

[12] SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179/180, jan./jun. 1990, p. 60.

[13] “Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, `invadir opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração’ é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.” (MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120.).

[14] Destaca-se que essa tradicional visão sobre os limites do controle judicial, restrito à análise de legalidade, encontra ampliada diante do princípio da juridicidade, que amplia o espectro de controle, uma vez que leva em consideração para análise de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, ainda que discricionários, a conformidade deles não apenas com a lei, mas também com os princípios norteadores do atuar administrativo. Sem embargo, o mérito continua indevassável ao controle pelo Poder Judiciário, mas, então, já se está em uma esfera além da legalidade e da juridicidade.

[15] “Na estrutura do conceito indeterminado, é identificável um núcleo fixo (Begriffkern) ou ‘zona de certeza’, configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermédia ou de incerteza ou ‘halo do conceito’ (Begriffhof), mais ou menos imprecisa, e, finalmente, uma ‘zona de certeza negativa’, também certa quanto à exclusão do conceito.” (ENTERRÍA; Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 396.).

[16] Há entendimento doutrinário no sentido de que quando verificada a impossibilidade de determinar se a interpretação dada a determinado conceito atendeu ou não os fins leis, o magistrado deveria deixar de apreciar o acerto ou erro por não saber como decidir: “O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite a priori estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um non liquet, deixando intocada a decisão administrativa.” (SILVA, Almiro do Couto

e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179/180, jan./jun. 1990. p. 58.).

[17] DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 160/161.

[18] BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017. Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º; (BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>). Acesso em: 03 mar. 2017.

[19] JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 6.ed. São Paulo: Dialética. 2010. p. 144.

[20] A título de exemplo cita-se o caso do Decreto Municipal n. 4.748/05 do Município de Angra dos Reis, que, em seu art. 11, I, dispõe: Art. 11. (...): I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em órgão de publicação oficial do Município ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação na região; Outro exemplo ocorre com o Decreto Municipal n. 2.510/09, de Belford Roxo, que, no art. 11, I, do Anexo I, praticamente reprisou os termos do art. 4º, I, da Lei n. 10.520/02: Art. 11. (...): I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de grande circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação; Em sentido semelhante, o art. 6º, I, do Decreto Municipal n. 50/2003 do Município de Valença: Art. 6º (...): I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso específico no Boletim Oficial do Município, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforma o vulto da licitação, em jornal de grande circulação.

[21] “De fato, este Tribunal assentou que a tiragem mínima diária de “jornal de grande circulação” é 20.000 (vinte mil) exemplares, conforme Consulta

examinada no TC-6736/026/00, e decisões exaradas nos processos TC-34356/026/11 (Substituta de Conselheiro Cristiana de Castro Moraes, sessão de 7/12/11,) e TC 00001345.989.12-3 (Conselheiro Robson Marinho, sessão de 6/2/2013)". (BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC-000144/989/13-4. Relator: Dimas Eduardo Ramalho. Disponível em <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/epe-m-06-der-004-tc-000144-989-13-4.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017).

[22] Nesse sentido: TC-034356-026-11, sessão de 07/12/11, Conselheira Cristiana de Castro Moraes, Relatora; TC-001117-989-12-9, sessão de 07/11/12, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Relator; [entre outros].

[23] BRASIL. Tribunal de Contas do Estado da União. Processo n. 023.261/2006-7. Relator: Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighlight?key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3935353932&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=acordao-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

[24] [...] "jornal de grande circulação", para efeito de divulgação de editais de licitação, é aquele que tem presença diária na internet, considerando também a questão da tradição em publicação destes editais. Vencido o senhor Conselheiro Pedro Ângelo Sales Figueiredo, que votou no sentido de responder ao consulente que jornal de "grande circulação" é aquele que, além de possuir grande tiragem diária, tem ainda abrangência em vários pontos do Estado. (BRASIL. Diário Oficial do Estado do Ceará de 21 de Dezembro de 2011. p. 237. Disponível em: <<http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20111221/do20111221p04.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.)

[25] "A validade da licitação depende da ampla divulgação de sua existência, efetivada com antecedência que assegure a participação dos eventuais interessados. O defeito na divulgação do instrumento convocatório constitui indevida restrição à participação dos interessados e vicia de nulidade o procedimento licitatório" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2009. p. 242).

MOBBING: UMA DEGRADAÇÃO DELIBERADA DO AMBIENTE LABORAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

ANA FLÁVIA COELHO DOS SANTOS:

Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho. Advogada e professora de Direito.

RESUMO: A presente monografia tem como finalidade o estudo do *mobbing*, denominação utilizada para o assédio moral no ambiente de trabalho; tem como objetivo geral apresentar à sociedade os aspectos que definem e individualizam esse fenômeno a fim de torná-lo perceptível aos olhos de todos, facilitando, assim, o seu combate. Através da pesquisa foi possível compreender que o *mobbing* é uma realidade perversa que viola os direitos fundamentais e a dignidade do trabalhador, e que afronta o ambiente laboral desde o nascimento das primeiras relações trabalhistas. Dessa maneira, o presente trabalho apresenta as características específicas do *mobbing*, assim como os vários efeitos devastadores que tal prática é capaz de gerar na vida da vítima e no ambiente de trabalho. Por fim, a monografia faz menção ao amparo existente em nosso Ordenamento Jurídico; discorre sobre os meios de prevenção à prática do *mobbing* e comprova, por meio de jurisprudência consolidada, que mesmo diante à falta de uma norma específica brasileira que regule tal prática, os nossos Tribunais Superiores pacificaram o entendimento no sentido de que é passível de punição aquele que comete a conduta abusiva do *mobbing*.

Palavras-chave: *mobbing*, assédio moral, ambiente de trabalho, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This monograph has as finality at the study of *mobbing*, the name used for bullying in the workplace; It has as main objective to present to society the aspects that define and individualize this phenomenon is defined and individualized to make it perceptible in the eyes of all, thus facilitating its combat. Through this search it was possible to understand that the *mobbing* is a perverse reality that violates the fundamental rights and the dignity of the worker, and that has confronted the workplace since the birth of the first working relations. In this way, the present work present the specific characteristics of *mobbing*, as well as other devastating

products that such practice are capable of generating in the life of the victim and in the workplace. Finally, the monograph has mention the protection existing in our Legal Order; It discusses the means of prevention mobbing and proves, through consolidated jurisprudence, that although there is no specific Brazilian law that regulates the practice, our Courts pacified the understanding in the sense that it is susceptible of punishment who practices the abusive conduct of mobbing.

Keywords: mobbing, bullying, workplace, fundamental rights, dignity of human person.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DA PROTEÇÃO EXISTENTE AO TRABALHADOR E AO AMBIENTE DE TRABALHO. 1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES. 1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1.3 PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO. 1.3.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. 1.3.2 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS. 1.3.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. 1.3.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. 1.4 OIT: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 2 MOBBING: ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO. 2.1 SIGNIFICADO E ORIGEM DO TERMO. 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 2.3 CONCEITO. 2.4 MODALIDADES. 2.4.1 MOBBING VERTICAL DESCENDENTE. 2.4.2 MOBBING VERTICAL ASCENDENTE. 2.4.3 MOBBING HORIZONTAL. 2.4.4 MOBBING MISTO. 2.5 SUJEITOS. 2.6 EFEITOS DO MOBBING. 2.6.1 PARA A VÍTIMA. 2.6.2 PARA O EMPREGADOR. 3 PREVENÇÃO E PUNIÇÃO DA PRÁTICA DO MOBBING. 3.1 FORMAS DE PREVENÇÃO. 3.2 PUNIÇÃO. 3.2.1 COMPETÊNCIA. 3.2.2 ÔNUS DA PROVA. 3.2.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Estamos vivemos um momento de retrocesso trabalhista e social em que o Estado retira e diminui direitos conquistados durante décadas de lutas dos trabalhadores. Uma era em que os salários perdem, constantemente, seu poder aquisitivo; em que o trabalho regularizado está cada vez mais difícil, concorrido e, portanto, exige-se um inatingível conhecimento do empregado, mais especialização e rápida adaptação em

novas atividades. Sem contar na concorrência com as máquinas, as quais estão tomando os postos de trabalho humano, devido à pressão gerada às empresas pelo processo de globalização.

Tudo isso têm gerado insegurança e medo e exigido mais das pessoas do ponto de vista psicológico, o que dá abertura as situações degradantes que refletem tanto no ambiente de trabalho como na vida pessoal das pessoas.

A figura do *mobbing* é uma típica situação degradante que cresce com a globalização. É mundialmente reconhecido como um problema sério e complexo, advindo justamente de fatores como a pressão psicológica. Essa forma de violência no trabalho está descrita pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Ambas reconhecem que o fenômeno constitui um problema internacional crescente a cada ano e que, em grande parte, ainda é ignorado e subestimado.

A presente Monografia tem como finalidade a análise do *mobbing*, denominação utilizada para a figura do assédio moral no ambiente de trabalho.

Para tanto, utilizaremos o conhecimento de grandes autores e pesquisadores da área.

Embora grande parte da sociedade tenha o conhecimento da existência do assédio moral no ambiente laboral, poucos são capazes de identificá-lo devido à conduta silenciosa do agressor e pelo fato da situação afetar o meio de subsistência da vítima, o que faz com que esta opte pela inércia.

Devido a esse silêncio, a identificação da prática do *mobbing* e a constatação de seus efeitos gerados tanto no ambiente de trabalho como na vida da vítima são questões que para serem respondidas necessitam de um estudo detalhado a respeito do tema.

Com o intuito de responder a tais questionamentos, a pesquisa tem como objetivo principal conscientizar a sociedade sobre as peculiaridades

dessa espécie de assédio moral, para torná-la perceptível aos olhos de todos, facilitando, assim, o seu combate.

Para tanto, o presente trabalho se divide em três capítulos. De início, apresentaremos a proteção vigente ao trabalhador e ao ambiente de trabalho em nível nacional e internacional. O capítulo se desmembra em uma breve abordagem histórica a respeito da evolução dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana e discorre sobre os princípios basilares do Direito do Trabalho.

No segundo capítulo, entraremos especificamente no tema da Monografia. Falaremos sobre a origem do termo *mobbing*, faremos uma síntese histórica e atual a respeito do assédio moral no ambiente de trabalho e definiremos os principais aspectos que individualizam o *mobbing*, como os seus sujeitos, as suas modalidades existentes, bem como os seus efeitos gerados no ambiente de trabalho e na vida da vítima.

Por fim, no último capítulo, mostraremos quais as formas de prevenção ao *mobbing*, discorreremos sobre a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes do assédio moral nas relações de trabalho e também sobre o entendimento jurisprudencial dos Tribunais a respeito da fixação da pena ao agressor.

1. DA PROTEÇÃO EXISTENTE AO TRABALHADOR E AO AMBIENTE DE TRABALHO

Inicialmente, podemos dizer que a primeira forma de trabalho existente foi a escravidão, em que o trabalhador (escravo) não tinha direito a nada, muito menos direitos trabalhistas, sequer era considerado como pessoa. O único direito que o escravo tinha era o de trabalhar até morrer e nunca reclamar.^[1]

Num segundo momento da história, surge o período do feudalismo, do qual nasce outra forma de trabalho, qual seja a servidão. Nesse período os trabalhadores (servos) laboravam nas terras dos senhores feudais em troca do uso da terra e de proteção militar e política. Aqui, também, não

recebiam nada como contraprestação de seu labor e muito menos tinham direitos, ou melhor, tinham apenas o direito de trabalhar sem reclamar.^[2]

Os doutrinadores relatam que foi somente após a Revolução Francesa que a história do direito do trabalho teve início.

Sobre isso, discorre o renomado escritor Sérgio Pinto Martins: “A Revolução Francesa de 1789 e sua Constituição reconheceram o primeiro dos direitos econômicos e sociais: o direito ao trabalho. Foi imposta ao Estado a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar sua subsistência.”^[3]

Surge, por tanto, a figura do trabalho humano produtivo, livre e por conta alheia.

Martins dispõe que: “[...] o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial”^[4], a qual “[...] acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários”.^[5]

Contudo, esses direitos eram ainda prematuros e necessitavam de outros para regular sua razão de existir.

A respeito da época da Revolução Industrial, Martins relata as condições precárias em que os trabalhadores prestavam seus serviços, vejamos:

[...] O trabalhador prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixo salários e sujeito a várias horas de trabalho, além de oito. Ocorriam muitos acidentes do trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam direta ou indiretamente nas minas praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos etc. Eram feitos contratos verbais

vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Os trabalhadores ficam sujeitos a multas, que absorviam seu salário [...] [6]

Portanto, surgiu a necessidade de intervenção estatal nas relações de trabalho para impor limites, normas e, principalmente assegurar o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho. É a partir daí que podemos afirmar que começaram as lutas da classe dos trabalhadores, que postulavam direitos que hoje são efetivos e fundamentais. E, é sobre esses direitos que trataremos em seguida.

1.1 Direitos fundamentais dos trabalhadores

Cada direito conquistado pelo homem possui um marco histórico em sua essência e conforme Sergio Pinto Martins: "A legislação do trabalho é o resultado da reação contra a exploração dos trabalhadores pelos empregadores." [7]

No que diz respeito aos Direitos Fundamentais, esses são direitos do ser humano, reconhecidos e positivados e, por isso, impostos e garantidos pela Lei Maior a todos, sem distinção.

O eminente jurista Mauricio Godinho Delgado define Direitos Fundamentais como: "[...] prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade". [8]

Alexandre de Moraes, por sua vez, também define tais direitos como sendo:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento

de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.^[9]

Com isso, podemos concluir que os Direitos Fundamentais visam assegurar a todos, indistintamente, uma existência digna, livre e igual, criando condições, através de suas normas, à plena realização das potencialidades do ser humano.

Para se ressaltar a importância dos Direitos Fundamentais na esfera do direito do trabalho, é indispensável que façamos uma síntese a respeito do surgimento dos direitos fundamentais, os quais foram reconhecidos, na ordem institucional, em três gerações sucessivas. São eles: os direitos da primeira geração nomeados de direitos da liberdade, os da segunda geração nomeados de direitos da igualdade e da terceira geração nomeados de direitos da fraternidade.

Paulo Bonavides, explica que: “[...] os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos [...]”^[10]

De acordo com o doutrinador:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.^[11]

Já os direitos de segunda geração ou direitos de igualdade, surgiram com o advento do Estado Social. “São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades [...]”^[12]

Devem ser prestados pelo Estado através de políticas de justiça distributiva e abrangem o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, greve, livre associação sindical etc.

No que concerne aos direitos de terceira geração ou direitos de fraternidade/solidariedade, são considerados direitos coletivos por excelência, pois estão voltados à humanidade como um todo.

Bonavides explica que são:

[...] direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.^[13]

Incluem-se aqui o direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio-ambiente dentre outros.

Além dessas gerações ora citadas, alguns doutrinadores passaram a identificar outras, dentre as quais a mais aceita foi a quarta geração criada por Paulo Bonavides, vejamos:

“A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.”^[14]

E, explica o doutrinador que:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.^[15]

Pois bem, adentraremos agora especificamente no surgimento da institucionalização dos Direitos Fundamentais relacionados diretamente com o trabalho.

E, para isso, Sergio Pinto Martins nos recorda que: “[...] inicialmente, as Constituições brasileiras versavam apenas sobre a forma do Estado, o sistema de governo. Posteriormente, passaram a tratar de todos os ramos do Direito e, especialmente, do Direito de Trabalho, como ocorre com nossa Constituição atual”[\[16\]](#)

Em 5-10-1988, foi aprovada a atual Constituição, que trata de direitos trabalhistas nos arts. 7º e 11. Na Norma Magna, os direitos trabalhistas foram incluídos no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ao passo que nas Constituições anteriores os direitos trabalhistas sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social. Para alguns autores, o art. 7º da Lei Maior vem a ser uma verdadeira CLT, tanto os direitos trabalhistas nele albergados.

Trata o art. 7º da Constituição de direitos individuais e tutelares do trabalho. O art. 8º versa sobre o sindicato e suas relações. O art. 9º especifica regras sobre greve. O art. 10 determina disposições sobre a participação dos trabalhadores em colegiados. Menciona o art. 11 que nas empresas com mais de 200 empregados é assegurada a eleição de um representante dos trabalhadores para entendimento com o empregador.[\[17\]](#)

Luciano Martinez explica que: “A Constituição é o alicerce do ordenamento jurídico [...]”[\[18\]](#) e que:

No que diz respeito especialmente ao direito laboral, é de registrar que a Carta de 1988 reconheceu o valor social do trabalho como fundamento da República (art. 3º, III), oferecendo, por essa razão, uma especial proteção aos direitos sociais (art. 6º), notadamente a um conjunto de direitos mínimos conferidos a trabalhadores urbanos, rurais (art. 7º, I a XXXIV) e domésticos (parágrafo único do art. 7º).[\[19\]](#)

“Não é possível, portanto, estudar o direito do trabalho sem previamente conhecer os princípios, as limitações e os pressupostos constantes do mencionado texto estrutural.”[\[20\]](#)

Com isso, percebe-se que as relações de trabalho encontram-se mescladas em todas as dimensões dos Direitos Fundamentais, especialmente partindo-se das características da irrenunciabilidade, inalienabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, complementariedade e interdependência dos direitos do trabalhador.

1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade não é um direito, mas atributo intrínseco em cada pessoa. Preexiste ao direito legislado, razão pela qual cabe ao direito impor normas de respeito e promoção da dignidade humana.

“A dignidade da pessoa humana é fundamento da vida em sociedade. Não decorre o princípio do ordenamento jurídico, mas, ao contrário, embasa-o.”[\[21\]](#)

Por esse motivo, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem que:

Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico.[\[22\]](#)

Nesse mesmo contexto, Flávia Piovesan discorre:

A dignidade da pessoa humana, inicialmente sistematizada por diversos filósofos ao longo da história humana, foi incorporada e positivada pelo direito, cristalizou-se nas declarações e pactos internacionais firmados pelos Estados, após a segunda metade do século XX, e adentrou nas ordens

constitucionais de diversos países, principalmente ocidentais, como princípio e valor de maior importância, unificando os direitos humanos.^[23]

Em nível internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagrou o direito ao trabalho digno, como meio para se proteger e promover a dignidade da pessoa humana como diretrizes basilares, destacando-se os seguintes artigos:

Artigo 23. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 24. Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo 25. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. [...] ^[24]

Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 estabeleceu que: “[...] para os Estados signatários o dever de adotarem medidas individualmente e através de cooperação e

assistência internacionais, notadamente técnico-econômicas, no intuito de alcançarem progressivamente os direitos nele consagrados.”[25]

O artigo 6º estabeleceu que os Estados-membros reconheceriam a toda pessoa o direito de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido, tomando medidas para salvaguardar esse direito. Dentre essas medidas, incluem-se a orientação e a formação técnico-profissional, a elaboração de programas e a adoção de normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento socioeconômico e cultural e a implementação do pleno emprego em condições adequadas.[26]

O mesmo Pacto reconheceu, em seu artigo 7º, o direito dos trabalhadores em usufruir de condições de trabalho justas e favoráveis, assegurando especialmente:

- a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção, em particular, no caso das mulheres que deverão ter condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual; ii) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do pacto;
- b) condições de trabalho seguras e higiênicas;
- c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes responda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade;
- d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas e a remuneração dos feriados.[27]

No Brasil, na Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana reflete ao longo de todo o texto constitucional. Não é atoa ser nomeada de Constituição Cidadã.

A classe trabalhadora, conhecida como uma das que mais, senão a que mais, lutou por seus ideais e que possui direitos, hoje, devido a essas batalhas, tem suas normas fundamentais amparados na dignidade humana, que orienta e protege as relações de trabalho.

Nas palavras de Dinaura Godinho: “[...] no âmbito do Estado Democrático de Direito, devem ser efetivamente garantidos os direitos dos trabalhadores que foram objeto de difíceis conquistas sociais ao longo dos tempos [...]”^[28] E, com efeito disso: “[...] Valorizar o trabalho, então, equivale a valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir a realização de uma vocação do homem”.^[29]

No que diz respeito à importância do princípio da dignidade humana, dispõe:

Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar tanto o direito internacional como o direito interno. [...]^[30]

Assim, tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito interno a dignidade da pessoa humana é princípio basilar que centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade e irrenunciabilidade.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade humana da seguinte forma:

[...] além de reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental referida, procura destacar tanto a sua necessária faceta intersubjetiva e, portanto, relacional, quanto a sua dimensão simultaneamente negativa

(defensiva) e positiva (prestacional). Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[\[31\]](#)

E, conclui:

Portanto, a dignidade do trabalhador e o direito ao trabalho digno, representam os pilares do Estado Democrático e Social de Direito, possuindo amparo nas normas constitucionais brasileiras e nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos. A Constituição de 1988 demonstra que o trabalho com dignidade traduz-se em princípio, fundamento, valor e direito social na ordem jurídica contemporânea, não se podendo dissociar o trabalho do respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Somente com a valorização do homem enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com outros indivíduos e com o respeito das suas diferenças pelo Direito e pela sociedade, será possível analisar a dignidade do trabalhador no contexto de uma Estado ético.[\[32\]](#)

Desse modo, a dignidade da pessoa humana possui status de princípio e valor de maior importância presente nas Constituições dos Estados Democráticos, inclusive no Brasil com a Constituição de 1988, sendo a

referência ético-jurídica a nortear a interpretação e a aplicação do direito, em especial porque embasa os direitos humanos.

1.3 PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO

Primeiramente, faz-se necessário conceituar a palavra “princípio” para que possamos entender o seu real significado e tamanho valor ao ser usado como forma de amparo e proteção aos trabalhadores.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins:

Princípio vem do latim *principium, princippi*, com significado de origem, começo, base. Num contexto vulgar, quer dizer o começo da vida ou o primeiro instante. Na linguagem leiga, é o começo, o ponto de partida, a origem, a base. São normas elementares, requisitos primordiais, proposições básicas.^[33]

O doutrinador também apresenta o conceito de princípio no âmbito jurídico e o difere do conceito de regra ao dizer que:

É o princípio o primeiro passo na elaboração das regras, pois dá sustentáculo a elas. O princípio é muito mais abrangente que uma simples regra; além de estabelecer certas limitações, fornece fundamentos que embasam uma ciência e visam a sua correta compreensão e interpretação. Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra. A não observância de um princípio implica ofensa não apenas a específico dispositivo, mas a todo o sistema jurídico.^[34]

Diante o exposto, podemos concluir que princípio, em regra geral, significa a base do surgimento de algo e no direito, os princípios são as vigas que dão sustentação ao ordenamento.

Agora, especificamente na esfera trabalhista, Mauricio Godinho Delgado explica que: “Há princípios de todo o Direito que têm

inquestionável aplicação no âmbito especializado do Direito do Trabalho”.[\[35\]](#)

Podemos citar alguns princípios que são denominados como princípios gerais e que frequentemente são aplicabilidade no âmbito trabalhista, tais como: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da lealdade, da boa-fé, da segurança jurídica, da inalterabilidade contratual, princípio da razoabilidade, da proporcionalidade dentre outros.

De acordo com Delgado: “Qualquer dos princípios gerais que se aplique ao Direito do Trabalho sofrerá, evidentemente, uma adequada compatibilização com os princípios e regras próprias a este ramo jurídico especializado [...]”[\[36\]](#)

Concluída a introdução aos princípios, adentraremos no âmbito dos princípios basilares do direito do trabalho, protetores da classe hipossuficiente das relações de trabalho, ou seja, dos trabalhadores.

Previamente, é de suma importância mencionar que a doutrina não é pacífica no que tange ao número exato de princípios trabalhistas existentes e as suas nomenclaturas. No entanto, a maioria dos doutrinadores defendem os mesmos princípios de maior relevância à proteção dos direitos trabalhistas. Vejamos a seguir.

1.3.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Sergio Pinto Martins explica esse princípio:

Como regra, deve-se proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica (Galart Folch, 1936:16). Esta é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei. O princípio protetor pode ser uma forma de justificar desigualdades, de pessoas que estão em situações diferentes.[\[37\]](#)

Martins defende que tal princípio pode ser desmembrado: “em três: (a) o *in dubio pro operário*; (b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; (c) o da condição mais benéfica ao trabalhador”.[\[38\]](#)

Em contrapartida, Mauricio Godinho Delgado defende que: “[...] o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado”.[\[39\]](#)

1.3.2 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DE DIREITOS

A respeito desse princípio, Sergio Pinto Martins cita o artigo 9º da CLT, o qual diz que: “[...] serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas”.[\[40\]](#)

Importante mencionar que, embora os princípios trabalhistas têm a intenção de igualar as partes desiguais, no sentido de dar um amparo maior à parte hipossuficiência da relação de trabalho e que existem com a finalidade de assegurar ao trabalhador os mínimos direitos tidos como fundamentais, tal princípio não é absoluto.

Nesse sentido explica o doutrinador:

Poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo, diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não se poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas, pois poderia dar ensejo a fraudes.[\[41\]](#)

Por sua vez, Maurício Godinho Delgado critica a nomenclatura utilizada para este princípio e defende que:

É comum à doutrina valer-se da expressão *irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas* para enunciar o presente princípio. [...]

Contudo, a expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do princípio enfocado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe. Ora, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos *bilaterais* de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador.^[42]

1.3.3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Esse princípio também reflete claramente o aspecto da hipossuficiência do trabalhador na relação de trabalho. Lembramos que o empregado depende do trabalho para ganhar sua subsistência e de sua família. Por isso, presume-se que o empregado quase nunca tem a intenção de colocar fim à relação de trabalho, uma vez que depende deste para garantir a sua dignidade e de sua família.

Contudo, esse princípio também tem o condão de proteger a espécie de contrato por prazo indeterminado, que é a regra nas relações de trabalho.

Sobre isso explica Sergio Pinto Martins:

“Presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário. A ideia geral é a de que se deve preservar o contrato de trabalho do trabalhador com a empresa, proibindo-se, por exemplo, uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado.”^[43]

E, ratifica suas palavras ao descrever o entendimento da Súmula 212 do TST: “[...] o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o

princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.[\[44\]](#)

Ainda sobre o princípio em discussão, expõe Maurício Godinho Delgado a sua posição:

Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.[\[45\]](#)

Seguindo sua linha de pensamento, Delgado cita, ainda, três correntes de repercussões favoráveis ao trabalhador resultantes do contrato de trabalho por tempo indeterminado, o qual gera por um longo período a permanência em um mesmo emprego:

A primeira reside na *tendencial* elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas especificamente contratuais alcançadas pelo trabalhador em vista de promoções recebidas ou vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato.[\[46\]](#)

Com relação a segunda corrente:

A segunda corrente de repercussões favoráveis reside no investimento educacional e profissional que se inclina o empregador a realizar nos trabalhadores vinculados a longos contratos. Quanto mais elevado o montante pago à força de trabalho (e essa elevação tende a resultar, ao lado de outros aspectos, da duração do contrato e conquistas trabalhistas dela

decorrentes), mais o empresário ver-se-á estimulado a investir na educação e aperfeiçoamento profissional do obreiro, como fórmula para elevar sua produtividade compensar o custo trabalhista ocorrido. Esse investimento na formação do indivíduo cumpre a fundamental faceta do papel social da propriedade e da função educativa dos vínculos de labo, potenciando, individual e socialmente, o ser humano que trabalha. [47]

O jurista finaliza ao expor a terceira corrente de repercussões favoráveis ao trabalhador, decorrentes do contrato indeterminado:

A terceira corrente de repercussões favoráveis da longa continuidade da relação de emprego situa-se na afirmação social do indivíduo favorecido por esse longo contrato. Aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste, e na renda dele decorrente, um decisivo instrumento de sua afirmação no plano da sociedade. Se está submetido a contrato precário, provisório, de curta duração (ou se está desempregado), fica sem o lastro econômico e jurídico necessário para se impor no plano de suas demais relações econômicas na comunidade. [48]

1.3.4 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Em regra, na seara probatória do âmbito jurídico como um todo, o valor dos documentos surtem mais efeitos. Porém, no âmbito trabalhista a realidade é diferente pelo fato da incidência de fraudes por parte dos empregadores por ocuparem a posição de superioridade e comando nas relações de trabalho.

Devido a isso: "No Direito do Trabalho os fatos são muito mais importantes do que os documentos." Portanto, privilegia-se "[...] os fatos, a realidade, sobre a forma ou estrutura empregada". [49]

Explica Sergio Pinto Martins:

Por exemplo, se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que demonstrem a existência do contrato de trabalho. Muitas vezes, o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes.[\[50\]](#)

Em síntese, podemos concluir que além das funções de inspirar o legislador e de suprirem lacunas, os princípios constituem a base da criação de toda a legislação, uma vez que informam os valores que nela devem imperar.

1.4 OIT: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919, pelo Tratado de Versalhes, que colocou fim à Primeira Guerra Mundial, com o intuito primordial de alcançar a paz universal baseada na justiça social. A ideia principal era uniformizar, na medida do possível, as leis protetivas do trabalho humano entre todos os Estados.

De acordo com a OIT: "O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião".[\[51\]](#)

O professor Luiz Eduardo Gunther, explica que as normas da OIT: "[...] são elaboradas sob a forma de Convenções, Recomendações e Resoluções".[\[52\]](#)

O objetivo principal deste Direito Internacional do Trabalho foi o de estabelecer um nível mínimo de benefícios trabalhistas que todos os países

devem respeitar pelas seguintes razões: “a) a universalidade dos problemas; b) o perigo da concorrência desleal entre os Estados; c) a solidariedade entre os trabalhadores de diversos países; d) o desenvolvimento da migração; e) a contribuição para a paz”.[\[53\]](#)

Arnaldo Süssekind discorre sobre as finalidades do Direito Internacional do Trabalho no Brasil:

O capítulo do Direito Internacional Público que trata da proteção do trabalhador, seja como parte de um contrato de trabalho, seja como ser humano, com a finalidade de: a) universalizar os princípios da justiça social e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas; b) estudar as questões conexas, das quais depende a consecução desses ideais; c) incrementar a cooperação internacional visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e à harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social.[\[54\]](#)

Gunther ensina que:

Além do seu papel de legisladora internacional no domínio do trabalho, as atividades fundamentais da OIT voltam-se para: a) a aplicação das normas por ela adotadas (o controle do comportamento dos Estados-membros); especialmente b) no que diz respeito às Convenções ratificadas (o sistema de recursos no caso de não aplicação das Convenções ratificadas) e, também, um domínio particular da ação fiscalizadora relativamente; c) ao controle do exercício da liberdade sindical”.[\[55\]](#)

Com relação às exigências da OIT ligadas diretamente aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores: “[...] aborda-se o fenômeno da exigência do trabalho decente”.[\[56\]](#)

Para Luciane Cardoso Barzotto, o conceito de trabalho decente pode ser visto a partir de duas vertentes: “a dignidade da pessoa humana e o contexto ambiental no qual o trabalho deveria se desenvolver de forma sustentável”.[\[57\]](#)

De acordo com a OIT, trabalho decente é “aquele desenvolvido em ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, segurança e respeito à dignidade humana”.[\[58\]](#)

A respeito da obrigação do cumprimento das Convenções da OIT no Brasil, Gunther explica que: “A norma internacional, efetivamente, só passa a vigor “depois de oficialmente publicada” (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil), o que ocorre com o decreto de promulgação publicado no Diário Oficial da União”.[\[59\]](#)

Explica também que:

Os direitos e garantias expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o nosso país seja parte” (art. 5º, § 2º). Por esse enunciado, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, internacionalizados no Brasil, teriam que passar a valer como norma constitucional.[\[60\]](#)

Sobre a natureza jurídica da norma internacional no Brasil, o entendimento do STF era no sentido de que:

os tratados internacionais ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária, independentemente do tema versado. Essa situação mudou com a Emenda Constitucional 45 de 2004, que estabeleceu: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,*

serão equivalentes às emendas constitucionais". (art. 5º, § 3º da Constituição).[\[61\]](#)

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, surgiu a discussão quanto à natureza dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos internalizados antes dela, uma vez que perderam o caráter de leis ordinárias e não poderiam passar a pertencer ao grupo das Emenda Constitucional, devido ao seus requisitos de aprovação terem sido diferentes (menores) dos estabelecidas no art. 5º, § 3º da CF.

No entanto, o entendimento do Superior Tribunal Federal mudou com no julgamento dos Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e do Habeas Corpus (HC 87585). Vejamos:

Ao julgar, em habeas corpus, o tema da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, em mudança de rumo, entendeu que prevalece o Pacto de São José da Costa Rica, tratado de direitos humanos, sobre a lei ordinária, ante a hierarquia supralegal daquele. Na dicção do voto prevalente, do Ministro Gilmar Mendes, proferiu-se decisão histórica, pois o Brasil passa, agora, a aderir "ao entendimento adotado em diversos países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna".[\[62\]](#)

Por se tratar de direitos humanos, esses instrumentos devem receber um tratamento diferenciado em relação aos demais, porém, sem, contudo, afrontar a Constituição.

Por fim, a OIT aprovou, em 19 de junho de 1998, a "Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho", onde:

Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à

Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: *a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.*^[63]

É fundamental o respeito, a promoção e a aplicação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, não só como direitos inerentes a cada um, mas também com a finalidade de promover o progresso social e econômico.

2 MOBBING: ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Antes mesmo de ser um trabalhador, o ser humano se destaca por ser dotado do valor mais valioso no cenário histórico-axiológico, qual seja, a dignidade.

Conforme já vimos, a dignidade da pessoa humana é mais do que um princípio, regra ou norma a ser respeitada. Trata-se de fundamento da República Federativa do Brasil. É ela a base que sustenta todo o ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, mais do que ser respeitada, deve ser a essência, pois o ser humano não conquista a dignidade ele nasce com ela. E, a fim de preservá-la, cabe ao Estado protegê-la e ampará-la contra todos os males da vida em sociedade.

Proteger e amparar o local de trabalho significa preservar a dignidade do indivíduo enquanto trabalhador, pois é por meio do labor que o empregado alcança a plenitude de sua dignidade.

É através do trabalho que o indivíduo conquista a plenitude de sua vida econômica, educacional e social. É também por meio do trabalho, que a pessoa tem condições de suprir as suas necessidades básicas e as de sua

família. Por isso, proteger e amparar o local de trabalho significa preservar não apenas a dignidade do trabalhador, como também de todos que dele depende para ter uma vida digna.

Essa proteção do ambiente laboral não diz respeito apenas à proteção contra o perigo físico, mas também contra o perigo silencioso, o qual deve ser tratado com mais atenção, tendo em vista ser cruelmente prejudicial à moral e ao psicológico do indivíduo, deteriorando, assim, a sua dignidade e a sua saúde.

No presente capítulo, faremos uma análise completa acerca do assédio moral no ambiente de trabalho, denominado *mobbing*. Iniciaremos com a origem do termo, passaremos por diversos aspectos que caracterizam o *mobbing*, como por exemplo o perfil dos sujeitos envolvidos e as suas diversas modalidades e, por fim, apresentaremos os efeitos gerados para a vítima e para o empregador.

2.1 SIGNIFICADO E ORIGEM DO TERMO

Mobbing vem do verbo em inglês *to mob* que significa tratar mal, atacar, maltratar, rodear, reunir-se em grupo.

A expressão *mobbing*, também conhecida como assédio moral e psicológico, é utilizada pelo ramo do direito trabalhista para denominar a exposição contínua do empregado a situações que violam a sua dignidade.

Assim como o *mobbing*, existem também as figuras *bullying* e *stalking*, espécies do gênero assédio moral.

A diferença entre as espécies está na etimologia, no surgimento histórico e no ambiente em que são praticadas. Sendo *mobbing* no ambiente de trabalho; *bullying* no ambiente escolar e *stalking* atinge a privacidade da vítima.

De acordo com Ferreira: "a primeira forma de descoberta do assédio moral foi o chamado *mobbing*".^[64]

“O termo *mobbing* remete à ideia de constituição de grupos que exercem pressões e ameaças sobre os outros trabalhadores”.[\[65\]](#)

“Historicamente, o termo *mobbing* foi usado para descrever o comportamento predatório de aves e outros animais atacando um indivíduo ou grupo”.[\[66\]](#)

Em relação aos seres humanos: “o termo foi usado pela primeira vez por Lorenz em 1963 em sua descrição do comportamento dirigido a “diferentes”, nas escolas e nas forças armadas.”[\[67\]](#)

Contudo, o tema só foi profundamente abordado, chamando a atenção pública, através do psicólogo sueco, Heinz Leymann, o qual descreveu o assédio moral no trabalho da seguinte forma:

[...] em uma psicologia do terror, ou, simplesmente, psicoterror, manifestado no ambiente de trabalho por uma comunicação hostil e sem ética direcionada a um indivíduo ou mais. A vítima, como forma de defesa, reprime-se, desenvolvendo um perfil que somente facilita ao agressor a prática de outras formas de assédio moral. A alta frequência e a longa duração das condutas hostis acabam resultando em considerável sofrimento mental, psicossomático e social aos trabalhadores que são vítimas do assédio moral.[\[68\]](#)

A seguir, faremos uma abordagem apropriada a respeito do *mobbing*, para facilitar a sua compreensão e entender as suas diferentes formas de manifestação e suas graves consequências.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No Brasil, essa prática desumana foi apresentada com a nomenclatura “assédio moral” apenas em setembro de 1998 com a publicação do livro “Assédio Moral – A Violência Perversa” da psicóloga francesa Marie France Hirigoyen.[\[69\]](#)

Logo após, em 2000, a psicóloga Margarida Maria Silva Barreto apresentou sua dissertação de mestrado com o tema “Uma Jornada de Humilhações”, que também gerou muita repercussão.[\[70\]](#)

Atualmente existem mais de 80 projetos de lei em diferentes municípios do país. Vários projetos já foram aprovados e, entre eles, destacamos: São Paulo, Natal, Guarulhos, Iracemápolis, Bauru, Jaboticabal, Cascavel, Sidrolândia, Reserva do Iguaçu, Guararema, Campinas, entre outros.[\[71\]](#)

Existem projetos em tramitação nos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Paraná, Bahia, entre outros”.[\[72\]](#)

A primeira lei aprovada no Brasil com objetivo de coibir a prática do assédio moral foi a Lei estadual 3.921 de 23 de agosto de 2002 do Rio de Janeiro, vejamos:

Art. 1º - Fica vedada, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista, do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, inclusive concessionárias ou permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público, o exercício de qualquer ato, atitude ou postura que se possa caracterizar como assédio moral no trabalho, por parte de superior hierárquico, contra funcionário, servidor ou empregado e que implique em violação da dignidade desses ou sujeitando-o a condições de trabalho humilhantes e degradantes.[\[73\]](#)

O artigo 2º da citada Lei, informa o que configura o ato de assédio moral:

Artigo 2º - Considera-se assédio moral no trabalho, para os fins do que trata a presente Lei, a exposição

do funcionário, servidor ou empregado a situação humilhante ou constrangedora, ou qualquer ação, ou palavra gesto, praticada de modo repetitivo e prolongado, durante o expediente do órgão ou entidade, e, por agente, delegado, chefe ou supervisor hierárquico ou qualquer representante que, no exercício de suas funções, abusando da autoridade que lhe foi conferida, tenha por objetivo ou efeito atingir a auto-estima e a autodeterminação do subordinado, com danos ao ambiente de trabalho, aos serviços prestados ao público e ao próprio usuário, bem como, obstaculizar a evolução da carreira ou estabilidade funcional do servidor constrangido.^[74]

No Estado do Rio Grande do Sul a Lei Complementar nº 12.561 de 12 de julho de 2006, em seu artigo 1º, proíbe a prática do assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta de qualquer de seus poderes e instituições autônomas, no mesmo sentido o Estado do Mato Grosso acrescenta dispositivo à Lei Complementar, determinando no artigo 1º, que: “[...] fica acrescido o inciso XIX ao art. 144, da Lei Complementar nº 04, de 15 de outubro de 1990, com a seguinte redação: “XIX – assediar sexualmente ou moralmente outro servidor público.”

O Estado de São Paulo, por sua vez, também instituiu uma Lei contra o assédio moral, Lei 12.250, de 9 de fevereiro de 2006 e inclusive, um pouco mais tarde, em 2008, instituiu o Dia Estadual da Luta Contra o Assédio Moral nas Relações de Trabalho.

O Estado de Pernambuco também não ficou de fora e com a sua Lei nº 13.314 de 15 de outubro de 2007 vedou o assédio moral no âmbito da administração pública de seu Estado.

Percebemos que há algumas leis e vários projetos tratando do assunto, porém, no âmbito federal ainda não há nada que trate especificamente do assédio moral. Há, todavia, algumas normas esparsas que tratam a respeito como por exemplo: a Lei 11.948 de 16 de junho de 2009, em seu artigo 4º, veda empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e

Social – BNDES, as empresas que tenham prática de assédio moral e a Portaria SIT/DSST nº 9, de 30 de março de 2007, que aprovou o anexo II da NR-17 da categoria dos Trabalhadores de Tele atendimento/Telemarketing.

Mesmo não tendo um amparo específico, é completamente errado dizer que o assédio moral não encontra respaldo jurídico, pois a nossa Lei Maior, de forma indireta, trata sobre o assunto:

[...] a Constituição Federal de 1988, a qual nos assegura através de alguns dispositivos, como o artigo 1º, inciso III, **“proteção à dignidade da pessoa humana”**, e no artigo 5º, X, **“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”**, e, o artigo 170, “caput”, **“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”**.^[75]

2.3 CONCEITO

Segundo o psicólogo sueco, Heinz Leymann, assédio moral no ambiente laboral consiste em:

uma psicologia do terror, ou, simplesmente, psicoterror, manifestado no ambiente de trabalho por uma comunicação hostil e sem ética direcionada a um indivíduo ou mais. A vítima, como forma de defesa, reprime-se, desenvolvendo um perfil que somente facilita ao agressor a prática de outras formas de assédio moral. A alta frequência e a longa duração das condutas hostis acabam resultando em considerável sofrimento mental, psicossomático e social aos trabalhadores que são vítimas do assédio moral.^[76]

Para Sônia Mascaro Nascimento assédio moral é:

uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.^[77]

Por sua vez, Hádassa Dolores Bonilha Ferreira define assédio moral como sendo:

[...] o processo de exposição repetitiva e prolongada do trabalhador a condições humilhantes e degradantes e a um tratamento hostil no ambiente de trabalho, debilitando sua saúde física e mental. Trata-se de uma guerra de nervos, a qual conduz a vítima ao chamado "assassinato psíquico".^[78]

Diante os conceitos apresentados, importante mencionar que para ser caracterizado o assédio, a conduta do assediador deve ser reiterada e constante. Por isso dizemos que é uma conduta abusiva que deteriora o interior da vítima, sua moral, seu psicológico, sua dignidade e sua saúde.

Sônia Mascaro Nascimento elenca algumas condutas características do assédio moral no ambiente de trabalho, que são de relevante importância para a compreensão do tema, quais sejam:

- (I) desaprovação velada e sutil a qualquer comportamento da vítima;
- (II) críticas repetidas e continuadas em relação à sua capacidade profissional;
- (III) comunicações incorretas ou incompletas quanto à forma de realização do serviço, metas ou reuniões, de forma que a vítima sempre faça o serviço de forma incompleta, incorreta ou intempestiva, e ainda

se atrase para reuniões importantes; (IV) apropriação de ideais da vítima para serem apresentadas como de autoria do assediador; (V) isolamento da vítima de almoços, confraternizações ou atividades junto aos demais colegas; (VI) descrédito da vítima no ambiente de trabalho mediante rumores ou boatos sobre a sua vida pessoal ou profissional; (VII) exposição da vítima ao ridículo perante colegas ou clientes, de forma repetida e continuada; (VIII) alegação pelo agressor, quando e se confrontados, de que a vítima está paranóica, com mania de perseguição ou não tem maturidade emocional suficiente para desempenhar as suas funções; e (IX) identificação da vítima como “criadora de caso” ou indisciplinada.[\[79\]](#)

Também é de extrema importância deixar claro, que por se tratar de um assunto subjetivo a configuração do ato em assédio moral não é tão simples, devendo, portanto, cada caso ser individualmente e minuciosamente verificado. Abordaremos mais sobre isso em tópico específico.

Guimarães e Vasconcelos discorrem que:

No ambiente de trabalho, há condutas e procedimentos que podem ser identificados como deletérios, mas que não caracterizam a existência de assédio moral. Certo grau de competição é normal e um componente habitual do dia a dia da vida no trabalho.[\[80\]](#)

“Em uma situação de competição saudável no trabalho, o conflito possivelmente poderá ser resolvido. Esse fato, no entanto, é questionável em uma situação de *mobbing*.”[\[81\]](#)

A Organização Mundial da Saúde apresenta algumas distinções entre estes conflitos comuns em empresas que possuem grande número de funcionários e a prática do *mobbing*, vejamos:

Situações de Conflitos "Saudáveis": papéis e tarefas claramente definidos, relações de cooperação, objetivos claros e compartilhados, organização saudável, choques ocasionais e de confronto, estratégias abertas e francas, conflito aberto e discussão, comunicação direta e clara, dentre outras. Situações de *Mobbing*: ambiguidade de papéis, comportamento não cooperativo/boicote, imprevisibilidade, falhas organizacionais, ações antiéticas, sistemáticas e de longa duração, estratégias equivocadas, ações encobertas e negação de conflito, comunicação oblíqua e evasiva etc.[\[82\]](#)

Constata-se que os conflitos são competições entre os funcionários com o objetivo de impressionar o empregador e conseqüentemente prosperar dentro da empresa. Essas ações acontecem quase sempre, pois são características do mundo moderno. Enquanto que as situações de *mobbing* são "secretas", sem planejamento e acontecem "por baixo dos panos". A intenção de quem pratica o *mobbing* não é de prosperar, mas sim de humilhar, agredir e menosprezar a vítima de forma pessoal, gestos estes, que são desnecessários quando o objetivo é apenas o de conquistar um cargo melhor.

2.4 MODALIDADES

O *mobbing* ou assédio moral no ambiente de trabalho pode ser praticado por três modalidades: *mobbing* vertical, o qual pode ser de duas formas: descendente ou ascendente; *mobbing* horizontal e o *mobbing* misto, como a seguir será explicado cada um.

A respeito das diferentes modalidades, os estudos de Marie France (2001) indicaram que: "[...] em 58% dos casos, o assédio vem da hierarquia; em 29% dos casos, o assédio vem de diversas pessoas, incluindo chefias e

colegas; em 12% dos casos, o assédio vem de colegas; em 1% dos casos, o assédio vem de um subordinado”.[\[83\]](#)

Diante o estudo apresentado, percebemos que o assédio moral no trabalho, na maioria dos casos, decorre de hierarquia e de acordo com Márcia Novaes Guedes isso ocorre porque: “O grau de subordinação do empregado é irrelevante; no contrato de emprego, a sujeição do empregado é a priori, pois teme perder o emprego.”[\[84\]](#)

Por isso o trabalhador é denominado de parte hipossuficiente numa relação laboral.

Vejamos a seguir as peculiaridades de cada modalidade.

2.4.1 MOBBING VERTICAL DESCENDENTE

Conforme a legislação trabalhista o empregador é quem tem o poder diretivo da empresa. Cabe a ele organizar, controlar e disciplinar todas as questões inerentes ao ambiente de trabalho, inclusive os empregados.

No entanto, pode ocorrer de o empregador ultrapassar os limites de seu poder diretivo. Atenta a isso, a CLT limita esse poder em seu artigo 483 da CLT, senão vejamos:

- Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:
- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
 - b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
 - c) correr perigo manifesto de mal considerável;
 - d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
 - e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.[\[85\]](#)

Nas palavras de Marie France:

[...] a modalidade do assédio moral vertical descendente é a mais corriqueira no ambiente de trabalho, vez que é praticado pelo empregador ou pelo superior hierárquico contra seus empregados, ou seja, contra seus subordinados, haja vista possuir o poder diretivo, assim extrapolando da sua posição e organização empresarial.[\[86\]](#)

Alguns doutrinadores explicam alguns dos motivos que levam o superior hierárquico a cometer assédio moral. De acordo com Marie France:

Dentro dessa relação, as causas que levam ao processo assediador são diversas, conforme destaca Hirigoyen: Há o objetivo puro e simples de eliminar-se a vítima para valorizar o próprio poder (do agressor); há também, a finalidade de levar a vítima a pedir demissão, o que eliminaria custos adicionais e impediria procedimentos judiciais; e, ainda, há própria gestão de empresa que incentiva e aprova o assédio moral como o meio de administrar seus empregados.[\[87\]](#)

Na mesma linha, Alkimin expõe que:

O assédio moral cometido por superior hierárquico, em regra, tem por objetivo eliminar do ambiente de trabalho o empregado que, por algumas características, representa uma ameaça ao superior, no que tange ao seu cargo ou desempenho do mesmo;

também o empregado que não se adapta, por qualquer fator, à organização produtiva, ou que esteja doente ou debilidade. Como exemplo, temos o caso da mulher: a gravidez pode se tornar um fator de incômodo para algoz. Outrossim, o assédio moral pode ser praticado com o objetivo de eliminar custos e forçar o pedido de demissão.[\[88\]](#)

Essa modalidade de assédio moral é a mais complicada para a vítima, pois, além de gerar danos morais, psíquicos e em sua saúde, o trabalhador não possui meios de defesa, até porque o agressor é quem detém o poder no local de trabalho, inclusive o de demitir. E, por medo de perder o emprego ou acreditar que não receberá carta de referência dentre outras várias razões, o empregado acaba se sujeitando as humilhações diversas e não consegue encontrar escape para a solução do problema suportado.

2.4.2 *MOBBING VERTICAL ASCENDENTE*

Embora o assédio moral vertical ascendente não aconteça com muita frequência, ele existe. A vítima, nessa situação é o superior hierárquico e o assediador, um ou vários de seus subordinados. Marie France nos fornece alguns exemplos dessa modalidade, vejamos:

Pode dar-se no caso de uma pessoa vinda de fora, cujo estilo e métodos sejam reprovados pelo grupo, e que não faça o menor esforço no sentido de adaptar-se ou impor-se a ele. Pode ser também o caso de um antigo colega que tenha sido promovido sem que o serviço tenha sido consultado. Em ambos os casos, a direção não levou suficiente em conta as opiniões do pessoal com o qual esta pessoa será levada a trabalhar.[\[89\]](#)

Ferreira, por sua vez, também exemplifica tal modalidade: “Diante de falsas acusações de assédio sexual, ou, ainda, quando todo um grupo de subordinados se une para “boicotar” um superior hierárquico indesejado”.[\[90\]](#)

Portanto, conclui-se que é plenamente possível um superior hierárquico sofrer assédio moral de seus subordinados devido a diversos fatores, tais como: inexperiência, idade, insegurança, timidez ou até mesmo pela sua origem. Porém, tal modalidade de assédio não é comum.

2.4.3 **MOBBING HORIZONTAL**

O *mobbing* horizontal é praticado por colegas de trabalho do mesmo nível hierárquico.

Geralmente tal conduta ocorre por má direção e fiscalização do local de trabalho por parte do superior, o que acaba dando margem para que esse tipo de conduta prospere.

Doutrinadores citam alguns motivos que levam à prática do *mobbing* pelos colegas de trabalho, vejamos:

O assédio moral horizontal, que ocorre entre funcionários do mesmo nível hierárquico – colegas de trabalho de uma mesma área – é raro, mas acontece. São ocasionados por ciúme, inveja, falta de afinidade, preconceito ou rivalidade profissional.^[91]

De acordo com Marie France: “[...] o assédio moral é frequente entre vários empregados que disputam o mesmo cargo ou promoção, ou seja, é o assédio moral que vem dos colegas, companheiros de trabalho.”^[92]

No que tange à consequência de tal conduta para o assediador: “O colega de serviço assediador, como autor material do Assédio Moral responderá por perdas e danos por sua conduta anti-social e ilícita, além de incorrer na penalidade mais grave que é a demissão por justa causa (CLT, art. 482).”^[93]

Destarte, como veremos em tópico específico, a consequência do *mobbing* não causa prejuízo apenas para o assediador, quando este for colega de trabalho de mesma hierarquia, mas, também, para o empregador, o qual deve arcar com as consequências da atividade econômica.

2.4.4 **MOBBING MISTO**

A modalidade *mobbing* misto é resultado da mistura da modalidade descendente com a horizontal, ou seja, a segunda se inicia em decorrência da prática da primeira. Ocorre quando o empregado sofre assédio moral do próprio superior hierárquico e os colegas, com o intuito de “puxar o saco” do chefe, também o assediam.

Nas palavras de Ferreira:

É uma das formas mais destrutivas do fenômeno, pois instala-se quando a vítima já se mostra fragilizada pelo assédio moral descendente. Quando o trabalhador espera obter apoio dos seus pares, surge o assédio moral misto – uma traição apunhalada.^[94]

Pamplona explica que:

Já o assédio moral misto exige a presença de pelo menos três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e a vítima. Pode se dizer que o assediado é atingido por “todos os lado”, situação esta que, por certo, em condições normais, se torna insustentável em tempo reduzido.^[95]

Nessa modalidade, o empregador, independentemente de ter praticado o ato, também responde pelas consequências.

2.5 SUJEITOS

Os doutrinadores ensinam que, geralmente, existem 3 classes de sujeitos envolvidos na prática do *mobbing*, quais sejam, o sujeito ativo, assediador ou agressor (quem pratica a ação), o sujeito passivo, agredido ou assediado (quem sofre a ação) e o(s) expectador(res).

Conforme já exposto, há várias modalidades de *mobbing*, o praticado pelo superior hierárquico contra o(s) subordinado(s), pelo(s) subordinado(s)

contra o superior hierárquico, bem como, pelo(s) colega(s) de trabalho contra outro(s) da mesma posição hierárquica.

Contudo, verificamos também que a modalidade mais comum do *mobbing* é a praticada por superior hierárquico contra seu subordinado em decorrência do poder diretivo que o primeiro detém.

Agora, veremos algumas das características que definem os sujeitos do *mobbing*.

“Para o advogado Reginald Felker, em matéria exclusiva para Revista do Advogado 70 anos da CLT (2013), enumera os agressores como: **o invejoso; o tirano; o frustrado; o crítico; o sádico; o puxa saco; o carreirista.**”[\[96\]](#)

Marie France cita alguns dos comportamentos característicos dos agressores:

(...) o sujeito tem um senso grandioso da própria importância; é absolvido por fantasias de sucesso ilimitado, de poder; acreditar ser “especial” singular; tem excessiva necessidade de ser admirado; pensa que tudo lhe é devido; explora o outro nas relações interpessoais; não tem a menor empatia: inveja muitas vezes os outros, dá prova de atitudes e comportamentos arrogantes.[\[97\]](#)

Em contrapartida, Marcelo Rodrigues Prata defende que: “[...] não existe, a rigor, um “perfil psicológico” do assediador, ou seja, qualquer um de nós pode ser levado pelas circunstâncias a perseguir um subalterno, um colega ou mesmo o próprio chefe.”[\[98\]](#)

Em suma, Alice Monteiro ensina que “[...] o objetivo do assediador é sempre oprimir o mais fraco, e por meio de medo, gerar obediência; sua meta, em geral, é o poder enquanto instrumento para dominar e controlar o outro”.[\[99\]](#)

Assim, o sujeito ativo do *mobbing* pode ser qualquer pessoa que esteja dentro da empresa, como proprietário, gerente, diretor, como também o colega de trabalho que esteja no mesmo nível hierárquico, e, em raras situações, o subordinado.

No que diz respeito ao perfil da vítima, Marie France exemplifica que “[...] as pessoas mais atingidas pelo assédio moral são precisamente aquelas produtivas demais, motivadas demais, interessadas demais e consideradas como eficientes demais no trabalho.”

Felker, no entanto, cita algumas características, senão vejamos:

(..) o agredido pode apresentar as formas de servil, inseguro de si, sofredor, bode expiatório, medroso, sensível, introvertido, dependente, entre outros. Entre os constrangimentos mais comuns impostos ao trabalhador, enumeram-se o rigor excessivo no trato com empregados estáveis, o rebaixamento de função, preterição em promoções, cometer ao empregado tarefas irrealizáveis, tecer comentários maldosos e injuriosos sobre condições sociais, cor, raça, preferência sexual, estimular zombarias sobre defeitos físicos, ameaças físicas, o que não esgota o rol de condutas indevidas (...) [\[100\]](#)

Através de suas pesquisas, Marie France constatou que: “Os dados apontam uma média de idade de 48 anos, o que confirma a predominância do assédio moral entre os indivíduos acima de 50 anos, julgados menos produtivos e

não suficientemente adaptáveis.” [\[101\]](#)

Outra importante informação constatada pela psiquiatra francesa foi sobre o sexo do assediado, 70% das vítimas são do sexo feminino. Entretanto, ressalva a autora que referido resultado está diretamente relacionado à cultura de capa país, e ao fato de que as

mulheres têm mais facilidade em revelarem seus sentimentos às outras pessoas.[\[102\]](#)

Ainda sobre os resultados de suas pesquisas, a autora diz que:

[...] a vítima pode “ser escolhida” por discriminação do assediador, como exemplo, menciona o assédio moral por religião ou em detrimento da raça do trabalhador, por ser deficiente físico ou por motivo de doença, aos homossexuais, e em relação a representantes de funcionários e dirigentes sindicais.[\[103\]](#)

Conclui-se, portanto, que assim como para o agressor, para a vítima também não há um perfil definido, podendo ser qualquer pessoa. No entanto, percebemos que os assédios mais comuns são os que se dirigem às pessoas mais vulneráveis como as portadoras de deficiência, as que possuem algum tipo de doença, as tímidas, aos idosos.

Finalmente, a respeito dos expectadores, Marcia Novaes Guedes os define da seguinte forma:

Os expectadores são os colegas de trabalho da vítima, que tem conhecimento da agressão, no entanto, agem de forma passiva seja porque se aliam ao agressor e a evitam, ou, ainda, pelo fato da própria vítima se afastar do convívio dos demais. Neste caso os colegas de trabalho também se mantêm indiferentes.[\[104\]](#)

São pessoas que vivenciam essa prática e nada fazem para cessar a violência. Portanto, participam dela ainda que de forma reflexa. Os expectadores se dividem em conformistas passivos e conformistas ativos, vejamos a diferença entre eles:

“O chamado “**conformista passivo**” pode simplesmente optar não participar da violência praticada a pessoa assediada, porém, por não tomar medidas cabíveis com objetivo de frear a violência acaba participando do assédio.”[\[105\]](#)

Já os “**conformistas ativos**”:

[...] são aqueles que participam diretamente, porém, não são os verdadeiros agressores, mas atuam lateralmente, ajudando o agressor a acelerar o procedimento para arruinar com a vítima, ou seja, são pessoas que acham graça quando o agressor zomba ou lança piadas destrutiva para a vítima, em outros casos quando o chefe utiliza estratégia de isolamento da pessoa assediada, porém, para concretizar logo necessita do apoio dos colegas de trabalho.[\[106\]](#)

Assim, os expectadores, tanto os ativos quanto os passivos, são, da mesma forma que é o agressor, perversos por presenciarem prática tão desumana que é o assédio moral no ambiente de trabalho e permanecerem calados sem ao menos oferecerem ajuda.

2.6 EFEITOS DO MOBBING

Neste item veremos que a prática do *mobbing* pode resultar em graves consequências, tanto para a vítima quanto para o empregador.

2.6.1 PARA A VÍTIMA

O grau de consequências do *mobbing* varia caso a caso devido a diversos fatores.

De acordo com Teixeira:

São inúmeros os efeitos que o assédio moral pode causar. E certo que eles dependerão de incontáveis fatores, como o grau das ofensas/humilhações, estado psicológico da vítima antes do assédio, números de ofensas proferidas, situação da carreira profissional do ofendido, seu estado geral de saúde, predisposição a algumas doenças e ao estresse, comportamento familiar, etc.[\[107\]](#)

Contudo, inevitavelmente, em todos os casos haverá a violação da dignidade e de outros direitos fundamentais da vítima.

Para Alkimin:

Os atos gestos, palavras, enfim, qualquer conduta ou atitude dirigida sistematicamente contra o emprego invade a esfera de sua vida íntima e profissional, maculando seus direitos de personalidade, com graves consequências à sua integridade físico-psíquica, afetando sua auto-estima e produtividade, levando à degradação do ambiente de trabalho e desqualificando a qualidade de vida no trabalho, podendo, inclusive, refletir-se na esfera patrimonial. Isto porque poderá reduzir à situação de desemprego e escassez de recursos não apenas para sobrevivência, como também para tratamento das sequelas à saúde causada pelas condutas assediante.[\[108\]](#)

Nota-se que os efeitos do *mobbing* variam devido a diversas circunstâncias, tais como a personalidade da vítima, o poder de direção, a capacidade de persuasão do agressor bem como a intensidade do assédio. No entanto, com relação à personalidade da vítima, por mais que esta seja forte e bem estruturada, a prática reiterada e intensa do *mobbing* acaba desestabilizando-a, gerando, assim, vários efeitos negativos em sua vida social, familiar, econômica e em sua saúde física, mental e psíquica.

[...] o *mobbing* no trabalho é a mais séria ameaça à saúde dos trabalhadores a ser enfrentada neste século. Além das graves sequelas que podem levar a outros problemas relacionados à saúde ocupacional, o *mobbing* tem afetado significativamente a saúde mental e física da população trabalhadora e a saúde da organização como um todo.[\[109\]](#)

Para a OMS (Organização Mundial da Saúde):

[...] o assédio moral pode produzir sérias consequências negativas sobre a saúde do trabalhador, trazendo repercussões nas áreas psicopatológica, psicossomática e do comportamento, com efeitos deletérios também sobre a qualidade de vida.^[110]

E, portanto elenca uma série de consequências geradas pela prática do *mobbing* na saúde da vítima, tais como:

- a) Doenças Psicopatológicas: reações de ansiedade, apatia, reações de evitação, problemas de concentração, humor depressivo, reação de medo, flashbacks, hiper excitação, insegurança, insônia, pensamento intrusivo, irritabilidade, ausência de iniciativa, melancolia, mudanças de humor, pesadelos recorrentes;
- b) Doenças Psicossomáticas: hipertensão arterial, ataques de asma, palpitações, doença arterial coronariana, dermatites, queda de cabelo, dores musculares frequentes, perda de equilíbrio, enxaqueca, dores de estomago, ulceras estomacais, taquicardia;
- c) Doenças Comportamentais: reações de auto e hetero agressividade, transtornos alimentares, aumento de consumo de álcool e drogas, aumento do tabagismo, disfunções sexuais, isolamento social.^[111]

Com o intuito de incrementar a sua pesquisa intitulada “Uma jornada de humilhações”, da Pontifca Universidade Católica (PUC) de São Paulo, Margarete Barreto realizou uma entrevista com 870 participantes, dentre homens e mulheres vítimas de *mobbing* e através dela verificou, em porcentagem (de cada sexo), a reação das pessoas logo após passarem pela situação degradante do *mobbing*.

Fonte: BARRETO. M. Uma jornada de humilhações. São Paulo: FAPESP: PUC. 2000.

No âmbito familiar, social e econômico, a OMS também elenca possíveis consequências para a vítima, vejamos:

Evasão das reuniões sociais; Queixas de mal-estar físico e de enfermidades; Abandono aos compromissos sociais; Desapego aos vínculos familiares; Dificuldades para executar o trabalho; Desatenção de seu papel e responsabilidade como pai, mãe, esposo (a), filho (a) etc.; Intolerância aos problemas familiares; Discussões; Perda de relações de amizade; Perda de participações em projetos; Problemas conjugais e divórcio; Custos médicos; Explosões de raiva; Violência; Piora do desempenho escolar dos filhos.[\[112\]](#)

Com isso, percebemos que independentemente da duração das agressões, as consequências para quem sofre o *mobbing* são graves. Os efeitos da prática deterioram não só o ambiente de trabalho da vítima, mas também todos os outros setores de sua vida, como o social, o familiar, o econômico e, principalmente, a sua saúde, resultando em graves doenças físicas e psicológicas que podem até levar à morte.

2.6.2 PARA O EMPREGADOR

Os efeitos do *mobbing* geram consequências não apenas à vítima, mas também ao ambiente de trabalho e ao empregador.

De acordo com Alice Monteiro:

O assédio moral praticado por colega de serviço, tal como o praticado pelo empregador ou superior hierárquico, contamina o ambiente de trabalho, tornando-o degradante, hostil, ofensivo e violador dos direitos de personalidade do ofendido.[\[113\]](#)

Marie France acrescenta que:

[...] o assédio moral é um péssimo “negócio” para as empresas, pois não é um método eficiente, na medida em que causa perda de produtividade. Custa caro para as vítimas porque são obrigadas a se tratar, às vezes perdem seus empregos, além do que são, em certos casos, obrigadas a recorrer a um advogado para se defender, portanto. Isto também tem alto preço para a sociedade porque as pessoas ficam doentes e impedidas de trabalhar. Custa caro também para as empresas porque há, efetivamente, o problema do absenteísmo, associado a uma grande desmotivação e perda de produtividade.[\[114\]](#)

Também podemos citar o fato do empregador ter que arcar com as despesas de uma rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do artigo 483 da CLT.

Guedes igualmente enumera alguns efeitos negativos para o empregador, vejamos:

Os efeitos perversos do assédio moral não se limitam apenas à pessoa imolada, mas espraiam-se, em termos de custos, para as empresas que respondem pelas consequências diretas da violência no interior do grupo de trabalho. De modo geral, verifica-se, a nível do grupo, uma redução na capacidade produtiva e na eficácia; acentuada crítica aos empregadores; elevada taxa de absenteísmo por doenças; tendência do grupo de fazer tempestades em copo d’água, transformando pequenos problemas em gigantescos conflitos; a busca de bodes expiatórios, para mascarar os reais problemas e culpados.[\[115\]](#)

Por sua vez, Rafael Morais Carvalho Pinto cita outras possíveis consequências:

O assédio moral também pode levar ao aumento dos custos da empresa, pois o trabalhador assediado tende a ser afastado por doença ou pedir demissão. Em qualquer das hipóteses, a empresa vai ter que arcar com as despesas dessa substituição de mão de obra, a título de recrutamento, seleção e treinamento. Ressalte-se que a própria demora na contratação do novo empregado gera prejuízos, com a perda de capacidade produtiva da organização. Por fim, esse contexto pode fazer com que a empresa sofra com os processos judiciais, sendo mais custos com advogados, peritos e possíveis condenações ao pagamento de indenizações.[\[116\]](#)

Importante lembrar que é o empregador quem suporta as consequências da atividade econômica, portanto mesmo que ele não seja sujeito envolvido na prática do *mobbing*, responde pelas consequências resultantes independentemente de culpa, o que gera a responsabilidade civil objetiva.

No que diz respeito a essa modalidade de responsabilidade do empregador, explica Dinaura Godinho:

Na condição de empregador, assume a obrigação de assegurar aos seus obreiros todas as condições de trabalho necessárias e capazes de salvaguardar sua dignidade, saúde, integridade física e mental, tanto no aspecto da higiene quanto no aspecto da segurança (CF/88, art. XXII). Na verdade, trata-se de um dever de adotar todas as medidas tendentes a evitar danos à pessoa do trabalhador. Nessa esteira [...] levando-se em conta a própria atividade econômica que desenvolve, a empresa responde, independentemente de prova de sua culpa, na ocorrência de danos físicos ou morais sofridos pelos obreiros quando da prestação de serviços em seu favor.[\[117\]](#)

Portanto, mesmo que o empregador não seja o agressor, sofrerá os efeitos negativos do *mobbing* devido à sua omissão na fiscalização e na organização do ambiente laboral.

Algumas empresas também sofrerão as penalidades apresentadas pela Lei 11.948 de 16 de junho de 2009, senão vejamos:

Art. 4º Fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.[\[118\]](#)

Por todo o exposto, podemos concluir que os efeitos do *mobbing* também afetam gravemente o empregador, pois compromete o financeiro, a estrutura e a reputação da empresa.

3. PREVENÇÃO E PUNIÇÃO DA PRÁTICA DO MOBBING

Nas palavras de Dinaura Godinho:

A Constituição Federal impõe à empresa adotar todas as prudentes medidas para preservar a vida e a saúde de seus empregados, adotando medidas preventivas, profiláticas, terapêuticas e curativas (CF/88, art. 7º, XXII, XXVII, c/c arts. 154 e ss. Da CLT) [...].[\[119\]](#)

Nesse aspecto, toda empresa está obrigada a resguardar, no ambiente de trabalho, a integridade física e mental de seus empregados, de modo a não permitir, por ação ou omissão, a ocorrência de danos, inclusive morais, acidentes nem o acometimento de doenças profissionais.[\[120\]](#)

A empresa é responsável pelo zelo dos direitos e garantias dos trabalhadores que nela laboram, porém, conforme veremos a seguir, o combate à prática do *mobbing* não se restringe apenas às empresas, mas, também, depende da solidariedade e amparo da coletividade.

3.1 FORMAS DE PREVENÇÃO

Diversas são as formas de coibir e combater a prática do *mobbing*. Ademais, todas são simples e possíveis de serem colocadas em prática.

Para Marie France, a primeira forma de coibir indispensável é a existência de lei, senão vejamos:

Hirigoyen (2002b, p. 33) acrescenta que a lei é muito importante, primeiro num plano simbólico e também no dissuasivo, para desencorajar este tipo de comportamento, dizendo "Parece-me que em todos os países devemos pensar numa forma de sanção contra o assédio moral, pois ele deve ser identificado e sancionado. Uma lei é muito importante, mas não é suficiente."[\[121\]](#)

Contudo, conforme se extrai, as leis são importantes, mas não o suficiente. E, Por isso:

Devem existir políticas de prevenção contra este tipo de comportamento. As empresas que não dão condições para implantar uma política de prevenção poderão ser mais sancionadas do que aquelas que tentaram restringir o assédio moral ou proibi-lo. Não basta punir o agressor, é necessário mudar as políticas de gestão da empresa e não deixar se instaurar procedimentos de humilhação e desqualificação das pessoas.[\[122\]](#)

Rafael Morais cita algumas das ações de prevenção que as empresas devem aderir no dia-a-dia, vejamos:

[...] é fundamental, também, que as empresas implementem as campanhas educativas, por meio de palestras, folhetos ou programas audiovisuais, além de favorecer os debates, envolvendo os vários setores da empresa, com o objetivo de informar, conscientizar e

sensibilizar todos os trabalhadores acerca do problema, explicando as características, consequências e a forma de combate ao assédio moral.[\[123\]](#)

Marcia Guedes, por sua vez, entende que o bom treinamento da direção da empresa é essencial para a percepção do problema:

Métodos de prevenção adicional devem ser aplicados para o comportamento da direção. O ideal seria que, nos treinamentos para gerentes, se incorporassem habilidades para reconhecer conflitos e tratá-los de forma mais produtiva. [...]. Para mudar, todavia, a cultura da direção de uma empresa, não é suficiente treinar melhor os gerentes médios. As chances são maiores, se, por exemplo, o novo estilo de liderança é praticado, pela primeira vez, pelo diretor. O diretor serve como modelo vivo, pois valores colocados pelo diretor são mais fáceis de serem absorvidos na cultura geral da corporação.[\[124\]](#)

Marie France acrescenta ainda que: “[...] as organizações devem, ainda, formar especialistas internos, principalmente os trabalhadores do setor de Recursos Humanos, que, após treinamento adequado, sejam capazes de prevenir, detectar ou administrar os casos de assédio moral”.[\[125\]](#)

Sobre a relevância dessas ações de prevenção no âmbito das empresas, é importante saber que:

Se uma empresa é vigilante e severa com relação a essas práticas, o assédio moral não prospera, mesmo quando há um indivíduo particularmente perverso na empresa. Ele será sancionado e não poderá continuar a agir desta forma. Constata-se que cada vez mais empresas e organizações são indiferentes ao bem-estar das pessoas.[\[126\]](#)

Marie France dispõe que:

[...] o enfrentamento do problema e a busca de soluções somente serão possíveis por meio de uma ação de reconhecimento e enfrentamento coletivo, direto e claro e de uma abordagem interdisciplinar, envolvendo médicos do trabalho, psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, sociólogos, sindicalistas, advogados e trabalhadores. Que haja uma tentativa conjunta de se encontrar soluções, dado que se trata de um fenômeno multidimensional.[\[127\]](#)

E, complementa:

A questão do assédio moral precisa ser difundida cada vez mais entre os profissionais de saúde, entre as pessoas que tomam decisões, os políticos, gerentes e administradores, gestores de RH, comunidade, sindicatos e trabalhadores em todo o mundo. É necessário que haja sensibilidade ao sofrimento dos trabalhadores e a este tema, pois somente a tomada de “consciência coletiva e multidisciplinar” em todos os níveis, poderá apontar soluções. A única maneira de combater o assédio psicológico dá-se através da união de esforços de todos esses atores, abordando o problema de diferentes ângulos, com já dito anteriormente, de forma multidisciplinar.[\[128\]](#)

Tal afirmação ratifica o que foi dito anteriormente, que a prevenção da prática do *mobbing* assim como o seu combate não se restringe, apenas, às empresas, mas, também, depende da solidariedade e amparo da coletividade.

Por sua vez, caso as medidas de prevenção dentro da Organização não resultem a vítima deverá manter a sua auto-estima, criar laços de inter-ajuda e solidariedade com os colegas, procurar um interlocutor dentro da Organização que possa atuar

na situação e procurar apoio jurídico e médico em caso de necessidade.[\[129\]](#)

Por isso, concluímos que a ações de prevenção é método essencial para coibir a prática do *mobbing* no ambiente laboral, porém, para que tal objetivo seja atingido faz-se necessário a solidariedade de todos, inclusive e principalmente da própria vítima, a qual precisa pedir ajuda, seja médica ou jurídica.

3.2 PUNIÇÃO

Devido às diversas qualificações e títulos obtidos, os profissionais buscam, cada vez mais, crescer profissionalmente. E, esse desejo, muitas vezes, ultrapassa os limites da disputa normal vindo a atingir gravemente direitos alheios.

Com o processo de globalização a prática do assédio moral tem entrado nas empresas corriqueiramente devido as diversas mudanças ocorridas nas sociedades capitalistas.

Contudo, se olharmos de outro ângulo, a globalização possibilita o reconhecimento do assédio moral, o que antes não era possível. Por isso o *mobbing* continua a existir nas organizações brasileiras, mas sua denúncia tem se intensificado e conseqüentemente a sua punição é o meio que se emprega.

3.3 COMPETÊNCIA

Uma das mudanças da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a introdução do inciso VI no artigo 114 da Constituição Federal, o qual prevê a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por prejuízos morais e materiais advindas da relação de trabalho. Vejamos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
[...]

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\).](#)[\[130\]](#)

O novo texto tornou expressa uma atribuição que já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Contudo: “O assédio moral ainda não faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não há lei Federal como no assédio sexual. No entanto, a Justiça do Trabalho tem se posicionado independentemente da existência de leis específicas”.[\[131\]](#)

Os processos que chegam à Justiça do Trabalho buscando reparação por danos causados pelo assédio moral revelam que há basicamente três tipos de reparação: Rescisão Indireta do contrato de trabalho (justa causa em favor do empregado); Danos morais (que visa a proteção da dignidade do trabalhador); Danos materiais (casos em que os prejuízos psicológicos ao empregado tenham gerado gastos com remédios ou tratamentos).[\[132\]](#)

Portanto, independentemente da inexistência de legislação específica que verse sobre assédio moral, a jurisprudência pátria é consolidada no entendimento de que cabe punição ao autor e compensação proporcional à vítima.

3.4 ÔNUS DA PROVA

A princípio faz-se imprescindível esclarecer que assédio moral é uma espécie do gênero dano moral, contudo, existem duas diferenças importantes entre eles, quais sejam, a caracterização da efetividade do dano e a prova do fato.

Para que o dano moral se configure é necessária a ocorrência de apenas uma conduta violadora de direitos, diferente do assédio, o qual necessita, para sua configuração, de condutas violadoras contínuas e

reiteradas. Quanto à outra diferença, o entendimento jurisprudencial dominante acerca da prova do dano moral é o de que, não é necessário exigir da vítima a apresentação de prova. Além de também existir a espécie "*in re ipsa*", em que o dano se configura pelo próprio fato.

Sobre isso, leciona Roberto Lisboa:

A prova do dano moral decorre, destarte, da mera demonstração dos fatos (*damnum in re ipsa*). Basta a causação adequada, não sendo necessária a indagação acerca da intenção do agente, pois o dano existe no próprio fato violador. A presunção da existência do dano no próprio fato violador é absoluta (presunção *iure et de iure*), tornando-se prescindível a prova do dano moral.[\[133\]](#)

Em contrapartida, o assédio moral nunca pode ser presumido, o que exige do juiz atenção plena e um exame minucioso de cada caso.

[...] o juiz do trabalho deve ficar atento a exacerbadas suscetibilidades de pretensas vítimas de assédio, que, na verdade, participaram de simples discussão ou divergências de opinião em serviço, as quais até podem ter resultado num estado de tensão momentâneo, mas que não caracterizam o assunto em comento. O juiz deve ter certeza de que, no caso concreto, houve a continuidade e sistematização da conduta abusiva, os instrumentos utilizados pelo ofensor e a extensão dos efeitos provocados no ofendido, a fim de não se misturarem situações inconfundíveis.[\[134\]](#)

Assim, numa demanda em que o trabalhador afirma ter sido vítima de assédio moral, é dele única e exclusivamente o ônus de provar as condutas humilhantes e prolongadas do assediador em seu ambiente de trabalho, sob pena de ser julgada improcedente sua demanda.[\[135\]](#)

Sobre a dificuldade da vítima em apresentar provas da conduta abusiva, explica Fonseca:

[...] a tarefa mais difícil é identificar o assédio moral, por ser no mais das vezes uma forma sutil de degradação psicológica. A forma como os atos lesivos se expressam dificulta imensamente a sua percepção, muitas vezes restrita à vítima dos assaques. Referimo-nos com mais ênfase à comunicação não verbal, tão comum e de fácil negação em casos de reação (“você entendeu mal”, “foi só uma brincadeira”, “você está vendo/ouvindo coisas”, etc.). Conforme expressão de Thomas Hobbes, “o homem é o lobo do homem.”[136]

Na mesma linha, segue Perin:

Neste aspecto, a prova judicial acerca da prática do assédio moral é assunto que demanda bastante importância na seara do processo do trabalho, ante a dificuldade da vítima em provar sua existência, uma vez que, na maioria das vezes, a ocorrência do assédio se dá às escuras ou de forma camuflada. Árdua tarefa, portanto, é delegada ao trabalhador para que este prove, de forma inequívoca, que fora vítima de assédio moral.[137]

E, conclui ao dizer que:

Neste ínterim, numa demanda trabalhista na qual o trabalhador pretende a condenação da empresa a título de indenização de danos morais, em virtude do assédio moral, compete a ele o encargo de demonstrar as condutas que atentaram contra a sua dignidade. Isso ocorre porque, segundo a regra clássica de distribuição do ônus da prova prevista em nosso ordenamento jurídico (artigo 333 do CPC), o assédio moral é um fato constitutivo e compete ao autor a sua cabal demonstração, independentemente

da dificuldade que possa encontrar em demonstrar tais fatos em juízo.[\[138\]](#)

Em se tratando de assédio moral, do qual uma das consequências resultantes é o dano psicológico, Sonia Mascaro se posiciona ao defender a necessidade de prova pericial para que seja constatado a existência do dano. Vejamos:

A autora considera a necessidade para configuração do assédio moral, de prova técnica, e assevera ser necessária a prova produzida por perito da área médica, por meio de laudo médico, afirmando existir a doença advinda do trabalho, sob pena de restar em sua opinião, ausente seu pressuposto essencial.[\[139\]](#)

Alice Monteiro de Barros repudia tal posição e defende que para a configuração do assédio moral basta a existência de prova do fato, sendo assim, desnecessária a prova do dano:

[...] a ilustre Alice Monteiro de Barros manifesta a desnecessidade de prova pericial, e nos ensina que na sua visão o conceito de assédio moral, deve ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. E justifica ainda a doutrinadora, a que a exigência de elemento alusivo ao dano psíquico, traria como consequência a falta de punição às agressões que não tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa. Acrescenta a autora, que o terror psicológico, neste caso, se converteria em um ilícito sujeito à mente, e subjetividade do ofendido.[\[140\]](#)

Assim, concluímos que a apresentação de provas, pelo autor da demanda é indispensável, pois é por meio delas que o juiz concluirá se houve ou não conduta abusiva e aplicará, proporcionalmente (à conduta e ao dano), a pena de indenização ao assediador.

3.5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

É inquestionável que o valor das indenizações, tanto na seara trabalhista como em outros ramos da justiça, varia bastante e muitas vezes é irrisório se comparado ao dano sofrido pela vítima. Isso ocorre devido ao caráter subjetivo dos casos de assédio moral.

Importância faz-se mencionar que o Novo Código de Processo Civil mudou a regra da fixação do valor da indenização, ou seja, o valor, que antes podia ser arbitrado livremente pelo juiz, passou a integrar obrigatoriamente o valor da causa, com isso deve o autor determiná-lo na inicial, podendo o julgador corrigi-lo se assim julgar pertinente.

Contudo, de acordo com a Resolução nº 203/2016 do TST, tal regra não se aplica na seara trabalhista, vejamos:

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

[...]

IV - art. 292, V (valor pretendido na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral)[141]

Com isso, podemos dizer que o subjetivismo pleno continua pairando sobre os pedidos de indenização por assédio moral e dano moral advindos das relações de trabalho.

A respeito dos requisitos que o julgador deve levar em conta para a fixação do *quantum* indenizatório, nosso Egrégio Tribunal Superior do Trabalho tem o seguinte entendimento:

[TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 9419220125010060 \(TST\)](#)

Data de publicação: 18/11/2016

Ementa: ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZ

ATÓRIO. 1. Diante da ausência de critérios objetivos norteando a **fixação** do **quantum** devido a título de indenização por danos **morais**, cabe ao julgador arbitrá-lo de forma equitativa, pautando-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como pelas especificidades de cada caso concreto, tais como: a situação do ofendido, a extensão e gravidade do dano suportado e a capacidade econômica do ofensor. Tem-se, de outro lado, que o exame da prova produzida nos autos é atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, cujo pronunciamento, nesse aspecto, é soberano. Com efeito, a proximidade do julgador, em sede ordinária, com a realidade cotidiana em que contextualizada a controvérsia a ser dirimida habilita-o a equacionar o litígio com maior precisão, sobretudo no que diz respeito à aferição de elementos de fato sujeitos a avaliação subjetiva, necessária à estipulação do valor da indenização. Conclui-se, num tal contexto, que não cabe a esta instância superior, em regra, rever a valoração emanada das instâncias ordinárias em relação ao montante arbitrado a título de indenização por danos **morais**, para o que se faria necessário o reexame dos elementos de fato e das provas constantes dos autos. Excepcionam-se, todavia, de tal regra as hipóteses em que o **quantum indenizatório** se revele extremamente irrisório ou nitidamente exagerado, denotando manifesta inobservância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferível de plano, sem necessidade de incursão na prova. 2. No caso dos autos, o Tribunal Regional, ao reduzir o valor da indenização devida por danos **morais** de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), levou em consideração o dano sofrido pela reclamante -

assédio moral consistente em tratamento desmoralizante, humilhante e indigno a que era reiteradamente submetida a autora - e o caráter punitivo e pedagógico da indenização...(sem grifo no original)[142]

De acordo com Silvestrin, o Superior Tribunal de Justiça compartilha o mesmo entendimento:

A Jurisprudência do STJ tem se assentado no seguinte entendimento, unânime: "A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.[143]

Diante disso, entendemos que o julgador deve sempre se nortear pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, também deve levar em consideração todo o conjunto probatório, assim como a situação do ofendido, a extensão e gravidade do dano suportado e a capacidade econômica do ofensor. O valor a ser arbitrado deve ser suficiente para compensar a vítima pelo dano sofrido, inibir o autor à reincidência e servir de alerta (caráter pedagógico) à sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho, buscou-se estudar e conhecer melhor o fenômeno *mobbing*, prática perversa capaz de gerar consequências irreparáveis à vítima e ao ambiente laboral.

O assédio moral no ambiente de trabalho é tema de repercussão mundial, entretanto poucos são capazes de identificá-lo devido à falta de conhecimento sobre as peculiaridades desse fenômeno.

Geralmente, a vítima do *mobbing* se cala diante da pressão psicológica sofrida pelo agressor pelo fato da prática estar diretamente relacionada com o meio de sua subsistência, que é o seu trabalho. Assim, a vítima opta por não reclamar dentro da empresa e muito menos pedir ajuda fora dela, o que contribui para que esse fenômeno seja ignorado e subestimado.

O objetivo da presente pesquisa foi justamente o de apresentar à sociedade os aspectos que definem e individualizam o *mobbing*, a fim de torná-lo perceptível aos olhos de todos, facilitando, assim, o seu combate.

No decorrer do estudo, aprendemos que o assédio moral no trabalho existe desde o nascimento das primeiras relações trabalhistas, sendo que aqueles que detinham poder se colocavam acima de tudo e de todos, achando-se no direito de tratar com desprezo e até mesmo com perversidade os subordinados.

Heinz Leymann, psicólogo sueco, foi o primeiro a abordar profundamente o tema. E, no Brasil, essa prática desumana foi apresentada com a nomenclatura "assédio moral" apenas em 1998, pela psicóloga francesa Marie France Hirigoyen.

A pesquisa nos forneceu o conhecimento a respeito das peculiaridades que caracterizam e individualizam essa espécie de assédio moral, denominado *mobbing*.

Sobre as causas ensejadoras do assédio moral no trabalho, vimos que são imprevisíveis. Todavia, existem alguns fatores que contribuem para o aumento da prática como, por exemplo, as pressões que as empresas têm sofrido pelo processo de globalização. O que acaba gerando insegurança, medo e exigindo mais do trabalhador do ponto de vista psicológico, dando abertura a situações degradantes que refletem tanto no ambiente de trabalho como na vida pessoal das pessoas.

Foi possível concluir que, embora algumas características pessoais são capazes de ensejar mais facilmente o assédio, não há padrão específico ou perfis que definem os sujeitos do *mobbing*. Por se tratar de um ataque psicológico e moral, qualquer pessoa pode se tornar vítima ou agressor.

Vimos que, para a caracterização do *mobbing*, é necessária uma conduta abusiva constante por parte do agressor. Contudo, inevitavelmente, em todos os casos haverá a violação da dignidade e de direitos fundamentais da vítima. Por isso, tanto em um período longo quanto em um período curto a prática viola os direitos básicos do trabalhador e adoce sua capacidade psicológica, desencadeando, assim, diversas doenças (psicológicas e físicas) que podem até levar à morte.

Vimos, também, que a prática do *mobbing* pode ser confundida com o poder disciplinar do empregador e com a disputa entre empregados decorrente do anseio de um cargo melhor. Todavia, cada prática tem seu intuito, devendo, assim, cada caso ser verificado cuidadosamente, visto que há situações positivas necessárias para que haja motivação e empenho dentro da empresa. Já o *mobbing*, como situação negativa, corrompe o interior da vítima e degrada o ambiente de trabalho.

Em decorrência disso, a apresentação de provas pelo autor de um processo judicial é indispensável, pois é por meio delas que o juiz concluirá se houve ou não conduta abusiva caracterizadora do *mobbing*.

Constatamos que, mesmo com a ausência de uma lei específica em nosso Ordenamento Jurídico que verse sobre assédio moral, a jurisprudência pátria está consolidada no entendimento de que cabe punição ao autor do *mobbing* e compensação financeira proporcional à vítima. O embasamento jurídico tem sido, com base, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em conjunto com as normas do direito civil atinentes à responsabilidade civil, que estabelecem o dever de indenizar àquele que causar danos a outrem.

Sobre os requisitos que o julgador deve levar em conta para a fixação do *quantum* indenizatório, nosso Colendo Tribunal Superior do Trabalho entende que o julgador deve amparar-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como estudar minuciosamente as

especificidades de cada caso, tais como, a situação do ofendido, extensão e gravidade das consequências e a capacidade econômica do ofensor.

Outrossim, enseja à vítima três tipos de reparação, qual seja, a rescisão indireta do contrato de trabalho, recebendo o empregado suas verbas rescisórias como se tratasse de uma despedida sem justa causa; a indenização por danos morais, em decorrência da violação aos direitos da personalidade; e indenização por danos materiais, quando a violência moral resultar gastos financeiros para a vítima, como despesas com tratamentos médico, remédios, psicológicos, entre outros.

Podemos perceber também que, embora haja punição, entende-se que evitar a prática do *mobbing* é melhor que puni-lo, uma vez que a correção é muito mais dolorosa e árdua. Assim, se uma empresa é vigilante e severa com relação a essas práticas, o assédio moral não prospera, mesmo quando há um indivíduo particularmente perverso na empresa.

Para isso, pesquisadores nos revelam algumas medidas básicas, porém eficazes, na prevenção da prática, como: inserção de campanhas educativas por meio de palestras, folhetos e debates com o objetivo de informar, conscientizar e sensibilizar todos os trabalhadores acerca do problema; implementação de treinamentos aos ocupantes de cargos diretivos com o intuito de ensinar a reconhecer conflitos e tratá-los de forma precoce e eficiente.

Em síntese, aprendemos que o *mobbing* causa grave consequências para a vítima, pois afeta sua saúde psicológica e física, sua relação familiar, social e econômica.

Para a empresa, os danos podem ser irreparáveis, pois o empregador responde pelo prejuízo causado independentemente de culpa devido ao ônus do risco da atividade econômica e sofre com a degradação da imagem social da empresa e do ambiente de trabalho, gerando desmotivação dos funcionários, queda na produtividade e prejuízo financeiro.

Assim, concluímos que, por meio do conhecimento, é possível a prevenção de condutas abusivas que degradam a saúde do trabalhador e o ambiente de trabalho. Para tanto, torna-se imprescindível respeitar e preservar os direitos fundamentais de toda pessoa, dentre os quais o acesso ao trabalho digno.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, André Luiz Souza. **Assédio moral nas organizações: estudo de caso dos empregados demitidos e em litígio judicial trabalhista no Estado da Bahia**. (Mestrado em Administração Estratégica) – UNIFACS. Salvador, 2003. Disponível em: . Acesso em: 22 de jul. 2017.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na relação de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2010.

Assédio moral no trabalho. **O que é assédio moral**. Disponível em: . Acesso em: 11 de jul. 2017.

BARROS, Alice Monteiro. **Assédio moral. Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário**. São Paulo, 2004.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho decente: dignidade e sustentabilidade. *In*: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2008, p. 463.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 29 de jul. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: . Acesso em: 12 de jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.948**, de 16 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11948.htm>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 3921**, de 23 de agosto de 2002. Lei contra assédio moral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: . Acesso em 11 de jul. 2017.

BRASIL. **Resolução nº 203**, de 15 de março de 2016. Disponível em: . Acesso em: 02 de ago. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento (AIRR 9419220125010060)**. Interposição contra sentença que nega seguimento ao recurso de revista. Agravante: Companhia Municipal de Limpeza Urbana – COMLURB. Agravada: Martha de Oliveira Carvalho. Relator: Marcelo Lamego Pertence. Brasília, 16 de novembro de 2016.

CONSTANTINO, Tânia Cristina Letras. **Assédio moral**. (Dissertação de Mestrado em segurança e higiene no trabalho) - Instituto Politécnico de Setúbal, 2010. Disponível em: . Acesso em: 26 de jul. 2017.

Dano Moral nas Relações de Emprego. Disponível em: . Acesso em: 22 de jul. 2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: . Acesso em: 30 de jun. 2017.

Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Disponível em: . Acesso em: 17 de ago. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar. perguntas & respostas**. Porto Alegre: Artmed, 2008.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. **70 anos da CLT**. Revista do Advogado AASP, nº 121, 2013.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2010.

FONSECA, Rodrigo Dias da. **Assédio moral - breves notas**. Revista LTr. São Paulo, 2007.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **A Constitucionalização do Direito do Trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito a dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito do Trabalho, v. 58: São Paulo, 2007.

GUEDES, Márcia Novaes. **Assédio Moral e Responsabilidade das Organizações com os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores**. (Concurso de Monografias da Amatra II). Disponível em: . Acesso em: 17 de jul. 2017.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

GUIMARÃES, Liliana Adolpho; VASCONCELOS, Eveli Freire **Mobbing (Assédio Psicológico - Moral) no Ambiente de Trabalho: uma Visão Crítica Contemporânea**. Revista Psicologia e Saúde, v. 4, 2012.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

HIRIGOYEN, Marie France. **I Seminário Internacional sobre Assédio Moral no Trabalho**. Acesso em: . Acesso em: 17 de jul. 2017.

História no Brasil. **Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: . Acesso em 05 de jul. 2017.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEYMANN, Heinz. **The Mobbing Encyclopedia**. Disponível em: . Acesso em: 10 de jul. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Heloisa Cristina Narciso. **O assédio moral no ambiente do trabalho e o ônus probandi**. Disponível em: . Acesso em: 27 de jul. 2017.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OIT. Documento GB280/WP/SDF/1, de março de 2001. Disponível em: . Acesso em: 28 de jul. 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

Organización Mundial de la Salud (OMS). **Sensibilización sobre el acoso psicológico en el trabajo. Serie Protección de la salud de los trabajadores**. N.04, Geneva, 2004.

PADILHA, Simone Rosa. **Assédio moral no trabalho**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4130545/assedio-moral-no-trabalho>>. Acesso em: 25 de jul. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre moral na relação de emprego**. Disponível em: . Acesso em: 13 de jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz. **Direitos Humanos e Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar**. São Paulo: LTr, 2008.

PIERIN, Juliana Resun. **O Assédio Moral nas Relações de Trabalho e sua Prova em Juízo**. Disponível em: . Acesso em: 27 de jul. 2017.

PINTO, Rafael Morais Carvalho. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Política Empresarial de Metas**. (Dissertação de Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 de jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVESTRIN, Gisela Andréia. **O dano moral no Direito do Trabalho**. Disponível em: . Acesso em: 28 de jul. 2017.

SOUZA, Jorge Dias. **As Chefias Avassaladoras: a face oculta da tirania e do assédio moral nas empresas e o que fazer para acabar com essa prática devastadora**. São Paulo: Novo Século, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O Assédio Moral no Trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valorização do dano e sua prevenção**. São Paulo: Ltr, 2009.

NOTAS:

[1] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

[2] Idem. Ibidem, p. 4.

[3] Idem. Ibidem, p. 6.

[4] Idem. Ibidem, p. 6.

[5] Idem. Ibidem, p. 6.

[6] Idem. Ibidem, p. 6-7.

[7] Idem. Ibidem, p. 8.

[8] DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

[9] MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2002.

[10] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2008, p. 463.

[11] Idem. Ibidem, p. 563.

[12] Idem. Ibidem, p. 564.

[13] Idem. Ibidem, p. 569.

[14] Idem. Ibidem, p. 571.

[15] Idem. Ibidem, p. 571.

[16] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

[17] Idem. Ibidem, p. 12.

[18] MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

[19] Idem. Ibidem, p. 47.

[20] Idem. Ibidem, p. 47.

[21] PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz. **Direitos Humanos e Direito do trabalho.**

São Paulo: Atlas, 2010.

[22] JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e**

Legislação Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 151.

[23] PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz. **Direitos Humanos e Direito do trabalho.**

São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

[24] **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em:

. Acesso em: 05 de jul. 2017

[25] PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz. **Direitos Humanos e Direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 40.

[26] Idem. Ibidem, p. 40.

[27] Idem. Ibidem, p. 40-41.

[28] GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **A Constitucionalização do Direito do Trabalho:**

interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito a dignidade da pessoa humana. Revista de Direito do Trabalho, v. 58: São Paulo, 2007, p. 20.

[29] Idem. Ibidem, p. 32.

[30] PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz. **Direitos Humanos e Direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 38.

[31] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na**

Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64-65.

[32] PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz. **Direitos Humanos e Direito do trabalho.**

São Paulo: Atlas, 2010, p. 42.

[33] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 64.

[34] Idem. Ibidem, p. 66.

[35] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 177.

[36] Idem. Ibidem, p. 177.

[37] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 72.

[38] Idem. Ibidem, p. 72.

[39] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 184.

[40] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 73.

[41] Idem. Ibidem, p. 73.

[42] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 187.

[43] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74.

[44] Idem. Ibidem, p. 75.

[45] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 193.

[46] Idem. Ibidem, p. 193.

[47] Idem. Ibidem, p. 193-194.

[48] Idem. Ibidem, p. 194

[49] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75.

[50] Idem. Ibidem, p. 75.

[51] História no Brasil. **Organização Internacional do Trabalho**.

Disponível em: . Acesso em 05 de jul. 2017.

[52] GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 11.

[53] PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1965, p. 17-19.

[54] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p.17.

[55] GUNTHER, Luiz Eduardo. Op. cit., p.57.

[56] Idem. Ibidem, p. 93.

[57] BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho decente: dignidade e sustentabilidade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 167.

[58] OIT. Documento GB280/WP/SDF/1, de março de 2001. Disponível em: Acesso em: 28 de jul. 2017.

[59] GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 71.

[60] Idem. Ibidem, p. 71.

[61] Idem. Ibidem, p. 71.

[62] Idem. Ibidem.

[63] **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** Disponível em: Acesso em: 17 de ago. 2017.

[64] FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho.** Campinas: Russel, 2010, p.57.

[65] FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas & respostas.** Porto Alegre: Artmed, 2008, p.76.

[66] GUIMARÃES, Liliana Adolpho; VASCONCELOS, Eveli Freire. **Mobbing (Assédio Psicológico-Moral) no Ambiente de Trabalho: uma Visão Crítica Contemporânea.** Revista Psicologia e Saúde, v. 4, 2012.

[67] Idem. Ibidem, p. 88.

[68] LEYMANN, Heinz. **The Mobbing Encyclopedia.** Disponível em: . Acesso em: 10 de jul. 2017.

[69] AGUIAR, André Luiz Souza. **Assédio moral nas organizações: estudo de caso dos empregados demitidos e em litígio judicial trabalhista no Estado da Bahia.** (Mestrado em Administração Estratégica) – UNIFACS. Salvador, 2003. Disponível em: (http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/AGUIAR_A.L.S_Assedio_moral_nas_organizacoes.pdf). Acesso em: 22 de jul. 2017.

[70] Ibidem. Acesso em: 22 jul. 2017.

[71] Assédio moral no trabalho. **O que é assédio moral.** Disponível em: . Acesso em: 11 de jul. 2017.

[72] Ibidem. Acesso em: 11 de jul. 2017.

[73] BRASIL. **Lei nº 3921**, de 23 de agosto de 2002. Lei contra assédio moral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: . Acesso em 11 de jul. 2017.

[74] Ibidem. Acesso em 11 de jul. 2017.

[75] PADILHA, Simone Rosa. **Assédio moral no trabalho.** Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4130545/assedio-moral-no-trabalho>>. Acesso em: 25 de jul. 2017.

[76] LEYMANN, Heinz. **The Mobbing Encyclopedia**. Disponível em: <<http://www.mobbingportal.com/leymanh.html>>. Acesso em: 11 de jul. 2017.

[77] NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio moral**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14.

[78] FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2010, p. 42.

[79] NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Op. cit., p. 14-15.

[80] GUIMARÃES, Liliana Adolpho; VASCONCELOS, Eveli Freire **Mobbing (Assédio Psicológico-Moral) no Ambiente de Trabalho: uma Visão Crítica Contemporânea**. Revista Psicologia e Saúde, v. 4, 2012.

[81] Idem. Ibidem, p. 90.

[82] Idem. Ibidem, p. 90.

[83] HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

[84] GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

[85] BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 12 de jul. 2017.

[86] HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

[87] Idem. Ibidem.

[88] ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na relação de trabalho**. Curitiba: Jaruá, 2010.

[89] HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

[90] FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2010, p. 65.

[91] SOUZA, Jorge Dias. **As Chefias Avassaladoras: a face oculta da tirania e do assédio moral nas empresas e o que fazer para acabar com essa prática devastadora**. São Paulo: Novo Século, 2009.

[92] HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

[93] Idem. Ibidem.

[94] FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2010, p. 54

[95] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre moral na relação de emprego**. Disponível em: . Acesso em: 13 de jul. 2017.

[96] FELKER, Reginald Delmar Hintz. **70 anos da CLT**. Revista do Advogado AASP, nº 121, 2013.

[97] HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

[98] PRATA, Marcelo Rodrigues. **Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar**. São Paulo: LTr, 2008.

[99] BARROS, Alice Monteiro. **Assédio moral. Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário**. São Paulo, 2004.

[100] FELKER, Reginald Delmar Hintz. **70 anos da CLT**. Revista do Advogado AASP, nº 121, 2013.

[101] HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

[102] Idem. Ibidem.

[103] Idem. Ibidem.

[104] GUEDES, Márcia Novaes. - **Assédio Moral e Responsabilidade das Organizações com os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores**.

(Concurso de Monografias da Amatra II). Disponível em: . Acesso em: 17 de jul. 2017.

[105] PADILHA, Simone Rosa. **Assédio moral no trabalho**. Disponível em:

<<https://www.passeidireto.com/arquivo/4130545/assedio-moral-no-trabalho>>. Acesso em: 27 de jul. 2017.

[106] Idem. Ibidem. Acesso em: 27 de jul. 2017.

[107] TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O Assédio Moral no Trabalho: conceito, causas e efeitos,**

liderança versus assédio, valorização do dano e sua prevenção. São Paulo: Ltr, 2009, p.22.

[108] ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2008.

[109] GUIMARÃES, Liliana Adolpho; VASCONCELOS, Eveli Freire. **Mobbing (Assédio Psicológico- Moral) no Ambiente de Trabalho: uma Visão Crítica Contemporânea**. Revista Psicologia e Saúde, v. 4, 2012, p. 89.

[110] Organización Mundial de la Salud (OMS). **Sensibilización sobre el acoso psicológico en el trabajo. Serie Protección de la salud de los trabajadores**. N.04, Geneva, 2004.

[111] Ibidem.

[112] Ibidem.

[113] BARROS, Alice Monteiro. **Assédio moral. Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário**. São Paulo: 2004.

[114] HIRIGOYEN, Marie France. **I Seminário Internacional sobre Assédio Moral no Trabalho**. Acesso em: e214>. Acesso em: 17 de jul. 2017.

[115] GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

[116] PINTO, Rafael Morais Carvalho. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Política**

Empresarial de Metas. (Dissertação de Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PintoRMC_1.pdf>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

[117] GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **A Constitucionalização do Direito do Trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito a dignidade da pessoa humana.** Revista de Direito do Trabalho, v. 58: São Paulo, 2007, p. 33.

[118] BRASIL. **Lei n 11.948**, de 16 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11948.htm>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

[119] GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **A Constitucionalização do Direito do Trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito a dignidade da pessoa humana.** Revista de Direito do Trabalho, v. 58: São Paulo, 2007, p. 30.

[120] Idem. Ibidem, p. 31.

[121] HIRIGOYEN, Marie France. **I Seminário Internacional sobre Assédio Moral no Trabalho.** Acesso em: . Acesso em: 17 de jul. 2017.

[122] GUIMARÃES, Liliana Adolpho; VASCONCELOS, Eveli Freire. **Mobbing (Assédio Psicológico- Moral) no Ambiente de Trabalho: uma Visão Crítica Contemporânea.** Revista Psicologia e Saúde, v. 4, 2012, p. 91.

[123] PINTO, Rafael Morais Carvalho. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Política Empresarial de Metas.** (Dissertação de Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PintoRMC_1.pdf>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

[124] GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho.** São Paulo: LTr, 2008.

[125] HIRIGOYEN, Marie France. **Mal-Estar no Trabalho: Redefinido o Assédio Moral.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

[126] GUIMARÃES, Liliana Adolpho; VASCONCELOS, Eveli Freire. **Mobbing (Assédio Psicológico-Moral) no Ambiente de Trabalho: uma Visão Crítica Contemporânea**. Revista Psicologia e Saúde, v. 4, 2012, p. 91.

[127] HIRIGOYEN, Marie France. **I Seminário Internacional sobre Assédio Moral no Trabalho**. Acesso em: . Acesso em: 17 de jul. 2017.

[128] Idem. Ibidem.

[129] CONSTANTINO, Tânia Cristina Letras. **Assédio moral**. (Dissertação de Mestrado em segurança e higiene no trabalho) - Instituto Politécnico de Setúbal, 2010. Disponível em: . Acesso em: 26 de jul. 2017.

[130] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 29 de jul. 2017.

[131] **Dano Moral nas Relações de Emprego**. Disponível em:

[132] Ibidem. Acesso em: 27 de jul. 2017.

[133] LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 2009, p. 251.

[134] PIERIN, Juliana Resun. **O Assédio Moral nas Relações de Trabalho e sua Prova em Juízo**. Disponível em: . Acesso em: 27 de jul. 2017.

[135] Idem. Ibidem. Acesso em: 27 de jul. 2017.

[136] FONSECA, Rodrigo Dias da. **Assédio moral - breves notas**. Revista LTr. São Paulo, 2007.

[137] PIERIN, Juliana Resun. Op. cit. Acesso em: 27 de jul. 2017.

[138] Idem. Ibidem. Acesso em: 27 de jul. 2017.

[139] NASCIMENTO, Sônia Mascaró. **Assédio moral**. São Paulo: Saraiva, 2011.

[140] BARROS, Alice Monteiro. **Assédio moral. Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário**. São Paulo, 2004.

[141] BRASIL. **Resolução nº 203**, de 15 de março de 2016. Disponível em: . Acesso em: 02 de ago. 2017.

[142] BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento (AIRR 9419220125010060)**. Interposição contra sentença que nega seguimento ao recurso de revista. Agravante: Companhia Municipal de Limpeza Urbana – COMLURB. Agravada: Martha de Oliveira Carvalho. Relator: Marcelo Lamego Pertence. Brasília, 16 de novembro de 2016.

[143] SILVESTRIN, Gisela Andréia. **O dano moral no Direito do Trabalho**. Disponível em: . Acesso em: 28 de jul. 2017.

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar, de maneira não exaustiva, o instituto das licitações e contratos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu procedimento.

Palavras-chave: Licitações. Procedimento licitatório. Contratos administrativos.

Abstract: The purpose of this article is to analyze, in a non-exhaustive way, the biddings and administrative contracts institute in the Brazilian legal system, as well as its procedure.

Keywords: Tenders. Bidding procedure. Administrative contracts.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo analizar, de manera no exhaustiva, el instituto de las licitaciones y contratos administrativos en el ordenamiento jurídico brasileño, así como su procedimiento.

Palabras clave: Licitaciones. Procedimiento licitatorio. Contratos administrativos.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Licitação é o instrumento administrativo pelo qual as entidades da Administração Pública, nos casos de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, escolhem a proposta mais vantajosa.

Princípios: legalidade: todos os procedimentos devem ser feitos conforme as regras definidas em lei; impessoalidade: o administrador jamais pode escolher uma proposta com discricionariedade, baseado em suas preferências pessoais; moralidade e probidade: a conduta dos agentes

públicos e licitantes deve ser baseada na ética, compatível com os bons costumes; Igualdade: todos os licitantes devem receber igual tratamento; publicidade: todos os atos do procedimento da licitação devem ser públicos, exceto no caso do conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; vinculação ao instrumento convocatório: a Administração fica estritamente vinculada ao edital de convocação da licitação; julgamento objetivo: o administrador deve utilizar apenas os critérios específicos definidos no edital, afastando qualquer possibilidade de subjetividade na análise da melhor proposta; adjudicação compulsória: a Administração é obrigada a adjudicar, isto é, atribuir o objeto da licitação ao vencedor da mesma. Isso não significa que o Estado tem a obrigação de celebrar o contrato, mas, caso realmente dê prosseguimento ao processo, deve celebrar somente com o vencedor. Tal princípio também proíbe a Administração de realizar novas licitações enquanto estiver válida a adjudicação anterior.

Todos os entes federativos, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, são obrigados a licitar. Porém cada um possui sua própria competência para legislar, decorrente de sua autonomia política e administrativa. O governo é composto atualmente por 26 Estados (Unidades Federativas), 01 Distrito Federal e 5.565 Municípios e divididos da seguinte forma: Governo Federal, Governos Estaduais, Governos Municipais, Sociedades de Economia Mista, Fundações, Autarquias, Empresas Estatais e demais entidades vinculadas ao governo. Todo o ano, esta estrutura governamental, conforme acompanhamento das licitações geradas pelos informativos do Licitacao.Net, compram em torno de 120 bilhões de Reais. O Governo, é sem dúvidas o maior comprador do Brasil.

Tipos: menor preço; melhor técnica; técnica e preço e maior lance ou oferta.

Modalidades: convite: destinado a contratos de pequeno valor (até R\$150 mil – obras de engenharia – e R\$80 mil – outros). Não há edital, mas sim uma carta-convite, na qual a Administração convida 3 participantes, no mínimo, para participarem do procedimento licitatório. Neste caso, a lei não exige publicação do instrumento convocatório no Diário Oficial, mas sim a fixação de uma cópia do mesmo em lugar apropriado, permitindo que demais interessados também possam participar; tomada de preços:

destinado a contratos de médio valor (até R\$1,5 milhão – obras de engenharia – e R\$650 mil – outros). Participam todos os interessados previamente cadastrados ou aqueles que apresentarem os documentos exigidos para a qualificação 3 dias antes da abertura das propostas; concorrência pública: destinado a contratos de grande valor (maior que R\$1,5 milhão – obras de engenharia – e mais que R\$650 mil – demais obras). Suas principais características são a complexidade e a existência de uma fase de habilitação preliminar.

Na Concorrência ocorre uma preliminar habilitação dos interessados (Abertura da Licitação/Habilitação). Na Tomada de Preços a habilitação ocorre antes mesmo da abertura da licitação (Habilitação/Inclusão no cadastro da Administração/Abertura de Licitação).

O administrador pode usar uma modalidade mais complexa para um caso que necessite modalidade mais simples, mas não pode fazer o contrário. Ex: Usar Concorrência ou Tomada de Preços para casos que poderia fazer uso do Convite: permitido; usar Convite ou Tomada de Preços para casos que teria que fazer uso da Concorrência: não permitido.

Leilão: modalidade usada para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração e produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento;

Concurso: destinado escolher trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. Seu edital deve ser publicado com a antecedência mínima de 45 dias;

Pregão: é destinado à aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor; a disputa é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Trata-se de uma modalidade mais simples e célere, onde apenas o fator preço é levado em conta.

Como critério de desempate, dá-se preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Inexigibilidade: é quando não há a possibilidade de se realizar a licitação, isto é, o objeto é tão singular que se torna materialmente impossível realizar um procedimento licitatório. Exemplos: fornecedores exclusivos; serviços técnicos singulares; contratação de artistas consagrados pela crítica ou público.

O rol da inexigibilidade é apenas exemplificativo, ou seja, pode haver outros exemplos e situações. É proibida a alegação de inexigibilidade para a contratação de serviços de publicidade.

Dispensa: é quando até existe a possibilidade jurídica de se realizar o procedimento licitatório, no entanto a lei autoriza o administrador a não o realizar, haja vista a existência de situações específicas definidas em lei. Alguns exemplos: obras e serviços de engenharia que custam menos que R\$15 mil; outros serviços que custam menos que R\$8 mil; casos de guerra e grave perturbação da ordem; casos de emergência e calamidade pública; para intervir no domínio econômico, regular preços ou normalizar o abastecimento e quando não houver interessados na licitação (deserta) e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração.

Existem várias outras hipóteses de dispensa de licitação (art. 24 da lei 8.666). É importante saber que este rol é taxativo, ou seja, o legislador apontou todas as situações de dispensa de forma exaustiva, não havendo possibilidade de existência de nenhuma hipótese além daquelas definidas em lei.

Contrato: é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos.

Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

Características: consensual: acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração; formal: expressado por escrito e com requisitos especiais; oneroso: remunerado na forma convencionada;

comutativo: porque estabelece compensações recíprocas; intuito personae: deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência de ajuste.

Modalidades de contratos administrativos: 1. **CONTRATO DE OBRA PÚBLICA:** Trata-se do ajuste levado a efeito pela Administração Pública com um particular, que tem por objeto A CONSTRUÇÃO, A REFORMA OU AMPLIAÇÃO DE CERTA OBRA PÚBLICA. Tais contratos só podem ser realizados com profissionais ou empresa de engenharia, registrados no CREA. Pela EMPREITADA, atribui-se ao particular a execução da obra mediante remuneração previamente ajustada. Pela Tarefa, outorga-se ao particular contratante a execução de pequenas obras ou parte de obra maior, mediante remuneração por preço certo, global ou unitário; 2. **CONTRATO DE SERVIÇO:** Trata-se de acordo celebrado pela Administração Pública com certo particular. São serviços de demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, etc. Não podemos confundir contrato de serviço com contrato de concessão de serviço. No Contrato de Serviço a Administração recebe o serviço. Já na Concessão, presta o serviço ao Administrado por intermédio de outrem; 3. **CONTRATO DE FORNECIMENTO:** É o acordo através do qual a Administração Pública adquire, por compra, coisas móveis de certo particular, com quem celebra o ajuste. Tais bens destinam-se à realização de obras e manutenção de serviços públicos. Ex. materiais de consumo, produtos industrializados, gêneros alimentícios, etc; 4. **CONTRATO DE GESTÃO:** é o ajuste celebrado pelo Poder Público com órgão ou entidade da Administração Direta, Indireta e entidades privadas qualificadas como ONGs e 5. **CONTRATO DE CONCESSÃO:** Trata-se de ajuste, oneroso ou gratuito, efetivado sob condição pela Administração Pública, chamada CONCEDENTE, com certo particular, o CONCESSIONÁRIO, visando transferir o uso de determinado bem público. É contrato precedido de autorização legislativa.

2 Desenvolvimento

A licitação é o procedimento obrigatório a ser utilizado pela Administração Pública para realizar suas contratações, sejam as aquisições de bens e serviços ou as alienações. É regida principalmente pela Lei Federal

nº8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei Federal nº 10.520/02 (Lei do Pregão). Licitação é o procedimento administrativo formal para contratação de serviços ou aquisição de produtos pelos entes da Administração Pública direta ou indireta. No Brasil, para licitações por entidades que façam uso da verba pública, o processo é regulado pelas leis 8.666/93 e 10.520/02.

Cumpra destacar que Marçal Justen Filho rejeita a tese da “supremacia” do interesse público destacando que o único valor supremo é a dignidade humana, que é o núcleo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. A expressão “interesse público” não possui conteúdo próprio, específico e determinado. O interesse Público costuma ser invocado para satisfação dos interesses escolhidos pelo próprio governante, o que não encontra respaldo com a ordem jurídico-constitucional em vigor. Em hipótese alguma o “interesse público” autoriza ignorar ou violar direitos fundamentais garantidos pela constituição.^[1]

É um processo administrativo, isonômico, na qual a administração seleciona a proposta mais vantajosa, menos onerosa e com melhor qualidade possível, para a contratação de uma obra, de um serviço, da compra de um produto, locação ou alienação. Licitação é o processo administrativo responsável pela escolha da empresa apta a ser contratada pela administração pública para o fornecimento de seus produtos e / ou serviços. Princípio da Impessoalidade: utilizado para evitar subjetivismos durante o processo de licitação.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a licitação pode ser definida como um procedimento administrativo através do qual um ente público, fazendo-se valer do seu exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se enquadrem nas condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de oferecerem propostas dentre as quais será selecionada e aceita a mais conveniente para a celebração do contrato.^[2]

A licitação é obrigatória para toda Administração Pública e deve seguir vários princípios, conforme preconizado no art. 37 caput e inciso XXI da Constituição Federal:

“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:[...]

XXI- Ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

As licitações serão efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado. Poderão se habilitar a licitação, interessados residentes ou sediados em outros locais. Dos Avisos e Editais da Modalidade de Concorrência. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

- a) no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;
- b) no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;
- c) em jornal diário de grande circulação no Estado e, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

O aviso publicado conterà a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

Prazo para recebimento das propostas para Licitação. O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será de:

- 45 (quarenta e cinco dias) para a modalidade de licitação concurso e para a modalidade de licitação a concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
- 30 (trinta dias) para a modalidade de licitação concorrência, nos casos não especificados da modalidade de licitação concurso, e da modalidade de licitação concorrência em relação ao contrato celebrado for no regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço".
- 30 (trinta dias) para a modalidade de licitação tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
- 15 (quinze dias) para a modalidade de licitação tomada de preços, sem abranger o tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço, ou leilão;
- 5 (cinco dias) úteis a modalidade de licitação convite;

Contagem dos Prazos para apresentação das propostas. Os prazos serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo à data que ocorrer mais tarde.

Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Cada uma das modalidades de licitação tem características específicas. Cinco delas foram descritas pela lei de licitações, a 8.666, em 1993. São elas:

Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão. O Pregão veio depois, em 2002, por meio da lei 10.520.

O primeiro critério para escolher qual modalidade será usada em uma compra pública é o valor da transação. Em segundo lugar, considera-se as características do objeto. Ou seja, o tipo de produto ou serviço será adquirido pela administração pública.

Modalidades de licitação e suas particularidades: concorrência, essa é a primeira modalidade de licitação citada na lei 8.666. Ela pode ser utilizada para compras de qualquer valor. Mas algumas contratações exigem o uso dessa modalidade. É o caso de obras e serviços de engenharia, em contratos de acima de R\$1,5 milhão e licitações gerais, com valor acima de R\$650 mil. É utilizada também para compra e alienação de bens públicos. Os editais da Concorrência são de ampla participação. No entanto, definem regras bastante exigentes para a participação, o que elimina muitos concorrentes na etapa de habilitação; tomada de preços, a tomada de preços é uma modalidade de licitação que exige o cadastro prévio dos concorrentes. A partir desse cadastro e após análise dos documentos apresentados, é emitido um certificado. É esse certificado que permite a participação de uma empresa na tomada de preços. Essa modalidade pode ser utilizada para contratos de até R\$ 1.5 milhão, no caso de obras e serviços de engenharia. E para os demais casos, no limite de até R\$ 650 mil; convite ou carta-convite, o convite, ou carta-convite é uma modalidade de licitação para contratos de menor valor. Atende compras com valor até R\$150 mil para obras e serviços de engenharia e até R\$80 mil para outras contratações. É uma modalidade bastante simples. Costuma ser utilizada apenas para compras de valores pequenos e que precisam ser feitas com rapidez. Nesse caso, pelo menos três empresas são convidadas, para participar do certame; leilão, essa modalidade de licitação é utilizada para alienar bens móveis, quando estão inservíveis, apreendidos ou penhorados judicialmente. E bens imóveis de credores de órgãos públicos, doados para pagamento de dívida ou adquiridos em processos judiciais. No Leilão, ganha quem der o maior lance e os critérios são definidos no edital; concurso, diferente do concurso para provimento de cargos no setor público, a modalidade concurso serve para destacar talentos. O concurso é utilizado para a seleção e premiação de trabalhos de cunho técnico,

científico ou artístico. Os critérios dessa licitação são definidos pelo edital. O objetivo é incentivar atividades ligadas à ciência, arte ou tecnologia e pregão, essa modalidade de licitação serve para aquisição de bens e de serviços comuns. Instituída em 2002, veio para simplificar os procedimentos já existentes neste segmento. O pregão garante mais celeridade aos processos de licitação. Nele, não há limites para os valores e a disputa é realizada em sessão pública. A partir de lances é definido o menor preço. As próximas fases, também em sessão pública, contemplam a classificação e a habilitação dos interessados.

De modo geral, o edital em uma licitação pública serve para identificar tudo o que será necessário para a realização do projeto, de modo que os concorrentes possam avaliar sua capacidade de fornecer os serviços a serem contratados. Por isso, esse é um dos itens sobre os quais se devem ficar atento. O edital de licitação pública, portanto, serve para garantir que as empresas tenham conhecimento prévio de tudo o que será necessário, evitando que a Administração habilite uma empresa que não será capaz de cumprir com o proposto. A concorrência também se torna mais justa, já que todas as empresas possuem acesso às mesmas informações e podem se preparar da mesma maneira. De modo geral, o edital de licitação pública funciona como um documento para estabelecer quais serão as regras de cada licitação. O edital de licitação pública é o documento que funciona como lei interna e que rege todas as condições necessárias à concorrência e realização da licitação. Sua importância reside no fato de que é ele o responsável por estabelecer quais serão as regras, além de garantir o cumprimento posterior do processo.

Na realidade o registro de preços é um PROCEDIMENTO especial de licitação que se efetiva utilizando-se as modalidades de licitações de Concorrência Pública e Pregão (eletrônico ou presencial), o qual seleciona a proposta mais vantajosa com observância fiel do princípio da isonomia, pois sua compra é projetada para uma futura contratação. A Administração Pública firma um compromisso por meio de uma ATA DE REGISTRO DE PREÇOS, onde se precisar de determinado produto registrado, o Licitante Vencedor estará obrigado ao fornecimento dentro do prazo de validade da referida ATA. O prazo de validade da Ata de Registro de Preço não poderá

ser superior a um ano, computadas neste as eventuais prorrogações. Regulamentado pelo Decreto Nº 3.931, de 19 de setembro de 2001.

Os preços registrados poderão ter uma validade de 6 ou 12 meses período no qual, os respectivos produtos ou serviços poderão ser adquiridos ou contratados pelos órgãos públicos gerenciadores e os órgãos participantes do SRP. Outros órgãos públicos também podem "pegar carona" nestes preços, bastando para isso, pertencer a mesma esfera administrativa.

A Administração também se cuidou de quebrar a rigidez do processo licitatório para casos especiais de compra sem desrespeitar os princípios de moralidade e da isonomia. A contratação por meio da dispensa de licitação deve limitar-se a aquisição de bens e serviços indispensáveis ao atendimento da situação de emergência e não qualquer bem ou qualquer prazo.

A licitação é dispensável quando:

Em situações de emergência: exemplos de Casos de guerra; grave perturbação da ordem; calamidade pública, obras para evitar desabamentos, quebras de barreiras, fornecimento de energia.

Por motivo de licitação frustrada por fraude ou abuso de poder econômico: preços superfaturados, neste caso pode-se aplicar o artigo 48 parágrafo 3º da Lei 8666/93 para conceder prazo para readaptação das propostas nos termos do edital de licitação.

Intervenção no Domínio Econômico: exemplos de congelamento de preços ou tabelamento de preços.

Dispensa para contratar com Entidades da Administração Pública: Somente poderá ocorrer se não houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou oferecer os mesmos bens ou serviços. Exemplos de Imprensa Oficial, processamento de dados, recrutamento, seleção e treinamento de servidores civis da administração.

Contratação de Pequeno Valor: Materiais, produtos, serviços, obras de pequeno valor, que não ultrapassem o valor estimado por lei para esta modalidade de licitação.

Dispensa para complementação de contratos: Materiais, produtos, serviços, obras no caso de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

Ausência de Interessados: Quando não tiver interessados pelo objeto da licitação, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas em edital.

Comprometimento da Segurança Nacional: Quando o Presidente da República, diante de um caso concreto, depois de ouvido o Conselho de Defesa Nacional, determine a contratação com o descarte da licitação.

Imóvel destinado a Administração: Para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia. Deverá a Administração formalizar a locação se for de ordem temporária ou comprá-lo se for de ordem definitiva.

Gêneros Perecíveis: Compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis durante o tempo necessário para a realização do processo licitatório correspondente.

Ensino, pesquisa e recuperação social do preso: Na contratação de instituição brasileira dedicada a recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos na aplicação de suas funções.

Acordo Internacional: Somente para aquisição de bens quando comprovado que as condições ofertadas são vantajosas para o poder público.

Obras de Arte e Objetos Históricos: Somente se justifica a aplicação da dispensa de licitação se a finalidade de resgatar a peça ou restaurar for de importância para a composição do acervo histórico e artístico nacional.

Aquisição de Componentes em Garantia: Caso a aquisição do componente ou material seja necessário para manutenção de equipamentos durante o período de garantia. Deverá a Administração comprá-lo do fornecedor original deste equipamento, quando a condição de exclusividade for indispensável para a vigência do prazo de garantia.

Abastecimento em Trânsito: Para abastecimento de embarcações, navios, tropas e seus meios de deslocamento quando em eventual curta duração, por motivo de movimentação operacional e for comprovado que compromete a normalidade os propósitos da operação, desde que o valor não exceda ao limite previsto para dispensa de licitação.

Compra de materiais de uso pelas forças armadas: Sujeito à verificação conforme material, ressaltando que as compras de material de uso pessoal e administrativo sujeitam-se ao regular certame licitatório.

Associação de portadores de deficiência física: A contratação desta associação deverá seguir as seguintes exigências: Não poderá ter fins lucrativos; comprovar idoneidade, preço compatível com o mercado.

José dos Santos de Carvalho Filho alerta que na Lei de Licitações foram determinadas algumas vedações aos Estados, Distrito Federal e Municípios em todo o procedimento administrativo, destacando-se entre elas, a que proíbe a ampliação dos casos de dispensa e inexigibilidade e a ampliação dos limites de valor para cada modalidade de licitação. Também tratou a lei de vedar redução dos prazos de publicidade e dos recursos.^[3]

Na inexigibilidade, a contratação se dá em razão da inviabilidade da competição ou da desnecessidade do procedimento licitatório. Na inexigibilidade, as hipóteses do artigo 25 da Lei 8666 de 1993, autorizam o administrador público, após comprovada a inviabilidade ou desnecessidade de licitação, contratar diretamente o fornecimento do produto ou a execução dos serviços. É importante observar que o rol descrito neste

artigo, não abrange todas as hipóteses de inexigibilidade. A licitação poderá ser inexigível quando:

Fornecedor Exclusivo: Exclusividade Comercial: somente um representante ou comerciante tem o bem a ser adquirido, um grande exemplo disto seria medicamentos; **exclusividade industrial:** somente quando um produtor ou indústria se acha em condições materiais e legais de produzir o bem e fornecê-los a Administração. Aplica-se a inexigibilidade quando comprovada por meio de fornecimento de Atestado de Exclusividade de venda ou fabricação emitido pelo órgão de registro do comércio para o local em que se realizará a licitação.

Singularidade para contratação de serviços técnicos: Somente poderão ser contratados aqueles enumerados no artigo 13 da Lei 8666/9: estudos técnicos; planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliação em geral; acessórias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras e serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Notória Especialização: contratação de empresa ou pessoa física com notória experiência para execução de serviços técnicos. Este tipo de contratação se alimenta do passado, de desempenhos anteriores, estudos,

experiências, publicações, nenhum critério é indicado para orientar ou informar como e de que modo a Administração pode concluir que o trabalho de um profissional ou empresa é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Profissional Artista: contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Após concluída a licitação, ou os procedimentos de dispensa ou inexigibilidade, a Administração adotará as providências para celebração do respectivo contrato, carta-contrato ou entrega da nota de empenho da

despesa, mediante recibo, ou da ordem de execução do serviço, ou da autorização de compra, ou de documento equivalente. No contrato devem estar estabelecidas com clareza e precisão as cláusulas com os direitos, obrigações e responsabilidade da Administração e do particular. É comum em muitos editais de licitações, acompanhar em anexo, minuta do contrato a ser celebrado.

Vale lembrar que o conteúdo de um Contrato Administrativo deverá ser unicamente o que consta no Edital de Licitação e na proposta comercial do licitante, sendo o Edital a base do Contrato Administrativo. Todo e qualquer anexo do Edital de Licitações faz parte do Contrato, tais como especificações detalhadas, planilhas, cronogramas, cálculos e qualquer outro anexo existente no edital de licitação.

O contrato administrativo é sempre consensual, visto que concretiza um acordo de vontades. Além disso, em regra, é, oneroso, formal, comutativo e intuito personae (celebrado em função de características pessoais e relevantes do contratado). Segundo Hely Lopes Meirelles, o contrato administrativo "é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração". Nesse mesmo contexto o enunciado do artigo 2º, parágrafo único da Lei 8.666/93, estabelece: "Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".[4]

A expressão "Contrato Administrativo" é utilizada, para nomear apenas os contratos em que a Administração Pública, indireta ou direta, investida nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, com fins públicos, segundo regime jurídico de Direito Público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), "as prerrogativas da Administração Pública no chamado contrato administrativa são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença".[5]

Considerando os contratos administrativos, não no sentido amplo empregado, mas no sentido próprio e restrito, que abrange apenas aqueles acordos de que a administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante de direito comum, podem ser apontadas as seguintes características:

1) **Presença da Administração Pública como Poder Público:** Nos contratos administrativos, a Administração aparece com uma série de prerrogativas que garantem a sua posição sobre o particular; elas vêm expressas precisamente por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativas.

2) **Finalidade Pública:** Esta característica está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado, às vezes, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder. No exemplo citado, o sepultamento adequado, nos termos da lei, é de interesse de todos e, por isso mesmo, colocado sob tutela do Poder Público.

3) **Obediência à forma prescrita em lei:** Para contratos celebrados pela Administração, encontram-se na lei inúmeras normas referentes à forma; esta é essencial, não só em benefício do interessado como da própria administração, para fins de controle da legalidade. Dentre essas cláusulas, é oportuno realçar a concernente ao prazo, é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado. Além disso, a duração dos contratos regidos por esta lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (1ano), exceto quanto: I- aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; II- à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses; III- ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de

até 48 meses após o início da vigência do contrato; IV- às hipóteses previstas no art. 24, inc. IX, XIX, XXVIII e XXXI, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 meses, caso haja interesse da administração.

4) Procedimento legal: A lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos e que podem variar de uma modalidade para a outra, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.

5) Contrato de adesão: Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivalente à que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela administração. Essa ideia se confirma com a norma art. 40 § 2º, da lei, segundo a qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente “a minuta do contrato a ser firmado entre a administração e o licitante vencedor”; com isto fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação do edital. Mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

6) Natureza jurídica: Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apurada no procedimento da licitação.

7) Presença das cláusulas exorbitantes: São cláusulas exorbitantes que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contrato.

8) Exigência de garantia: A lei atual permite que a exigência de garantia seja feita, já na licitação, “para efeito de garantia ao inadimplemento do contrato a ser ulterior celebrado”. A escolha da modalidade de garantia

cabe ao contratado, não podendo ultrapassar o correspondente a 5% do valor do contrato, não ser no caso de ajustes que importam entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário; nesse caso, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor dos bens. A garantia, quando exigida do contratado, é devolvida após a execução do contrato; em caso de rescisão contratual, por ato atribuído ao contratado, a Administração pode reter a garantia para ressarcir-se dos prejuízos e dos valores das multas e indenizações a ela devidos. Trata-se de medida auto executória, que independe de recurso ao Poder Judiciário. Nos contratos de parceria público-privada (concessão patrocinada e concessão administrativa), a prestação de garantia deixa de ser ônus apenas do contratado, porque prevista também para o parceiro público; em razão disso, perde a natureza de cláusula exorbitante.

Com relação à rescisão do contrato administrativo se trata de ato vinculado e não discricionário, devendo o administrador agir com base no princípio da continuidade do serviço público, devendo ser rescindido com base no inadimplemento como também com base no interesse público, pois é uma questão de ordem pública. Leciona Meirelles (2012) que “nenhum particular adquire direito à imutabilidade do contrato administrativo ou a sua execução integral, ou ainda as vantagens in specie, pois estaria subordinando o interesse público ao interesse privado no contrato”.^[6]

Tanto na alteração como também na rescisão do contrato administrativo deverá sempre observado o princípio do contraditório e ampla defesa, pois são garantias constitucionais de todo processo, sob pena de nulidade do ato administrativo.

Conclusão

Licitação é um procedimento administrativo onde a Administração Pública Direta e Indireta obtêm a proposta mais vantajosa, assegurando igualdade de condições aos que participem do certame, visando à celebração do Contrato Administrativo para promover os interesses da coletividade. A constituição Federal estabeleceu como regra geral a licitação como o instrumento adequado para as contratações do Poder Público e somente em casos excepcionais a Administração Pública está autorizada a firmar

contratos administrativos sem licitar. O procedimento administrativo da licitação deve ser realizado coadunando-se perfeitamente com a legislação infraconstitucional e com o edital para que não haja violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

É de se analisar, que nos contratos administrativos ficará a critério da Administração exigir a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. Esta previsão encontra guarida na Lei de Licitações que especificou como modalidade de garantias: caução em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fidejussória e fiança bancária. Quanto à duração dos prazos do contrato administrativo, cumpre observar que estes não poderão, salvo exceções expressas na Lei de Licitações, ser firmados por tempo indeterminado, estando a vigência do contrato adstrita ao crédito orçamentário. Prevê ainda a legislação em comento a possibilidade de prorrogação do contrato, nos prazos de início de etapas de execução, nos prazos de conclusão e nos prazos de entrega.

Os contratos administrativos buscam, na maioria das vezes, a satisfação do interesse público, são dotados de cláusulas exorbitantes e contem em seu bojo cláusulas de cunho obrigatório. Os contratos administrativos não podem ser considerados mera formalidade, devendo ser rigorosamente cumpridos e formalmente editados pelos órgãos da Administração Pública.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 62-63.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NOTAS:

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 62-63.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[4] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

[5] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

[6] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO PROCEDIMENTO INFRACIONAL

AMANDA LOUISE RIBEIRO DA LUZ:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito do Consumidor pela Universidade Leonardo Da Vinci - UNIASSELVI. Advogada.

Resumo: O presente trabalho pretende abordar o Princípio da Proteção Integral como filosofia a ser seguida por todos os intérpretes e aplicadores do Direito, de modo que as crianças e adolescente sejam reconhecidos como sujeitos de direitos principalmente no âmbito infracional, em que há risco de restrição e privação de determinados direitos na execução de medidas socioeducativas, em virtude da sua natureza impositiva, sancionatória e retributiva. Para uma análise crítica da utilização do Princípio da Proteção Integral no âmbito do procedimento infracional pelos Tribunais pátrios foi utilizada como parâmetro a recente decisão proferida no HC 346.380-SP pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chaves: Princípio da Proteção Integral; medida socioeducativa; procedimento infracional

Abstract: The present work intends to approach the Principle of Integral Protection as a philosophy to be followed by all the interpreters and applicators of the Law, so that the children and adolescent are recognized as subjects of rights mainly in the infractional scope, in which there is risk of restriction and deprivation of certain rights in the execution of socio-educational measures, by virtue of their tax, sanction and retributive nature. For a critical analysis of the use of the Principle of Integral Protection in the scope of the infraction proceedings by the Courts, the recent decision rendered in HC 346.380-SP by the Superior Court of Justice was used as a parameter.

Key words: Principle of Integral Protection; socioeducative measure; infraction procedure

Sumário: 1. Introdução 2. Manifestações internacionais em favor das crianças e dos adolescentes 3. A positivação do Princípio da Proteção Integral no Brasil 4. O Princípio da Proteção Integral no âmbito infracional a. 4.1) O ato infracional b. 4.2) As medidas socioeducativas c. 4.3) A utilização do Princípio da Proteção Integral na aplicação das medidas socioeducativas 5. Considerações finais

1) Introdução

A fragilidade das crianças e dos adolescentes é pressuposta, vez que são pessoas ainda em formação. Assim, o Princípio da Proteção Integral busca proteger esta parcela da população, conferindo direitos e privilégios que minuem tal condição.

Os movimentos internacionais se ergueram diante das graves violações aos direitos das crianças e dos adolescentes, marginalizados pela comunidade adulta e entendidos como mero objeto desta, originando declarações e tratados internacionais, os quais elencam princípios, diretrizes e regras e impõem compromissos aos Estados-partes.

Inspirado nestes movimentos, o constituinte de 1988 positivou o Princípio da Proteção Integral, que mais tarde embasou o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como em todo âmbito infanto-juvenil, no procedimento infracional o princípio Proteção Integral deve nortear a interpretação e aplicação do direito, visto que trata-se de processo cujo resultado final, em regra, será aplicação de medida socioeducativa.

O princípio em estudo dependerá, no âmbito infracional, do reconhecimento do Direito Penal Infanto-juvenil, uma vez que a resposta estatal se revelará na execução da medida socioeducativa, cuja natureza é punitiva e sancionatória, em que pese, com fim educativo.

Apesar de já consagrada a Doutrina da Proteção Integral, ainda se observa na práxis jurídica a adoção de uma visão paternalista, apregoada pelo sistema tutelar, em que o magistrado age conforme sua convicção sem

observar os interesses do verdadeiro interessado, por vezes o relegando a mero objeto processual.

Assim, o presente estudo busca realizar uma análise crítica da utilização de princípios garantistas, em especial da Proteção Integral, nas decisões dos Tribunais pátrios, tendo como parâmetro a recente decisão no HC 346.380-SP, no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível a imediata execução da medida socioeducativa de internação decorrente de sentença de primeiro grau não transitada em julgado, ainda que o adolescente tenha permanecido em liberdade durante o procedimento.

2) Manifestações Internacionais em favor das crianças e dos adolescentes

Ao longo da história, as crianças e adolescentes vieram a receber a paulatina atenção dos Estados na busca de instrumentos protetivos dos direitos que a eles eram atinentes.

Pode-se dizer que são direitos relativamente novos se lembrarmos que historicamente esse público não era considerado titular de direitos, apenas como uma extensão da família ou uma expectativa para vida adulta.

As crianças e adolescentes são titulares dos direitos humanos, até mais que os próprios adultos. São eles sujeitos de direito, que devem ser protegidos, uma vez que se trata de pessoas em desenvolvimento.

A compreensão de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento foi uma construção gradativa. Essa é a atual compreensão da comunidade jurídica nacional e internacional.

A primeira normativa internacional a garantir direitos e uma proteção integral às crianças e adolescentes foi a Declaração de Genebra de 1924 que determinava “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”.

Esta Declaração foi feita pela União Internacional “Save Children”, contendo os princípios básicos de proteção à infância e trazendo

a proposta de que os países deveriam pautar suas atividades de acordo com alguns preceitos básicos.

Depois da Segunda Guerra Mundial, a Declaração foi ampliada e aprovada pela Assembleia da Sociedade das Nações (MACIEL, 2013).

Desta feita, em 20 de novembro de 1959, a Assembléia Geral, órgão máximo da ONU, aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, contendo dez princípios, e aumentando assim, profundamente o direito dos menores.

Assim a Declaração dos Direitos da Criança foi um verdadeiro “Divisor de Águas” na nossa atual legislação de menores, visto que foi a pioneira em consolidar os direitos da criança e do adolescente, teoricamente os dando o apoio e a segurança de que tanto necessitavam em razão de sua qualidade de pessoas em desenvolvimento. Insta mencionar que o Brasil é signatário desta declaração, assumindo internacionalmente o compromisso de garantir e efetivar todos os direitos da criança e do adolescente, efetivando o que mais tarde seria denominado de Doutrina da Proteção Integral.

A proteção integral dispensada à criança e ao adolescente encontra suas raízes mais próximas na Convenção sobre os direitos da Criança de Nova Iorque. Nesse sentido ensina Wilson Donizete Liberati que

“A nova teoria, baseada na teoria da total proteção dos direitos infanto-juvenis, tem seu alicerce jurídico e social na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, no dia 20.11.89. O Brasil adotou o texto, em sua totalidade, pelo Dec. 99.710, de 21.11.90, após ser ratificado pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo 28, de 14.9.90).” (Liberati, 2004, pág. 16)

Insta mencionar que o texto da Convenção dispõe sobre o reconhecimento da dignidade a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (CHAVES, 1997).

No que diz respeito a proteção integral da criança, em especial na aplicação de medidas socioeducativas, o artigo 40 da Convenção em epígrafe prevê que os Estados devem respeito aos direitos humanos e as garantias legais, tratando as crianças de modo apropriado ao seu bem estar. Vejamos a íntegra do Artigo 40:

Artigo 40. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;

II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela,

e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa;

III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais;

IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado;

VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

Como instrumento legal em âmbito internacional a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é o de maior representatividade nas conquistas e direitos implementados em favor da infância e adolescência.

3) A positivação do princípio da proteção integral no Brasil

Do movimento internacional iniciam-se movimentos sociais no Brasil, em meados de 1980, representativos do Direito da Criança e do Adolescente no cenário jurídico, diante da indignação com a realidade social vivenciada por crianças e adolescentes brasileiros violados na quase totalidade de sua cidadania.

Acerca dos movimentos sociais em prol dos direitos da criança e do adolescente, Kátia Maciel destaca que

“A conjuntura político-social vivida nos anos 1980 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de organismos sociais nacionais e internacionais, levou o legislador constituinte a

promulgar a “Constituição Cidadã” e nela foi assegurado com absoluta prioridade às crianças, adolescentes e ao jovem 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.” (Maciel, 2013)

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 é o marco legal do princípio da proteção integral da criança e do adolescente no Brasil, positivado mais precisamente o seu artigo 227. Senão vejamos.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nas palavras de Antônio do Amaral e Silva e Munir Cury “a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, aborda a questão da criança como prioridade absoluta, e a sua proteção é dever da família, da sociedade e do Estado”.

Ora, a principal mudança trazida pelo constituinte foi conceber a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, comuns e especiais, rompendo com a doutrina até então proclamada de que o menor era objeto de direitos do mundo adulto.

Assim, analisa-se a criança e o adolescente como sujeito de direitos comuns a todos indivíduos e direitos especiais decorrentes da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento físico e mental. Outra vez a Carta Magna rompe com os paradigmas anteriores e estabelece proteção especial à essa população vulnerável ao mundo adulto. Nesse sentido o §3º do artigo 227 da Constituição da República.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

No entanto, as disposições genéricas contidas na Constituição da República não foram suficientes para efetivar o princípio da proteção integral, necessitando de uma normativa voltada exclusivamente à criança e ao adolescente. Foi este o apelo da comunidade nacional e internacional, decorrentes das manifestações sobre os direitos da criança.

Nessa direção afirma Munir Cury que

“Se é certo que a própria Constituição Federal proclamou a doutrina da proteção integral, revogando implicitamente a legislação em vigor na época, a Nação clamava por um texto infraconstitucional consoante com as conquistas da Carta Magna.” (Cury, 2008)

Surge então o Estatuto da Criança e do Adolescente, sancionado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com entrada em vigor em 12 de outubro de 1990, pormenorizando os direitos da criança e do adolescente e os deveres da família, sociedade e Poder Público para assegurá-los.

Insta mencionar que desde os primeiros artigos o Estatuto em epígrafe deixa transparecer sua base principiológica, qual seja a proteção integral. Segue a íntegra dos artigos 1º e 3º.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

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

Ao longo do Estatuto da Criança e do Adolescente os direitos previstos de forma genérica na Constituição Federal vão sendo afirmados e regulamentados, sempre com objetivo colocar os menores a salvo de toda forma de negligência, discriminação exploração, violência, crueldade e opressão.

De maneira sistemática, o Estatuto em comento organiza seu texto de forma a dispor sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente no Título II. São reconhecidos os seguintes direitos fundamentais: o direito à vida e à saúde (arts. 7º a 14), à liberdade, ao respeito e à dignidade (arts. 15 a 18), à convivência familiar e comunitária (arts. 19 a 52), à educação, à

cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59) e à profissionalização e à proteção no trabalho (arts. 60 a 69). Além destes outros direitos e garantias podem ser elencados como por exemplo os direitos quando privado de liberdade (artigo 124), direitos processuais assegurado o devido processo legal (artigo 110), e direitos individuais, difusos e coletivos (arts. 208 a 224).

Sobre os direitos fundamentais da Criança e do Adolescente Paulo Lúcio Nogueira comenta que

“Tais direitos devem ser assegurados com absoluta prioridade, justamente em se tratando da criança e do adolescente, pela família, pela comunidade, pela sociedade e pelo Poder Público, devendo todos contribuir com sua parcela para o desenvolvimento e proteção integral do menor.” (Nogueira, 1993)

O princípio da proteção integral não se trata de mais um princípio incorporado na legislação pátria a fim de acalmar os ânimos dos movimentos sociais sem, contudo, implementar os direitos dele decorrentes. Apesar de realidade fática estar em descompasso com a legislação menorista o princípio da proteção integral tem uma importante função, qual seja nortear a interpretação do Estatuto e demais leis em benefício dos menores, havendo a prevalência dos seus interesses, no que diz respeito às condições peculiares destas pessoas, ainda em desenvolvimento.

Merece destaque os ensinamentos de Roberto Elias que dispõe que

“A ênfase que se dá à proteção integral é pertinente, pois não se pode pensar no menor apenas como alguém que precisa ser alimentado para sobreviver, como um simples animal. É deveras importante atentar para o seu desenvolvimento psíquico e psicológico.” (Elias, 1994)

4) O princípio da proteção integral no âmbito infracional

Até a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente a comunidade cunhava a criança ou adolescente em conflito com a lei de

“menor infrator”, relacionando-o diretamente com a criminalidade, criando uma verdadeira repugnância a essa população. Essa reação para com essa parcela da população fazia com que estes fossem cada vez mais marginalizados na sociedade.

Em contraposição à “doutrina da situação irregular” e alcunha de “menor infrator”, o Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirado nas manifestações internacionais, instituiu a filosofia da Proteção Integral. Desaparece, portanto, o termo “menor infrator” na legislação, substituindo por adolescente em conflito com a lei.

Essa nova filosofia exige uma transformação na cultura e pensamento da sociedade como um todo, onde as crianças e adolescentes deixam de ser enxergados como delinquentes e passam a ser sujeito de direitos e interesses superiores em virtude da condição peculiar de pessoas em formação.

Nesse sentido Guilherme Freire de Melo Barros entende que

*“A lei tem o objetivo de tutelar a Criança e o adolescente de forma ampla, não se limitando apenas a tratar de medidas repressivas contra seus atos infracionais.”
(Barros, 2012)*

Contudo, não basta uma mudança na legislação, tendo em vista que é na sua aplicação que se verifica uma maior transformação da sociedade. Insta mencionar que não é a toa que o constituinte estabeleceu ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção integral das crianças e dos adolescentes, vez que cabem a todos os institutos e segmentos sociais interpretar e aplicar as normas de maneira que prevaleça os interesses do menor, bem como sejam observados seus direitos.

4.1) O ato infracional

A delinquência no seu amplo sentido, que tenha como autor a criança ou o adolescente, vem alargando seus limites e recebe um tratamento diferenciado em relação às infrações praticadas por agentes capazes e

imputáveis. Daí advém a preocupação do legislador em estabelecer critérios e princípios acerca dos atos infracionais e também as medidas a serem aplicadas aos menores de 18 anos.

Nesse sentido o § único do artigo 2º do ECA dispõe que “nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade”.

Cumprido ressaltar que o legislador preferiu usar a expressão ato infracional no lugar de infração penal, porque esta expressão poderia ter um sentido pejorativo. Assim, teoricamente, crianças e adolescentes não cometem crimes e contravenções, mas apenas atos infracionais.

Sobre tal questão preceitua SILVA (1992, p. 161): “O menor comete, sim, infração penal, apenas não é processado criminalmente por ser considerado um inimputável sob a ótica do Texto Maior”.

O crime, na definição da maioria dos doutrinadores, é considerado como fato típico, antijurídico e culpável. Assim, devido à inimputabilidade do menor de 18 anos, quando a criança ou adolescente comete uma infração, esta não é considerada como crime, por faltar um dos seus requisitos, qual seja a culpabilidade.

Ou seja, o ato atribuído à criança ou ao adolescente, embora enquadrável como crime ou contravenção, pela sua idade, não constitui tais delitos, mas sim simples ato infracional. A conduta de seu agente não configura uma ou outra daquelas infrações, por se tratar simplesmente de um tratamento que deve ser diferenciado ao seu agente, que é próprio e específico (MACIEL, 2006).

Em que pese a criança e adolescente possam praticar um ato infracional igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente as diferem quanto ao tratamento concedido. Enquanto às crianças em conflito com a lei são lhe aplicadas as medidas de proteção, aos adolescentes é cabível aplicação de medidas socioeducativas e algumas medidas de proteção. Tal conclusão se extrai do artigo 105 do ECA que dispõe que “ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.”

Portanto, a pessoa com idade até 12 anos incompletos, se praticar algum ato infracional, será encaminhada ao Conselho Tutelar e estará sujeita às medidas de proteção, já a pessoa com idade entre 12 de 18 anos ao praticar ato infracional, estará sujeito a processo contraditório, com ampla defesa e poderá receber uma “sanção” denominada medida socioeducativa.

4.2) As medidas socioeducativas

O Estatuto da Criança e do Adolescente elenca as medidas socioeducativas no artigo 112 e seguintes, como consequências da prática de ato infracional praticado por adolescente.

Dispõe o art. 112 do ECA:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – Advertência

II – Obrigação de reparar o dano

III – Prestação de serviço à comunidade

IV – Liberdade Assistida

V – Inserção em regime de semiliberdade

VI – Internação em estabelecimento educacional

VII – Qualquer uma das previstas no artigo 101, I a VI.

Observa-se que o Estatuto limita-se a dispô-las em um rol taxativo e a traçar suas hipóteses de cabimento.

Sabe-se que as medidas sócio-educativas constituem na resposta estatal, aplicada pela autoridade judiciária, ao adolescente que cometeu ato infracional, no entanto o Estatuto da Criança e do Adolescente restou

omisso no que diz respeito à identificação da natureza jurídica dessas medidas socioeducativas.

É neste ponto que a doutrina menorista trava seus maiores debates e divergências, vez que a partir da constatação da natureza jurídica das medidas socioeducativas é possível traçar diretrizes e regras de tratamento dispensadas aos adolescentes.

Em que pese a divergência, há um consenso no que diz respeito a natureza pedagógica destas.

As medidas socioeducativas possuem uma finalidade educativa e de inclusão social plena do adolescente, em respeito à peculiar condição de ser humano em fase de desenvolvimento, destinatário de proteção integral.

Segundo Olympio de Sá Sotto Maior Neto (MPGO, V. 2, p. 18), em sua reflexão sobre o ato infracional e as medidas socioeducativas dispõe que

“quando se trata de adolescente autor de ato infracional, a proposta é de que, no contexto da proteção integral, recebe ele medidas socioeducativas (portanto, não punitivas), tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social (o educar para a vida social visa, na essência, o alcance de realização pessoal e participação comunitária, componentes próprios da cidadania).”

Enquanto a finalidade do processo penal é a aplicação da pena, no procedimento socioeducativo a finalidade é pedagógica e de transformação da realidade do adolescente, tendo como instrumento as medidas socioeducativas.

O que se debate é se tais medidas são ou não penas, isto é, se possuem natureza puramente pedagógica ou também sancionatória.

Nesse sentido PACAGNAN atribuía à medida socioeducativa seu aspecto de pena: "Queira ou não denominá-la assim, trata-se de uma sanção, uma ordem imposta ao adolescente" (1995, p. 30).

Sobre a natureza das medidas socioeducativas, Volpi explica

"As medidas socioeducativas comportam aspectos de natureza coercitiva, uma vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido da proteção integral e oportunização, e do acesso à formação e informação. Sendo que em cada medida esses elementos apresentam graduação de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração." (VOLPI, 2011, pág. 20)

No mesmo sentido de Volpi, Konzen, referenciado por Schmidt, orienta:

"A medida socioeducativa, seja pena ou seja sanção, significa para seu destinatário, a reprovação pela conduta ilícita, providência subsequente que carrega em si, seja a consequência restritiva ou privativa de liberdade, ou até mesmo modalidade de simples admoestação, o peso da aflição, porque sinal de reprovação, sinônimo de sofrimento porque segrega do indivíduo um de seus bens naturais mais valiosos, a plena disposição e exercício da liberdade." (SCHMIDT, 2011, pág. 30)

Assim, tem-se que a medida socioeducativa também é punitiva. Mesmo a pena por crime, como disposto na Lei de Execução Penal, tem seu lado socioeducativo: pune-se e tenta-se, com a punição, reeducar.

O procedimento para a aplicação da medida socioeducativa no Estatuto da Criança e do Adolescente é semelhante ao processo criminal: iniciativa do Ministério Público (artigo 182), cientificação da acusação (artigo 184, parágrafo 1o), interrogatório (artigo 186), defesa prévia (artigo 186, parágrafo 3o), instrução e julgamento (artigo 186, parágrafo 4o), alegações finais, e sentença.

Desta feita, em virtude da dupla natureza das medidas socioeducativas, pedagógica e sancionatória, são assegurados ao adolescente em conflito com a lei todos os direitos assegurados pelo Direito Penal, para que o mesmo possa ter um julgamento justo e igualitário.

A grande diferença entre o “Direito do Menor” e o Direito Penal está em que este leva o juiz, em seu julgamento, a colocar em primeiro lugar o ato praticado, e somente depois olha-se para o homem que está em julgamento para examinar sua personalidade, e só então fixar a pena definitiva. O juiz de menores, ao contrário, analisa primeiro o menor que tem à sua frente, para então considerar o ato criminoso praticado. Essa é a essência desse direito intuitivo, que tem como pressuposto principal a reeducação e ressocialização desse menor.

4.3) Utilização do Princípio da Proteção Integral na aplicação das medidas socioeducativas

A partir da constatação da natureza punitiva das medidas socioeducativas abre-se espaço para o reconhecimento do Direito Penal Infanto-juvenil.

O Direito Penal Infanto-juvenil é caracterizado pela subsidiariedade, isto é, sua aplicação apenas se mostra necessário quando outras esferas do Direito da Criança e Adolescente falharem na missão de proteção destas pessoas. Primeiro se busca a proteção de seus direitos através de políticas públicas, na omissão ou insuficiência destas aciona-se o sistema de medidas de proteção e por fim surgem as medidas socioeducativas.

O reconhecimento deste sub-ramo do Direito da Criança e do Adolescente se faz necessário e imprescindível para conter arbitrariedades no procedimento infracional tão comuns na doutrina tutelar, em que havia ampla discricionariedade do magistrado tanto no procedimento quanto na escolha da punição do menor. Outrossim, o juiz de menores decidia com base na sua íntima convicção do que é melhor para o menor, desprezando o interesse do adolescente.

Nesse sentido Zaffaroni e Pierangeli ensinam que

“Resulta disso ser inadmissível a absoluta discricionariedade e à falta de garantia existentes no direito do menor que tende, sob o pretexto de um paternalismo, converte-se num discurso de justificação de uma ordem repressiva, muitas vezes lesiva aos direitos humanos do que o sistema penal para os adultos.” (Zaffaroni e Pierangeli, 2006)

O Direito Penal Infanto-juvenil impõe a observância das garantias e princípios, tanto os previstos na legislação criminal quanto os decorrentes da doutrina da proteção integral.

As garantias e princípios, de observância compulsória pelo julgador, tem como finalidade a limitação da intervenção punitiva estatal.

Assim no procedimento para imposição de medida socioeducativa devem ser respeitadas as garantias penais dirigidas aos adultos além das garantias previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, consagrando o Princípio da Proteção Integral.

No âmbito infracional o Princípio da Proteção Integral tem por fim o respeito das garantias e direitos do adolescente em conflito com a lei, a consideração de pessoa ainda em formação e o melhor interesse daquele.

Portanto é forçoso concluir que os interesses da criança e do adolescente são superiores. A superioridade decorre do dever de proteção pela família, sociedade e Estado, tendo em vista sua condição de sujeitos de direitos e de pessoa em formação e desenvolvimento.

Ocorre que o reconhecimento do Direito Penal Infanto-juvenil, embora essencial, está em vias de construção paulatina nos Tribunais pátrios.

Em que pese exista vasta doutrina elencando os direitos fundamentais da criança e do adolescente, estes são comumente utilizados para agravar a situação do adolescente em conflito com a lei, em nome do “melhor interesse do menor”.

Em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça entendeu afastar a garantia da presunção de inocência para promover a execução provisória da medida socioeducativa de internação. Senão vejamos a ementa do acórdão.

*DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.
CUMPRIMENTO IMEDIATO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA
INDEPENDENTE DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.*

Mesmo diante da interposição de recurso de apelação, é possível o imediato cumprimento de sentença que impõe medida socioeducativa de internação, ainda que não tenha sido imposta anterior internação provisória ao adolescente. Cuidando-se de medida socioeducativa, a intervenção do Poder Judiciário tem como missão precípua não a punição pura e simples do adolescente em conflito com a lei, mas, principalmente, a ressocialização e a proteção do jovem infrator. Deveras, as medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei n. 8.069/1990 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. Por esse motivo, deve o juiz orientar-se pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, definidos no art. 227 da CF e nos arts. 3º e 4º do ECA. Desse modo, postergar o início de cumprimento da medida socioeducativa imposta na sentença que encerra o processo por ato infracional importa em "perda de sua atualidade quanto ao objetivo ressocializador da resposta estatal, permitindo a manutenção dos adolescentes em situação de risco, com a exposição aos mesmos condicionantes que o conduziram à prática infracional". Observe-se que não se cogita equiparar o adolescente que pratica ato infracional ao adulto imputável autor de crime, pois, de acordo com o art. 228 da CF, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e estão sujeitos às normas da legislação especial. Por esse motivo e considerando que a medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de

proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora, não calharia a alegação de ofensa ao princípio da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da CF, sua imediata execução. Nessa linha intelectual, ainda que o adolescente infrator tenha respondido ao processo de apuração de prática de ato infracional em liberdade, a prolação de sentença impondo medida socioeducativa de internação autoriza o cumprimento imediato da medida imposta, tendo em vista os princípios que regem a legislação menorista, um dos quais, é o princípio da intervenção precoce na vida do adolescente, positivado no parágrafo único, VI, do art. 100 do ECA. Frise-se que condicionar o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação - apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença - constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional. Ademais, a despeito de haver a Lei n. 12.010/2009 revogado o inciso VI do art. 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos - e não obstante a nova redação conferida ao caput do art. 198 pela Lei n. 12.594/2012 - é importante ressaltar que continua a vigor o disposto no art. 215 do ECA, o qual prevê que "O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte". Ainda que referente a capítulo diverso, não há impedimento a que, supletivamente, se invoque tal dispositivo para entender que os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena, repita-se, de frustração da principiologia e dos objetivos a que se

destina a legislação menorista. Pondere-se, ainda, ser de fundamental importância dividir que, ante as características singulares do processo por ato infracional - sobretudo a que determina não poder o processo, em caso de internação provisória, perdurar por mais de 45 dias (art. 183 do ECA) - não é de se estranhar que os magistrados evitem impor medidas cautelares privativas de liberdade, preferindo, eventualmente, reservar para o momento final do processo - quando, aliás, disporá de elementos cognitivos mais seguros e confiáveis para uma decisão de tamanha importância - a escolha quanto à medida socioeducativa que se mostre mais adequada e útil aos propósitos ressocializadores de tal providência. Sob outra angulação, não seria desarrazoado supor que, a prevalecer o entendimento de que somente poderá o juiz impor ao adolescente o cumprimento imediato da medida socioeducativa de internação fixada na sentença se já estiver provisoriamente internado, haverá uma predisposição maior, pela autoridade processante, de valer-se dessa medida cautelar antes da conclusão do processo. Em suma, há de se conferir à hipótese em análise uma interpretação sistêmica, compatível com a doutrina de proteção integral do adolescente, com os objetivos a que se destinam as medidas socioeducativas e com a própria utilidade da jurisdição juvenil, que não pode reger-se por normas isoladamente consideradas. (HC 346.380-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/4/2016, DJe 13/5/2016)

Observa-se que a Egrégia Corte, com fulcro no caráter ressocializador da medida socioeducativa, decidiu pelo cumprimento imediato da medida de internação fixada na sentença de primeiro grau, ainda quando interposto recurso de apelação.

Discutiu-se a atribuição de efeito suspensivo na apelação e a execução provisória da medida socioeducativa na situação em que o adolescente respondeu o procedimento infracional em liberdade.

Imprescindível analisar a orientação jurisprudencial com viés da doutrina da proteção integral e das garantias do Direito Penal Infanto-juvenil, por tratar-se de pessoa em desenvolvimento.

Insta mencionar que caso um adulto, que se encontre em liberdade, seja condenado a pena de reclusão em regime inicialmente fechado e interponha apelação esta terá, obrigatoriamente, duplo efeito, devolutivo e suspensivo. Em outras palavras não seria possível o cumprimento imediato da pena em razão da garantia constitucional da presunção de inocência.

Em 2016 o Supremo Tribunal Federal mitigou o princípio da presunção de inocência e permitiu o cumprimento imediato da pena após a confirmação por Tribunal de Segundo grau da condenação, ainda que interposto recurso extraordinário e especial. Senão vejamos a ementa da decisão.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5o, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5o, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a

reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (STF. Plenário virtual. ARE 964246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/11/2016 (repercussão geral).

No entanto, embora mitigado, o princípio prevalece até a decisão condenatória de segundo grau, ou seja, observa-se o efeito suspensivo do recurso de apelação, impedindo o imediato cumprimento da pena imposta na sentença de primeiro grau.

Não é de difícil percepção que a recente orientação do Superior Tribunal de Justiça com fundamento no caráter pedagógico da medida de internação impôs ao adolescente tratamento mais gravoso que se fosse um adulto em situação semelhante.

Na contramão dessa decisão o SINASE (Lei nº 12.594/2012) estabelece o princípio da legalidade, dispondo no artigo 35 que ao adolescente não pode ser dispensado tratamento mais gravoso que o dispensado ao adulto.

Ainda há que se analisar que muito embora a medida socioeducativa tenha finalidade educativa, não se pode olvidar seu caráter punitivo e sancionatório, ainda mais quando se impõe de medida de internação.

Ocorre que ignorar a natureza impositiva, retributiva e punitiva das medidas socioeducativas em contrapartida à prática infracional importa grave violação aos direitos do adolescente, que merece ser escudado pelo sistema garantista do direito penal infanto-juvenil.

A medida socioeducativa de internação é medida privativa do direito à liberdade do adolescente, restringindo o direito à convivência familiar e comunitária e inclusão social integral. Na ótica do Direito Penal Infanto-juvenil esta medida tem correlação com o regime fechado de cumprimento de pena, que possui finalidade retributiva e preventiva.

Sobre finalidade retributiva da medida socioeducativa Wilson Donizete Liberati, referenciado Guilherme Freire de Melo Barros, expõe que “ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado”.

A mitigação da garantia constitucional da presunção de inocência e, em consequência, imposição de medida privativa de liberdade vai na contramão da filosofia garantista e da proteção integral.

Não se olvida que o Estatuto elegeu o Princípio da Atualidade como norteador da aplicação das medidas socioeducativas, no entanto este não tem o condão de reduzir as garantias constitucionais nem ao menos de preferir a celeridade da atuação estatal ao invés do princípio da culpabilidade prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Trata-se de pessoa em desenvolvimento e em formação física e psicológica, que carece de proteção integral e especial quando comparado ao adulto.

A Declaração dos Direitos Da Criança de 1959 já mencionava: "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento".

É imperioso destacar que a medida de privação de liberdade, em que pese ter, em tese, finalidade educativa, é medida gravosa que deve ser aplicada como "ultima ratio". Por vezes, inclusive, tal medida tem efeito dessocializador quando não há promoção educacional, profissional e familiar do adolescente, somados esforços em conjunto de instituições envolvidas na execução das medidas socioeducativas.

Sobre os efeitos negativos da segregação, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que

"Na realidade latino-americana constata-se, desgraçadamente, que a lei de menores serve tão-somente para submetê-los a uma situação mais gravosa e repressiva do que a do maior; exatamente em razão de sua pouca idade, sofre os efeitos negativos de uma segregação, de forma mais grave do que o adulto, posto que está atinge

de maneira mais profunda a sua personalidade". (Zaffaroni e Pierangeli, 2006)

Sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina a aplicação das regras recursais do Código de Processo Civil, bem como prevê que o recurso de apelação será recebido somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 199-A do Estatuto em epígrafe.

No entanto reconhecendo no procedimento infracional um Direito Penal Infanto-juvenil, cabem aos aplicadores das normas interpretá-las sistematicamente e finalisticamente, observando os objetivos da Doutrina da Proteção Integral erguida pelo constituinte originário e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, tratando-se de tratamento mais gravoso ao adolescente, o imediato cumprimento da medida de internação antes do trânsito em julgado da sentença que a determina, fere seu direito a recorrer em liberdade e vai na contramão dos Princípios da Proteção Integral, do Melhor Interesse do Menor e da Presunção de Inocência.

O Princípio da Proteção Integral impõe que os intérpretes e aplicadores das normas dirigidas à criança e ao adolescente, em nome de um superior interesse, não agravem a situação daqueles que buscam proteger e sim proporcione o maior benefício possível.

Sobre o Princípio do Melhor Interesse Guilherme Barros ensina que

"Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, os aplicadores do Direito - advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz - devem buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para à criança ou adolescente." (Barros, 2012)

É certo que prefere-se adoção de políticas públicas e medidas que menos interfiram na autonomia do adolescente. Em último caso, demonstrado a necessidade e utilidade da medida socioeducativa, às autoridades e instituições envolvidas na apuração da prática de ato infracional cabem observância de todos os direitos do adolescente.

Nesse sentido Zaffaroni e Pierangeli entendem que

“Resulta claro, não obstante, que a tutela do menor — produto da característica formadora deste ramo jurídico — não pode traduzir-se num paternalismo de entidade que desconheça as mínimas garantias processuais — o que pode afetar a própria base da família —, nem negar a realidade de que o menor é uma pessoa em formação, isto é, que a tutela não pode negar todos os direitos do tutelado, já que em tal caso chegaria a ser mais tremenda que a pena.” (Zaffaroni e Pierangeli, 2006)

5) Considerações Finais

A partir desse estudo podemos concluir que a criança e o adolescente não são meros objetos, nos quais os adultos determinam seu “melhor interesse”. A nova filosofia da Proteção Integral, inaugurada no Brasil pela Constituição Federal de 1988 e pormenorizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, enxerga estes como sujeitos de direitos e merecedores de tutela especial e integral, dever de todos os integrantes da família, sociedade e Estado.

Em virtude da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento às crianças e adolescentes devem ser observados todos os direitos e garantias para sua perfeita formação, seja decorrente do legislação menorista ou da legislação comum.

Como princípio norteador de todo tratamento dispensado às crianças e adolescente a Proteção Integral impõe ao aplicador do direito interpretar a norma de forma que melhor tutele os interesses daqueles, principalmente quando se tem o risco de privações e restrições de direitos. Isto se verifica no procedimento infracional, no qual resulta em aplicação de medida socioeducativa como resposta estatal em virtude da prática de um ato infracional praticado por adolescente.

Não se olvidou a finalidade pedagógica das medidas socioeducativas, porém não pode ignorar sua natureza punitiva, retributiva e sancionatória, impondo, assim, que seja reconhecido o Direito Penal Infanto-juvenil.

O Direito Penal Infanto-juvenil exige respeito aos direitos especiais do adolescente em conflito com a lei e aos direitos penais dirigidos aos adultos, consagrando a Proteção Integral.

A partir da análise crítica da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que os Tribunais pátrios estão cientes da doutrina da Proteção Integral e das suas implicações, no entanto a utilizam de forma a conferir tratamento mais gravoso ao adolescente quando comparado ao adulto em idêntica situação, desconsiderando princípios legais e constitucionais, bem como os objetivos primeiros da normativa voltada à infância e juventude.

Ainda, é possível observar que o princípio do “melhor interesse do menor” vem sendo utilizado como supedâneo de uma visão paternalista, ignorando os efeitos deletérios das medidas socioeducativas, principalmente da medida de internação, bem como sua natureza sancionatória e punitiva.

Necessário portanto uma mudança estrutural no entendimento dos Tribunais de forma que se enxergue às crianças e os adolescentes como pessoas em formação física e psíquica, sujeitos de direitos e mercedores de proteção especial.

Referências

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da Criança e do Adolescente. Coleção sinopses para concursos — Salvador: Jus Podivm, 2012.

CHAVES, Antônio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente — 2. ed. — São Paulo, 1997.

Cury, Munir (coordenação). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais — 9. ed — São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Elias, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 — São Paulo: Saraiva, 1994.

Liberati, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente — 8. ed., rev e ampl. — São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos — 6. ed., rev. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2013.

Nogueira, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 — 2. ed., rev. e ampl. — São Paulo: Saraiva, 1993.

PACAGNAN, Elias Rosalvo. Prescrição e remissão no estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Revista Jurídica. Maio, 1995.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Estatuto da criança e do adolescente comentado — 2. ed. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SCHMIDT, Fabiana. Adolescentes privados de liberdade – 1. ed. – Curitiba: Juruá, 2011.

VOLPI, Mário (org.). O Adolescente e o Ato Infracional – 1. ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

Zaffaroni, Eugênio Raúl. Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 — Parte Geral — 6. ed., rev. e atual. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO DE DIREITO

MARCOS VINICIUS MARTINS CAVALCANTE:

Bacharel em Direito - Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas - FACITEC. Especialista em Direito Público (Pós-Graduação Lato Sensu) - Faculdade Projeção. Ex-Técnico Judiciário/TST, ex- Analista do MPU - Apoio Jurídico / Direito; ex-Analista Judiciário - Área Judiciária, atualmente Advogado da União

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de demonstrar a importância da atribuição do poder investigatório ao Ministério Público, uma vez que o propósito da investigação criminal é fornecer elementos suficientes para a propositura de uma ação penal justa e condizente com os princípios aduzidos na Constituição Federal do Brasil, de 1988. Logo, a finalidade do trabalho é demonstrar qual a importância da atribuição do poder investigatório ao Ministério Público para a consecução dos fins do Estado de Direito, pois se trata de um órgão essencial à função jurisdicional estatal. Para se chegar a essa conclusão, o estudo foi estruturado a partir de uma pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, utilizando-se da abordagem qualitativa, com método dedutivo- hipotético e com objetivo exploratório.

Palavras-chave: Poder Investigatório. Ação Penal. Ministério Público. Estado de Direito. Direito Público.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de demonstrar a importância da atribuição do poder investigatório ao Ministério Público. O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado brasileiro e que tem como objetivos a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Destarte, o Ministério Público é um defensor da sociedade.

Para a consecução de um dos seus objetivos fundamentais, a Constituição Federal do Brasil de 1988 atribuiu ao Ministério Público a prerrogativa de ser titular privativo da ação penal pública. Assim, nada mais justo que o Ministério Público possua o poder investigatório, pois poderá cumprir fielmente a sua missão institucional. Ademais, destaca-se que a finalidade principal da investigação criminal é evitar acusações infundadas, acusações estas que serão promovidas pelo *Parquet*.

Muito se tem questionado se o Ministério Público é detentor do poder investigatório, tendo em vista que há uma corrente doutrinária que defende que a investigação criminal é um ato exclusivo da polícia, fato que culminou na apresentação e rejeição da tão questionada PEC 37 (proposta de Emenda à Constituição Federal 37).

O certo é que apesar de não estar expressamente prevista na Constituição, vários são os instrumentos legais que de uma forma implícita atribuem para o Ministério Público a competência para a promoção de investigações criminais.

Diante do exposto, observa-se que a pesquisa terá como problema o seguinte questionamento: qual a importância do poder investigatório do Ministério Público para a consecução dos fins do Estado de Direito?

Para que ocorra uma melhor compreensão do problema apresentado, o trabalho será estruturado para demonstrar como é importante a atuação do Ministério Público na persecução penal. Para tanto, faz-se necessário conceituar Estado de Direito e Ministério Público, identificar a principal atribuição do Ministério Público como titular privativo da ação penal, apresentar a divergência doutrinária no que diz respeito ao poder investigatório do Ministério Público, mostrar a posição jurisprudencial sobre o tema e, por fim, demonstrar a importância do poder investigatório do Ministério Público para a consecução dos fins do Estado de Direito.

A ocorrência de uma persecução penal justa necessita que o poder de investigação criminal não seja concentrado em apenas um órgão, mas em vários, uma vez que o crime cresce numa velocidade muito acelerada, fato que vem assustando a sociedade atual.

Atribuir o poder investigatório ao Ministério Público não significa usurpar a atribuição da polícia como muitos pensam, mas, sim, contribuir para que o Estado brasileiro tenha uma persecução penal mais justa e condizente com os princípios fundamentais aduzidos na Constituição Federal brasileira de 1988, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

Portanto, mostra-se imperiosa a discussão a respeito de se atribuir ou não o poder investigatório para o Ministério Público.

2. ESTADO DE DIREITO E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Filho (2011) conceitua o Estado de Direito como aquele em que seus poderes são limitados, ou seja, aquele que deve obediência à Constituição, às leis e às regras jurídicas. É o contrário do Estado Absolutista, em que o rei pode tudo e não sofre limitações. No Estado de Direito, os direitos fundamentais servem como limitações ao poder estatal.

Mendes (2012) destaca que os direitos e as garantias fundamentais não só servem de limites para o Estado de Direito, como também servem de diretrizes para a sua atuação. Por sua vez, Barroso (2012) fala que o Estado de Direito é o que encontra legitimidade e também limites na Constituição e nas leis.

Portando, o Estado de Direito é o que encontra limites na sua atuação, limites estes que são impostos com o objetivo de se garantir o devido respeito aos direitos e às garantias fundamentais das pessoas. Observa-se que aqui entra a importância da atuação do Ministério Público, porque é um órgão vocacionado à defesa do sistema jurídico e legal.

O Ministério Público é definido com uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado e que tem como objetivos principais a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Mendes (2012) entende que a Constituição de 1988 passou para o Ministério Público uma gama muito grande de poderes, pois é um órgão que defende os interesses sociais e políticos mais relevantes da sociedade.

2.1 Ministério Público e a Investigação Penal

Um dos poderes mais relevantes do Ministério Público é o poder de dar início à persecução penal. Essa prerrogativa é conferida pelo inc. I do art. 129 da Constituição Federal: "Art. 129, I. São funções institucionais do Ministério Público: promover privativamente a ação penal pública" (www.planalto.gov.br).

A ação penal pública é iniciada por uma peça denominada de denúncia. Para Capez (2012) a denúncia é uma peça que inaugura a ação penal, consistente em uma exposição escrita de fatos supostamente criminosos atribuídos a um possível autor e que, por isso, merecem uma sanção penal. Filho (2011) destaca que essa denúncia é ato exclusivo do Ministério Público.

Para a propositura da ação penal, o Ministério Público necessita de indícios de autoria e de materialidade do fato, requisitos que muitas vezes são adquiridos através da investigação criminal. Assim, a investigação criminal é de suma importância para a consecução de um dos principais fins institucionais do Ministério Público.

Apesar da importância para a ação penal, a doutrina não é unânime em atribuir o poder de investigação ao Ministério Público.

2.2 Corrente contrária ao poder investigatório do Ministério Público

O poder investigatório do *Parquet* é questionado por parcela da doutrina. Alega-se que a investigação realizada pelo Ministério Público atenta contra o sistema acusatório e que é uma atividade exclusiva da polícia judiciária, pois não há previsão legal que atribua tal poder ao Ministério Público.

Bitencourt (2013) entende que o poder investigatório é exclusivo da polícia judiciária, sendo ilegítimo e inconstitucional o desempenho de tal atividade pelos membros do Ministério Público. Para o doutrinador, o que o Ministério Público tem é atribuição para acompanhar a investigação criminal, fato que não pode ser confundido com o poder de realizá-la.

Grinover (2004), citada por Bitencourt (2013) afirma que não tem dúvida sobre a não aquisição do poder investigatório por parte do Ministério Público, já que a Constituição Federal do Brasil atribui essa função para a Polícia Federal e para as Polícias Cíveis dos Estados.

Esse era o posicionamento antigo do egrégio Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo **porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal** (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido. STF, RE 205473 / AL, Recurso Extraordinário nº 205473 / 1998 (grifo nosso) (www.stf.jus.br).

Essa corrente entende que o Ministério Público tem poder de requisitar diligências e investigações criminais, mas não o de presidi-las, por não haver previsão constitucional e legal. Assim, a atividade investigatória seria exclusiva da polícia judiciária.

2.3 Corrente favorável à atribuição do poder investigatório ao Ministério Público

A parte da doutrina que defende a atribuição do poder investigatório ao Ministério Público diz que a investigação realizada pelo Ministério Público não atenta contra o sistema acusatório e que essa atividade não é exclusiva da polícia judiciária. Afirma ainda que a atribuição

desse poder ao *Parquet* é essencial e vital para a consecução dos fins do Estado de Direito.

O poder investigatório do Estado não é atribuição exclusiva da polícia judiciária. Ademais, pela teoria dos poderes implícitos, quando a Constituição Federal confere a um órgão uma função institucional, automaticamente transfere os meios necessários para o seu fiel cumprimento. Assim, fornecer o poder investigatório ao Ministério Público, nada mais é do que fornecer um meio eficaz para que o *parquet* possa realizar sua principal função institucional.

Mello (s.d.), citado por Lenza (2012, p. 196), afirma que:

[...] a teoria dos poderes implícitos decorre de doutrina que, tendo como precedente o célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelece: ... a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Em relação à exclusividade, preceitua o parágrafo único do art. 4 do Código de Processo Penal:

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo **não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função** (grifo nosso) (www.planalto.gov.br).

Capez (2012) aduz que o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, mostra de forma clara que o poder investigatório não é exclusividade da polícia judiciária. Se não é exclusividade da polícia judiciária, como falar que não poder ser atribuído a outro órgão?

De maneira acertada, Filho (2011) defende a atribuição do poder investigatório criminal ao Ministério Público, pois a interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 leva a essa conclusão. Assevera ainda que a investigação criminal não pode ser feudalizada nas mãos de um único órgão.

O Supremo Tribunal Federal atualmente vem defendendo essa corrente, aduzindo, em repercussão geral, que o Ministério Público, por autoridade própria, pode promover investigações de natureza penal, mas desde que se observem alguns parâmetros, como:

- a) Respeitar os direitos e garantias fundamentais;
- b) Os atos da investigação devem ser documentados e praticados por membros do *parquet*;
- c) Respeito às hipóteses de reserva de jurisdição (ex: interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário etc);
- d) Respeito às garantias profissionais dos advogados;
- e) Duração razoável do prazo da investigação;
- f) Garantia de que os atos de investigação conduzidos pelo MP sejam controlados pelo Poder Judiciário.

A tese fixada na repercussão geral foi a seguinte:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigação de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoas sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XII, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da

possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle judicial dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa instituição) (STF. Plenário, RE59727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red/ p o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015 – repercussão geral – inf.785).

Com a argumentação supracitada, observa-se que a atribuição do poder investigatório para o Ministério Público encontra amparo no pensamento de parte da doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fato que corrobora com os fins do Estado de Direito.

3. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho é o de demonstrar a importância da atribuição do poder investigatório ao Ministério Público para a consecução dos fins de um Estado de Direito.

O Estado de Direito é aquele que deve obediência à Constituição Federal e às Leis, ou seja, é aquele que encontra limites na sua atuação. Os limites ao Estado de Direito são impostos com o objetivo de se garantir o devido respeito aos direitos e às garantias fundamentais. Aqui entra a importância da atuação do Ministério Público, tendo em vista que se trata de é um órgão vocacionado à defesa do sistema jurídico e legal.

Uma das mais importantes ferramentas que o Ministério Público tem para proteger o sistema jurídico é a ação penal. Para que se possa ter uma persecução penal justa é necessário que o poder de investigação criminal não seja concentrado em apenas um órgão. Atribuir o poder investigatório ao Ministério Público não significa usurpar a atribuição da polícia judiciária como muitos pensam, mas, sim, contribuir para que o Estado brasileiro tenha uma persecução penal mais justa e condizente com os princípios fundamentais constitucionais defendidos pelo nosso Estado.

4. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Participação de policial em crimes relativos a organização criminosa**. 2013. Disponível em: . Acesso/impressão do documento em: 12 jan. 2014.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 23/04/2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 23/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário, RE59727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red/ p o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015 – repercussão geral – inf.785 Disponível em:<<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo785.htm>>. Acesso em: 23/4/2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Roteiro de Direito Constitucional**. 4ª ed. Brasília: Gran Cursos, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMENTÁRIOS A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

MICHEL DE ALMEIDA CAMPELO: Juiz de Direito Estado do Pará/ especialização em Direito Público pela Universidade Anahaguera/LFG.

RESUMO: Ao iniciar o estudo de qualquer dos ramos do direito, quer seja do direito civil, quer seja do direito penal ou até mesmo do direito administrativo ou constitucional, inevitável será a abordagem do tema Responsabilidade Civil dado à relevância deste instituto para o mundo jurídico. O gênero Responsabilidade Civil do Estado, que até outrora era desconhecido do direito positivo, visto que preponderava a teoria da irresponsabilidade estatal ante os danos causados por seus agentes aos administrados, após a promulgação da Constituição de 1998 tornou-se matéria freqüente na problemática social e sua incidência no cotidiano o tem feito quase que centro das atividades jurídicas do Estado. Com efeito, as questões sobre Responsabilidade Civil do Estado se multiplicam no dia-a-dia dos tribunais. Portanto, devido à complexidade e atualidade do tema, é que se faz necessário um estudo mais profundo sobre o mesmo.

PALAVRAS- CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Administrativo.

ABSTRACT: When studying any of the branches of Law, whether civil law, criminal law or even constitutional or administrative law, it will be inevitable to approach the subject of State Liability, considering the relevance of this institute for the legal world. The term State Liability, which was once unknown to the positive law, since the theory of State irresponsibility prevailed over the damage caused by their agents, after the promulgation of the 1988 Constitution became a frequent matter in social issues and its impact on everyday life, which has made it almost the center of the legal activities of the State. Indeed, questions on State Liability are increasing day-to-day at court. Therefor, given the subject`s complexity and, it`s topicality, a further study on it is necessary.

KEY-WORDS: Civil state responsibility, Business

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE E SACRIFÍCIO. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1 Natureza da Responsabilidade Civil. 2.2 Responsabilidade Civil do Estado-Conceito. 2.3 Evolução histórica da Responsabilidade Civil do Estado. 2.4 Considerações sobre Funcionário Público e Agente Público. 2.5 Sujeitos passivos da ação: estado e funcionário. 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS. 3.1 Culpa anônima, deficiência ou falha do serviço público. 4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL. 4.1 Atividade regular do Estado capaz de causar dano. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um tema bastante amplo, vez que se tornou atinente a todos os ramos do Direito, motivo pelo qual é tido como tema complexo e de incalculável importância.

Desde os tempos remotos preponderou a idéia de delito como origem da responsabilidade, ou seja, do dever jurídico de reparação de dano.

Com efeito, tem-se por indispensável à manutenção harmoniosa da sociedade o dever de reparar os danos causados a outrem, restabelecendo-se a situação anterior da pessoa lesada. Surge, pois, quase que simultaneamente à vida gregária os institutos da responsabilidade civil e penal, e a necessidade de sua abordagem pelos estudiosos do Direito.

Não se nega os inúmeros estudos sobre este tema, porém o mesmo ainda não está bem estruturado na legislação, na doutrina ou mesmo na jurisprudência, bastando para verificar tal afirmação à leitura de jurisprudências e doutrinas sobre o tema, onde se notará que existem posições das mais adversas, tornando-se por isso, um desafio a todos os que pretendam escrever sobre este tema.

O desafio é ainda maior quando se pretende estudar sobre a responsabilidade civil do Estado, já que esta atingiu o estágio atual no cenário jurídico há pouco tempo, vez que nos primórdios, subsistia o

princípio da irresponsabilidade absoluta do Estado, e somente após vários anos de evolução e só após ter passado por diversas fases e estágios, veio em 1988, a integrar definitivamente o mundo jurídico como matéria constitucional e administrativa.

Alguns doutrinadores renomados abordaram o tema da responsabilidade do Estado. Contudo, o tema se apresenta ainda ao mundo jurídico cheio de questionamentos a serem esclarecidos e outros tantos a serem suscitados.

Indaga-se a respeito da correta interpretação da responsabilidade civil do Estado à luz do parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição Federal, questiona-se também de que forma e até que ponto deve o Estado arcar com os danos causados pelos seus agentes. Além de surgirem perguntas sobre se a omissão Estatal gera responsabilidade para o mesmo. Estas são algumas das questões levantadas sobre o tema.

É justamente devido à importância de um estudo aprofundado sobre este assunto e as inúmeras indagações a serem respondidas, o motivo pelo qual passaremos a debater sobre as diversas formas de manifestações da responsabilidade Estatal.

1 DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE E SACRIFÍCIO

É relevante deixar claro que a temática da responsabilidade do Estado não deve ser confundida com o dever, a cargo da Administração Pública, de indenizar os administrados nas ocorrências em que o ordenamento jurídico lhe entrega o poder de ir de encontro ao direito dos particulares, sacrificando assim alguns interesses particulares e transformando-os em sua respectiva expressão patrimonial.

Assim, diz-se que só pode-se falar em responsabilidade, no caso de vir alguém violar um direito de outrem. Caso não haja essa violação, mas apenas um sacrifício desse direito, que é inclusive previsto pela ordem jurídica, não há que se falar sobre responsabilidade Estatal.

Não se fala, portanto, em responsabilidade, do Estado quando este sacrifica ou enfraquece um direito alheio no exercício de uma prerrogativa que o próprio ordenamento jurídico lhe conferiu, atividade esta que consistia em praticar uma atividade cujo escopo consiste exatamente e precisamente em investir contra a esfera alheia para atuar sobre o direito de outrem.

Portanto, não se pode questionar sobre a responsabilidade do Estado nos casos em que o próprio ordenamento jurídico conferir ao Estado um poder que tem como conteúdo a prerrogativa específica de poder sacrificar um direito alheio, que se transformará em uma indenização patrimonial.

Logicamente, só podemos falar em responsabilidade Estatal por atos lícitos nos casos em este que ao exercer legitimamente o poder que lhe foi conferido causar, indiretamente, como mera consequência e não como sua finalidade específica, uma lesão a um direito alheio.

Vale ressaltar, que há ocasiões nas quais o Poder Público é autorizado pela ordem jurídica a exercer certos atos que não possuem por escopo específico fragilizar direito alheio. Entretanto, o exercício destes poderes pode vir a lesar direitos de terceiros, violando-os, como mera consequência de uma ação legítima.

Portanto, necessário se faz distinguir, e retirar da esfera da responsabilidade, somente as hipóteses nas quais a ordem jurídica entrega ao Poder Público à prerrogativa de debilitar direito de outrem. Ao contrario, devemos englobar na temática da responsabilidade, os casos em que uma atividade lícita do Estado, com escopo não necessariamente conflitante com direito alheio, vem, entretanto, a estabelecer situação na qual resulta violado o direito alheio, como consequência indireta do comportamento lícito da Administração.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O objetivo primordial do Direito é manter, a todo custo, a harmonia que caracteriza e possibilita a vida em sociedade, preservando a integridade moral e patrimonial das pessoas que venham a sofrer danos causados por ações ou omissões de terceiros, ocasiões em que aparece de forma inequívoca o dever de indenizar o dano a que dera causa.

O dever de reparar o dano causado a outrem é à base de toda a teoria da responsabilidade. Assim, pode-se conceituar responsabilidade civil como sendo a obrigação que tem todo sujeito de reparar o dano por ele causado à esfera juridicamente protegida de outrem.

A responsabilidade civil pode ser dividida em extracontratual ou contratual. A primeira decorre das várias atividades Estatais sem qualquer conotação pactual, ou seja, decorre de comportamentos comissivos ou omissivos, ilícitos ou lícitos atribuíveis ao Ente Estatal, já esta última defluiu das obrigações contratuais assumidas pelas contratantes.

Quanto à responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual destacada pelos artigos 186 e 927 ambos do Código Civil, ensina os respectivos artigos que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito ficando obrigado a reparar o dano.

Para a apuração da responsabilidade civil aquiliana do Estado em razão dos atos ilícitos praticados pelo causador do dano, não importa se sua conduta foi praticada de forma dolosa ou culposa.

Vale ressaltar, que em se tratando de responsabilidade objetiva sua pedra fundamental é justamente a falta de necessidade do lesionado pela atuação do Poder Público ter que provar qualquer rastro de culpa do agente ou do serviço. O elemento subjetivo (dolo ou culpa) então é desprezível como requisito desse tipo de responsabilidade, ou seja, não importam para a caracterização da respectiva responsabilidade objetiva.

Esse aspecto tem relevância no direito penal, por exemplo, quando configurado o ilícito daquela natureza. Assim, não importa para

efeito de responsabilidade civil do Estado, ter o agente praticado o ato ou fato jurídico de forma dolosa ou culposa.

São pressupostos necessários à caracterização da responsabilidade objetiva do Estado:

A existência de uma ação, de um fato administrativo, sendo este tido como qualquer conduta ilegítima ou legítima, comissiva ou omissiva atribuída a Administração. Muito embora, os artigos 929 e 930 do Código Civil disponham sobre os casos de responsabilidade por ato ilícito baseado única e exclusivamente no risco, há casos em que se verifica responsabilização independentemente de culpa, como nos acidentes de trabalho, onde há responsabilidade sem culpa, pois o patrão é obrigado a indenizar acidentes de trabalho sofrido pelo empregado mesmo que ele tenha concorrido para sua produção. Lembra-se ainda que mesmo em caso do representante do Estado atue fora de suas atribuições, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo.

Bem como, a ocorrência de um dano, seja este moral ou patrimonial causado a vítima. Não pode haver responsabilidade civil sem dano, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão. Ressalva-se ainda, que o dano moral é acumulável com o patrimonial.

Por fim se faz imprescindível o nexo de causalidade entre o dano e a ação. Deve haver nexo de causalidade, isto é, uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano que se pretende reparar. Inexistindo o nexo causal, ainda que haja prejuízo sofrido pelo credor não cabe cogitação de indenização, ou seja, significa dizer que é necessário que a lesão seja uma consequência da atuação ou omissão do agente.

No RE 179.147 que teve como relator o Ministro Carlos Velloso ficam claros os requisitos para a caracterização da responsabilidade objetiva:

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito

privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 481).

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-CONCEITO

Vários autores renomados tentaram elaborar de forma ampla e completa seus conceitos sobre responsabilidade civil do Estado, sendo este tema, inclusive, motivo de inúmeras divergências doutrinárias.

Marcelo alexandrino e Vicente Paulo lecionam que:

No âmbito do direito público, temos que a responsabilidade civil da Administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais, e com tal reparação se exaure. (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 472).

São de fundamental importância para uma melhor compreensão do tema, os ensinamentos do professor Hely Lopes Meireles, que resolveu, de forma inovadora, usar a responsabilidade civil do Estado, pois para este a responsabilidade surge de atos administrativos e não de atos do Estado como entidade política, *in verbis*.

Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil, como veremos adiante. Mais próprio, portanto, é falar-se em Responsabilidade da Administração Pública do que em Responsabilidade do Estado, uma vez que é a atividade administrativa

dos órgãos públicos e não dos atos de governo que emergem a obrigação de indenizar (MEIRELLES, 2008, p. 656).

De acordo com tal denominação, Hely Lopes Meireles (2008, p. 656), conceitua esta atribuição Estatal, como sendo “a que impõe à Fazenda pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por seus agentes públicos, no desempenho de suas atribuições”.

Vale destacar também as idéias de Rui Stoco (1999) e Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 135-136), segundo estes estudiosos, a “idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica e inevitável da noção de estado de direito”. Para estes doutrinadores o instituto responsabilidade civil do Estado surge como mero corolário da submissão do Poder Público ao direito.

No mesmo sentido posiciona-se Washington de Barros Monteiro (2000, p. 111), para quem a recusa do Estado de indenizar os danos causados por seus órgãos ou agentes significa total incoerência com o objetivo primeiro do Estado, a justiça. Ressalva-se ainda: “negar indenização neste caso é subtrair-se do Poder Público à sua função específica, a tutela dos direitos”.

Afirma ainda Washington de Barros Monteiro que a responsabilidade do Estado funda-se em razões de ordem solidária, ou seja, a Administração Pública responde pelos deveres oriundos da solidariedade social. Sobre o tema, dispõe o autor:

O serviço público é organizado em benefício da coletividade. Mas, na sua atuação, pode-o produzir dano, acarretar certos benefícios. Devem estes ser suportados por todos indistintamente, contribuindo cada um de nós, por intermédio do Estado, para o ressarcimento do prejuízo sofrido por um só. (MONTEIRO, 2000, p.111).

Sucintamente e de forma mais simplificada podemos dizer que o Estado, como ente público e derivado do direito, a este se subordina,

respondendo também pelos prejuízos que vier a causar por meio de seus agentes aos administrados.

Mas, não se pode atribuir exclusivamente como fundamento de ser da responsabilização Estatal, o surgimento do estado de direito, deve-se também ter a noção de que esta é corolário do princípio da igualdade, vez que se busca distribuir isonomicamente entre todos os ônus oriundos das atividades Estatais, evitando-se que poucos venham a arcar com os prejuízos causados pelo ato do Estado. Ora se todos colhem os benefícios do escopo Estatal, todos também devem vir a suportar os riscos inerentes e consequentes da atividade do Poder Público

Portanto, de outro modo não poderia ser, uma vez que por este instituto se busca zelar pela harmonia que caracteriza e possibilita a vida em sociedade, impossível então para o Estado eximir-se da obrigação de responder pelos danos provenientes de sua atuação. Caso assim não fosse, ao invés de zelar pela paz social, este seria responsável pelo seu desequilíbrio.

Assim, resta indubitável o dever do Estado de indenizar pelos prejuízos causados, porém, em razão da privilegiada posição de superioridade de que dispõe e da peculiaridade da atividade que desempenha, não é necessário a comprovação da culpa ou dolo da Administração Pública, bastando provar a existência da ação, do dano, e da causalidade.

Portanto, não se pode equiparar o Estado ao particular como esclarece o eminente doutrinador Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

...a desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado decorrente das prerrogativas de direito público a este inerentes, prerrogativas estas que, por visarem à tutela do interesse da coletividade, sempre assegurarão a prevalência jurídica destes interesses ante os do particular. Seria, portanto, injusto que aqueles que sofrem danos patrimoniais ou morais decorrentes da atividade da Administração

precisassem comprovar a existência de culpa da Administração ou de seus agentes para que vissem assegurado seu direito à reparação. (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 476).

Assim tornou-se, por isso, inaplicável as teorias subjetivas no que toca a responsabilização do Poder Público em razão dos prejuízos gerados aos particulares. Nos dias de hoje se vale dos princípios de direito público quando se fala de responsabilização do Estado.

A responsabilidade civil no que diz respeito ao funcionário da Administração Pública, restringe-se ao dever de reparar o dano à Administração, por culpa ou dolo no desempenho de suas funções. Não há que se falar em responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa para o servidor. Este, como qualquer outra pessoa que venha a causar dano a outrem, só será responsabilizado caso se verifique dolo ou culpa em sua conduta, é que a responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo, e se exaure com a indenização. A responsabilidade civil dos funcionários da Administração Pública é independente das demais espécies de responsabilidade (a citar: administrativa e da criminal).

Caso o servidor, no desempenho de suas atividades venha a causar algum prejuízo à Administração Pública, deve o mesmo ser responsabilizado, ressarcindo o respectivo órgão do prejuízo sofrido. Há, portanto, direito de regresso contra o funcionário que tenha agido com dolo ou culpa no exercício das suas funções, ocasionando dano a terceiros, sendo tais danos indenizáveis diretamente e objetivamente pelas entidades estatais e suas autarquias.

Ressalta-se ainda que o ato lesivo do agente poderá gerar sua responsabilização nas esferas administrativa, cível e penal; lembrando ainda que a responsabilização de que a cuida a Constituição é a civil, não se deve confundir a responsabilidade civil com a responsabilidade administrativa e muito menos com a responsabilidade penal, visto que a administrativa decorre da situação estatutária, ou seja, da infração, pelos agentes do Estado, dos regulamentos administrativos e das leis que regem seus atos e condutas; e a penal está prevista no respectivo código, e como se sabe

provém da prática de ilícitos penais, estes capitulados, por exemplo, nos artigos 312 a 327 do código penal.

Essas três responsabilidades são independentes e podem ser apuradas conjunta ou separadamente.

A condenação criminal implica, entretanto, no reconhecimento automático das demais responsabilidades. Todavia a absolvição do crime nem sempre isenta o funcionário das demais responsabilidades, porque pode não haver ilícito penal e existir ilícitos administrativos e civis. Como dissemos, são independentes entre si as responsabilidades.

Assim, a absolvição criminal só afasta a responsabilização administrativa e civil, quando ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao funcionário, dada à independência das três jurisdições. A absolvição na ação penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não exclui a responsabilidade administrativa e nem a civil do servidor, que pode, assim, ser punido administrativamente, além de ser responsabilizado civilmente.

A apuração do dano e da culpa do servidor público é geralmente feita através de processo administrativo, findo o qual a autoridade competente lhe impõe a obrigação de indenizar o Poder Público se couber, através de indenização em dinheiro, indicando a forma de pagamento. Não obstante a comprovação da culpa do servidor administrativamente, este só será instado a pagar os prejuízos causados à Administração depois da comprovação de sua culpa em ação regressiva.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Sabe-se hoje, que como qualquer outro sujeito de direitos, o Estado pode se deparar com uma situação na qual venha a se encontrar na situação de quem gerou uma lesão a terceiro, e isso lhe gera o dever de recompor os prejuízos decorrentes da sua atuação lesiva.

A idéia acima é atualmente muito importante. De forma universal todas as nações, todos os ordenamentos jurídicos reconhecem, de modo unânime, o dever do Estado de ressarcir terceiros por seus comportamentos que venham a ocasionar danos. Até mesmo, os Estados Unidos e a Inglaterra, últimos a aderir à tese, acabaram por assumi-la em 1946 e 1947.

Assim em princípio, o Estado não respondia pelos danos causados perante terceiros por atos de seus servidores, predominando o princípio da irresponsabilidade absoluta do Estado.

Esta idéia de total irresponsabilidade do Poder Público pelos atos de seus agentes que causassem danos aos administrados teve maior importância na época dos regimes absolutistas. Estruturava-se este pensamento na noção de que era impossível ao monarca causar danos aos seus subordinados, uma vez que a figura do rei nunca cometia erros, idéia esta traduzida no ditado: "the king can do no wrong".

Atualmente entende-se que esta teoria é a negação do próprio direito, sendo repudiada pela consciência jurídica universal, prevalecendo assim, a idéia de que o Estado deve sim responder pelos danos causados pelos seus agentes.

Com o passar do tempo, surgiu à teoria civilista, para esta corrente de pensamento, que visivelmente tem traços do individualismo, próprio do liberalismo, buscava-se igualar o Estado ao particular, cabendo, portanto, ao Estado indenizar as lesões causadas aos administrados somente nas mesmas ocasiões em que houvesse tal dever para os particulares.

Portanto, como o Ente Estatal age através de seus agentes, apenas viria aparecer à obrigação de recompor qualquer lesão quando os agentes, houvessem concorrido com dolo ou culpa, restando assim, claro, que caberia a pessoa lesada comprovar esses elementos subjetivos.

Com o tempo percebeu-se que não cabia mais também esta responsabilização baseada em princípios subjetivos, ocorrendo assim à substituição daqueles por princípios de direito publico, estes então passaram a nortear a responsabilização do Estado por seus atos.

Assim, após vários anos de uma lenta e progressiva evolução legislativa e doutrinária, atingiu-se o estágio da responsabilidade objetiva. Surgiram então as teorias da culpa administrativa, do risco integral e do risco administrativo, todas elas baseadas nas idéias de responsabilidade objetiva.

No Brasil a matéria em estudo ao longo tempo foi disciplinada por diversos diplomas legais partindo da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, que se afiliava ao princípio da irresponsabilidade absoluta do Estado, sendo regulada posteriormente por diversas Constituições como se demonstram nas transcrições adiante: (<http://jus.uol.com.br/revista/texto/491/responsabilidade-civil-do-estado>). Acesso em: 10.01.2011).

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824: Art. 179, 29 – Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente aos infratores.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1981: Art. 82 – os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrem no exercício de seus cargos assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo Único – O funcionário público obrigarse-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934: Art. 171 – Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual, Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão e abuso no exercício dos seus cargos.

§1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§2º - Executada a sentença contra Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937: Art. 158 – Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946: Art. 194 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único – caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver culpa destes.

COSNTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967: Art. 105 – As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo Único – Caberá a ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: 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 o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se depreende da atual conotação dada pelo texto constitucional à responsabilidade civil das pessoas de direito público não depende de prova de culpa, exigindo apenas a comprovação do prejuízo injustamente sofrido.

Diz a atual Constituição que respondem objetivamente pelos danos causados além das pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, autarquias e fundações públicas por exemplo.

Com referência às pessoas de direito público, não existe novidade. Já com relação às pessoas de direito privado isso sim foi uma novidade que foi introduzida pela Constituição de 1988. O constituinte originário visou igualar estas com as pessoas de direito público, com o escopo de impor também à tese da responsabilidade objetiva, as pessoas jurídicas de direito privado, que tenham por atribuições atividades que, em princípio cabem ao Poder Público. Portanto, se tais serviços são transferidos a estas pessoas de direito privado pelo próprio Estado, não seria justo que só o fato de transferir, ou melhor, delegar a atividade que seria de início do Estado tivesse a força de afastar a responsabilidade objetiva, vindo a dificultar a indenização pelos danos causados aos particulares.

A saber, tem-se incluídas neste tipo de responsabilidade dentre as pessoas privadas da Administração indireta, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado, se se dedicam à tarefa de exercer serviços públicos, bem como as permissionárias e concessionárias que desenvolvem serviços públicos.

De frente do requisito fixado pela Constituição, fica, portanto, de fora as empresas públicas e as sociedades de economia mista que tem por escopo o desempenho de qualquer atividade econômica, até mesmo porque o art. 173, § 1º da Constituição Federal proclama que estas pessoas serão submetidas ao direito aplicável às empresas privadas. Em decorrência disto estas pessoas subordinam-se às regras da responsabilidade subjetiva.

Assim com o decorrer da estória surgem as teorias objetivas que examinam sobre ângulos diversos a responsabilidade objetiva do Estado. São elas:

A teoria da culpa administrativa: esta teoria na verdade representa uma transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a da responsabilidade objetiva. Segundo esta corrente de pensamento, o dever de indenizar do Estado decorre da ausência objetiva do serviço público, ou seja, sua culpa decorre da falta de serviço público, cabendo a vítima comprovar a inexistência deste, assim, aqui não se pergunta sobre a culpa subjetiva do agente, mas sim da falta na prestação do serviço.

A teoria consubstancia-se na idéia de que apenas se a lesão for decorrente de uma irregularidade no desenvolver da atividade da Administração é que surgirá o dever de recompor os danos ao terceiro lesado, percebe-se que cobra-se também um tipo de culpa, todavia, não se trata da culpa subjetiva do representante público, mas sim de uma específica da Administração, denominada de culpa administrativa ou culpa anônima.

A culpa anônima advém da falta do serviço numa das três vertentes: retardamento do serviço, inexistência do serviço, ou do mau funcionamento do serviço. Devendo o administrado lesado, demonstrar uma das situações acima para que assim possa ter direito à devida indenização

A teoria do risco administrativo: sua denominação deriva do fato de que esta teoria se funda no risco que o Estado gera para os administrados no desempenho de suas atribuições. Para essa teoria só é necessário o dano injustamente suportado pelo administrado e imputável à Administração Pública, para que esta seja instada a indenizar, sendo irrelevante a existência de culpa. Aqui não se cogita de culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por conduta do Poder Público. Entretanto, em caso de culpa total ou parcial da vítima, a indenização pode sofrer atenuação ou mesmo ser excluída.

Outro fundamento para esta teoria está na solidariedade, uma vez que toda a sociedade responde pelo ato lesivo através do pagamento de tributos, embora esteja assegurado pela Constituição o direito de regresso conta o agente responsável nos casos de dolo ou culpa.

Bem diz Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que:

Existindo o fato do serviço e o nexo de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, presume-se a culpa da Administração. Compete a esta, para eximir-se da obrigação de indenizar, comprovar, se for o caso, existência de culpa exclusiva do particular ou, se comprovar culpa concorrente, terá atenuada sua obrigação. O que importa em qualquer caso, é que o ônus da prova de culpa do particular, se existente, cabe sempre à Administração. (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p.474).

A teoria do risco integral: por esta teoria a Administração responde invariavelmente pelos prejuízos causados a terceiros, ainda que advenham de culpa concorrente, exclusiva ou até mesmo de dolo deste. Esta linha de pensamento representa a exacerbação da responsabilidade Estatal.

No que diz respeito às teorias supra; a Constituição Federal adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, mas sob a modalidade do risco administrativo. Desse modo, pode ser atenuada a responsabilidade do Estado, provada a culpa total ou concorrente da vítima. Não foi adotada, assim, a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral, que obrigaria sempre o Estado a indenizar, sem qualquer excludente.

Todavia, para alguns autores a Constituição de 1988 teria adotado a teoria do risco integral e não a do risco administrativo. Ressalva-se, porém, que essas divergências são mais de ordem semântica, pois todos partilham do entendimento de que as regras constitucionais não impuseram ao Estado o dever de indenizar indistintamente todo e qualquer

dano e em qualquer circunstância, pois seria um absurdo exigir que a Administração respondesse por prejuízos que não colaborou de alguma maneira, como nos casos de culpa da vítima ou de força maior.

2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE FUNCIONÁRIO PÚBLICO E AGENTE PÚBLICO

O Estado é uma instituição criada para executar varias atividades, podemos resumi-las em: jurídica e social. Através da primeira, o Estado visa garantir a ordem interna, por meio da manutenção da ordem pública e da distribuição da justiça, além de proporcionar a defesa do território contra os inimigos externos. A atividade social tem por fim a proporcionar o bem comum.

Com o fito de realizar essas atividades, o Estado como pessoa jurídica de direito público, prescindido do atributo físico, manifesta sua vontade através de órgãos, instituídos para o desempenho de suas funções, as quais realizam suas atribuições por meio de agentes que recebem o qualitativo de público. Age, assim, portanto através de representantes, cujos atos, se você for observar, são atos do próprio Ente Público.

Além do que, a noção de agente público abrange todos aqueles que sob diversas categorias, sob diferentes títulos jurídicos, desempenham função pública e somente enquanto a desempenham, independentemente da forma de investidura e da natureza da vinculação que os prende ao Estado.

A nova Constituição (1988), visando uma interpretação mais ampla, capaz de englobar as pessoas que exerçam obras ou serviços públicos, substituiu a expressão “funcionários” por “agentes”.

Assim, acertadamente à Constituição Federal utilizou-se da expressão agente, no sentido amplo de servidor público englobando, portanto, para escopo da responsabilidade civil, todos os indivíduos que se encontram investido da tarefa de presta qualquer serviço público, seja em caráter permanente, seja em caráter transitório. O que importa é o fato do agente do Ente Estatal tenha realizado a conduta ou a omissão na qualidade de agente público.

Logo, como agente deve ser entendido, toda e qualquer pessoa que no momento do dano, exercia uma atribuição ou função pública. Com efeito, o §6º do artigo 37 da CF, abrange não só os ocupantes de cargo ou função pública diretamente ligada a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, dos poderes Legislativos, Judiciários e Executivos quando no exercício de serviço público; abrange na realidade todo e qualquer servidor estatal da Administração direta ou indireta, quando agir nesta qualidade. Englobando, inclusive, as concessionárias e permissionárias de serviço público e os agentes políticos no exercício de funções administrativas e tantos outros executantes de atos e serviços administrativos.

2.5 SUJEITOS PASSIVOS DA AÇÃO: ESTADO E FUNCIONÁRIOS

Há algumas controvérsias em relação ao sujeito passivo na ação indenizatória.

De início, não existe nenhuma controvérsia de que as pessoas jurídicas de direito público ou as de direito privado prestadoras de serviços públicos possuem a capacidade, ou seja, a legitimidade para estarem no pólo passivo de uma ação de indenização.

Indaga-se, entretanto, se é possível entrar com uma ação, diretamente, em face apenas do agente público gerador da lesão. Há quem não admita. Contudo, há doutrinadores que admitem, afirmando estes que a simples circunstância de ser atribuída a responsabilidade objetiva a pessoas jurídica não pode por si só gera a exclusão da possibilidade de se agir em face do agente público que gerou a lesão de forma direta. O conteúdo do artigo. 37 § 6 da CF visa prestigiar o prejudicado, diante das inúmeras prerrogativas do Poder Público, contudo, não lhe retirou a chance de pleitear normalmente o direito de ação.

Todavia, como já foi dito anteriormente, outros doutrinadores lecionam que a nossa Constituição Federal atual aderiu à teoria do risco administrativo, e de acordo com esta para eles, a ação de indenização proposta pela vítima há de ser dirigida unicamente contra a pessoa jurídica envolvida, em assim sendo, caso fique demonstrada posteriormente a culpa do servidor no ato lesivo ao particular, caberá ao Estado propor ação

regressiva contra o agente, de forma a não ser o patrimônio público lesado pela conduta ilícita do mesmo. Porém, outros mestres pregam que quando no caso a culpa ou dolo do agente público estiver demasiadamente claro, permite-se que o particular proponha a ação de indenização contra ambos, agente público e Estado, como responsáveis solidários.

Confirmando tais pensamentos, Oswaldo de Aranha Bandeira de Mello diz: “a vítima pode propor ação contra o Estado, contra o funcionário, a sua escolha, ou contra ambos solidariamente”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira 2009, p. 1028).

Já Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo dizem que: “o particular que sofreu o dano praticado pelo agente deverá, pois, intentar a ação de indenização em face da Administração, e não contra o causador do dano”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, P. 489).

Mas, ressalta-se que ao se ter só como réu o agente do Estado à vítima teria o inconveniente de ter de provar a culpa do funcionário, vez ser sua responsabilidade subjetiva, mas em compensação se livraria das notórias dificuldades da execução, contra a Fazenda Pública. O particular tem o ônus da prova, mas vê facilitada a execução da sentença judicial.

Assim, demonstrada desde logo a responsabilidade subjetiva, isto é, a culpa do servidor, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a possibilidade de que a ação de indenização venha a ser proposta diretamente contra o causador do dano.

Exemplo, julgado do STF RE 99.214(RTJ 106/1182) abaixo:

Responsabilidade civil. Exegese do artigo 107 da Constituição Federal. Ação direta contra o servidor público com base no artigo 159 do código civil. O artigo 107 da Constituição Federal não impede que a vítima de dano decorrente de ato de servidor público - como o é o serventuário da justiça, ainda que de serventia não oficializada - proponha contra este ação direta, com fundamento no artigo 159 do código civil. Recurso extraordinário conhecido...

Vê-se que o tópico em análise ainda apresenta muitas divergências na doutrina, existindo opiniões em diversos sentidos e para todos os gostos.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Não é apenas agindo comissivamente que o Estado causa danos que devem ser reparados, da omissão, também pode vir a surgir prejuízos aos administrados. Pois como ensina José Cretella Junior (2002, p. 210): “se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por ‘inércia’ ou ‘incúria’ do agente”. O que origina uma culpa, “ligada à idéia de inação, física ou mental”.

Como já foi dito anteriormente, quando o comportamento lesivo é comissivo, não é necessário que se comprove a culpa ou dolo da administração, sendo a responsabilidade do Estado objetiva.

Porém, quando o evento danoso decorre de omissão, os danos são causados pelo Estado, mas por evento alheio a ele. A omissão, sem dúvida, propicia sua ocorrência, contudo a responsabilidade do Estado só ficará caracterizada caso se comprove procedimento contrário ao direito, doloso ou culposo. É neste caso, subjetiva a responsabilidade Estatal. Contudo, não é algo unânime que a responsabilidade por omissão seja do tipo subjetiva, existindo os defensores que seja esta objetiva.

A controvérsia se mostra até nos tribunais. O próprio STF afirma no (RE 283.989/PR, rel. Min. Ilmar Galvão):

Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para o envio de força policial ao imóvel invadido. (ROSA, 2009:130)

No RE 237.536 de cujo relator foi o Min. Sepúlveda Pertence, extraí-se a seguinte passagem:

Parece dominante na doutrina brasileira contemporânea a postura segundo a qual somente conforme os cânones da teoria subjetiva derivada da culpa será possível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 481).

Os que defendem ser responsabilidade do tipo subjetiva nos casos de omissões dizem que em caso de não funcionamento do serviço público, ou do mau funcionamento ou ainda em caso de funcionamento atrasado, estaria aí caracterizado um comportamento ilícito e de certa forma omissiva por parte do Estado, que “devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente”. (STOCO, 1999, p. 504).

Celso Antonio Bandeira de Melo (2004) esclarece que:

O artigo 37, §6º da CF, reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar ou produzir um efeito. A omissão pode ser uma condição para que outro evento cause dano, mas ela mesma (omissão) não pode produzir o efeito danoso. A omissão poderá ter condicionado sua ocorrência, mas não causou.

Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, predomina que seja subjetiva a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou falta de serviço que ocorre, por exemplo, na omissão do Estado em debelar o incêndio, em prevenir as enchentes, ou em obstar um assalto em praça ou em via pública; que é condição da ocorrência de um fato lesivo, mas causa não é.

Assim, a responsabilidade do Poder Público apenas pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados; ou seja, quando, devendo agir, não o faz, incorrendo no ilícito de deixar de obstar àquilo que podia impedir e estava obrigado a fazê-lo

É bom que se ressalve que a Administração só encontra-se obrigada a cobrir o risco administrativo e não a atividade predatória de terceiros ou fenômenos da natureza. Por tais fatos o Estado só pode ser responsável civilmente caso fique demonstrada a sua negligência, imperícia ou imprudência.

Nesses casos, a Administração Pública só responde pelos danos a que estivesse obrigada a impedir; por exemplos, nos casos de alagamento de casas em decorrência de má conservação de galerias pluviais, ou de um policial que presencia um assalto e nada faz. Sobre responsabilidade administrativa por ato omissivo, veja:

Administrativa – Responsabilidade Civil do Bacen – falta do serviço de fiscalização no Mercado de Capitais - Leis nº. 6.024/74 e de 4.728/65 – Prejuízo Causado pelo Grupo Coroa S/ª 1 (...) 2(...) 3. Superadas às preliminares de carência de ação, porque situada à controvérsia no campo da responsabilidade civil da autarquia, art. 159 do Código Civil e art. 37 § 6 da CF. 4. Prova documental comprobatória da falta fiscalização pelo BACEN, em transgressão aos deveres funcionais – Lei nº. 4.595/65. 5. Indenização dos valores desembolsados pela autora, inclusive pelo que foi obrigada a ressarcir os seus clientes, devidamente atualizados, a partir da data da liquidação como pedido, recompondo-se, assim, os danos emergentes. 6. Nega-se a incidência de lucros cessantes pelas circunstâncias fáticas do investimento, de hipotética possibilidade de lucros, pelo risco de mercado. 7. Verba honorária criteriosamente fixada na sentença. 8.

Agravo retido não conhecido. Apelo do BACEN, improvido -provimento parcial ao recurso da autora". (Apelação Civil n.º. 1085590/09-DF, TRF 1ª Região, Rel. Juíza Eliana Calmon, DJU 20.02.92. p. 3300)

Administrativo e civil. Reparação de Danos. Falta do Serviço. Teoria do Risco Administrativo. 1. A omissão da Administração em não promover as obras de captação e drenagem de águas pluviais na via pública, onde se desenvolvia processo de erosão, traduz falta de serviço justificadora da responsabilidade civil da Administração pela Teoria do risco administrativo. 2. Apelo improvido. (Apelação Civil n.º. 105074/89-MG, TRF 1ª Região, Rel. Juiz Gomes da Silva, DJU 15.08.94, p. 43660).

Apelação Cível n. 2006.047667-8, de Lages
Relatora: Desembargadora Substituta Sônia Maria Schmitz

Responsabilidade civil. Omissão. Festa Nacional do Pinhão. Acidente em ringue de patinação no gelo. Fratura do cotovelo com perda de mobilidade do membro. Ausência de INSTRUTORES. Evidenciada a relação de causalidade entre o fato e a omissão do Ente Público, que deixou de adotar as medidas necessárias para garantir a segurança e a integridade física dos participantes da Festa Nacional do Pinhão, através da disponibilização de instrutores qualificados e assistência médica de emergência, inevitavelmente estará obrigado a suportar os prejuízos e conseqüências que sua inércia acarretou, por força do dispositivo constitucional, que contempla a teoria do risco administrativo.

Assim, percebe-se que a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos é gênero bastante freqüente e que se manifesta em muitas ocasiões. Dentre estas, vislumbra-se ainda a hipótese de quando o Estado

será responsável no caso de omitir-se na fiscalização dos serviços de suas concessionárias e permissionária.

Lembre-se também, que não se deve perder de vista o fato de que a responsabilidade do Estado deve advir da presença do binômio dever de agir-possibilidade de agir.

Se previsível o dano, deve o Estado, em princípio, reparar. Pois, sem previsibilidade, como sabemos, não há culpa. Mas, não basta à previsibilidade, é necessário que o Estado reúna meios materiais para evitar o prejuízo.

Assim, só deve o Estado responder em caso de omissão em prestar o devido policiamento e, portanto, pela falha na hora de coibir o crime, se este era perfeitamente previsível no meio social, por exemplo.

3.1 Culpa Anônima, Deficiência ou Falha do Serviço Público - Jurisprudência

Atualmente, um grande número de processos que tramitam pelo judiciário diz respeito aos danos sofridos pelo particular em virtude de culpa anônima e de deficiência ou falha do serviço público, embora ocorrido o dano por ocasião de acontecimentos naturais, *in verbis*:

Acidente de Trânsito em Virtude de Fadiga de Sinalização em pista Rodoviária – indenização devida pelo DER – ocorrido o acidente por falha exclusiva do serviço público, que mantinha pista defeituosa e sem sinalização adequada, responde a autarquia encarregada desse mister administrativo pelos prejuízos causados. (TR, 606:133; JTACSP, Revista dos Tribunais, 100:86).

Veículo atingido por uma laje tombada da Ponte das Bandeiras, aplicabilidade da teoria do risco administrativo, abrange as culpas anônimas e as exclusivas do serviço – Desnecessidade de

investigação de culpa pessoal do funcionário – Obrigação da Municipalidade de ressarcir os danos. (RJTJSP, 28:93).

Reparação de Danos - Queda de caminhão ao passar por ponte ruída - bem particular apossado administrativamente – dever da Municipalidade de mantê-lo em perfeito estado de segurança – Indenização devida. (RT, 608;110).

Invasão da Pontifícia Universidade Católica por policiais – Universitárias agredidas – Redução de capacidade laboral – Indenização devida pelo Estado – O Estado responde por lesões causadas em alunos por policiais, ao invadirem a escola para dissolver reunião daquelas em pátio do estabelecimento – Essa responsabilidade é objetiva. (RT, 553:89).

Indenização- acidente de trânsito- evento ocasionado por buraco na via pública sem a devida sinalização- inexistência de culpa da vítima- verba devida em face do princípio da teoria do risco administrativo- inteligência do art. 37 §6 da CF RT (747/285).

Os exemplos acima são só uma pequena amostra dos inúmeros processos que tramitam pelo poder judiciário, que tem como um dos sujeitos o Poder Público.

4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

A responsabilidade do Estado não é absoluta. Ela cede na hipótese de força maior ou de caso fortuito.

O próprio STF já disse no agravo de instrumento nº 4455.846/RJ:

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter

absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 485).

Da mesma forma, não haverá responsabilidade do Estado em havendo culpa exclusiva da vítima, todavia incube ao Estado provar, este não conseguindo provar a culpa do particular, só lhe restará o dever de responder pelo dano. Nessas hipóteses a exclusão da responsabilidade se deve a inexistência de nexos causal entre qualquer atuação do Estado e a lesão em tela. Também nos casos de culpa concorrente impõe-se a redução da indenização devida pelo Estado.

Entenda-se com isso que o Estado sempre responderá em razão de dano causado ao administrado, por ação ou omissão de seus agentes, desde que injustificadamente causado. Entretanto, é preciso bem distinguir os danos causados por agentes públicos ou de quem lhes façam às vezes, dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza.

Nas hipóteses de depredação por multidões, de enchentes e ventanias, por exemplo, que venham a provocar danos aos administrados, suplantando os serviços públicos existentes, são imprescindíveis a prova de culpa da Administração para legitimar a indenização. É o que tem decidido os tribunais e o que afirma José dos Santos Carvalho Filho, conforme abaixo demonstrado:

A regra, aceita no direito moderno, é a de que os danos causados ao indivíduo em decorrência exclusiva de tais atos não acarreta a responsabilidade civil do Estado, já que, na verdade, são tidos como atos praticados por terceiros. Sequer existem os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, seja pela ausência da conduta administrativa, seja por

falta de nexos causal entre atos estatais e o dano. Pelo inusitado ou pela rapidez com que os fatos ocorrem, não podemos atribuir os seus efeitos a qualquer ação ou omissão do Poder Público. Ocorre, porém, que, em certas situações, se torna notória a omissão do Poder Público, porque teria ele a possibilidade de garantir o patrimônio das pessoas e evitar os danos provocados pela multidão. Nesse caso, é claro que existe uma conduta omissiva do Estado, assim como é indiscutível o reconhecimento civil do Estado. Trata-se de situação em que fica cumpridamente provada a omissão culposa do Poder Público. Essa é a orientação que tem norteado a jurisprudência a respeito do assunto. (FILHO, 2009, p. 536).

Demonstrando o pensamento Jurisprudencial, cita-se abaixo:

Rodovias oficiais – Lama extravasada de canaletas – Falha nos serviços de inspeção – indenização pela metade. O DER responde pelo acidente automobilístico ocorrido por motivo de omissão nos serviços de inspeção de rodovia oficial – Essa responsabilidade fica atenuada por metade se o evento ocorreu durante copiosas chuvas (RT, 517:28).

4.1 ATIVIDADE REGULAR DO ESTADO CAPAZ DE CAUSAR DANO

O serviço público é organizado em benefício da coletividade. Mesmo assim, no seu desempenho, pode-se produzir danos e acarretar certos malefícios.

Visando melhorar a qualidade de vida da coletividade, o Estado se dispôs a fornecer aos administrados vários serviços, porém muitas atividades, embora imprescindíveis para a vida moderna, também criaram grandes riscos à população.

Contudo, mesmo em casos de atividades que originem risco, o Estado estará obrigado a responder independentemente de culpa, pois é

dever seu fornecer o melhor serviço possível, não havendo porque o administrado suportar prejuízos causados pelo mau funcionamento destes serviços.

É evidente, que em muitas hipóteses a conduta Estatal geradora de uma lesão não terá sido legítima, ao invés, terá sido ilegítima. Mas, como vaticina José dos Santos Carvalho Filho:

No que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não esta ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, verdade, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer à responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. (FILHO, 2009, p. 519).

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 995-996) diz: “responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”.

Particularmente, no que se refere aos danos pessoais causados por veículos de transportes, *in verbis*:

Provas conflitantes ou não suficientemente esclarecedoras dos fatos (qual dos motoristas é o culpado ou o causador do dano) ao invés de beneficiar o Estado-réu, e de conduzir ao pronunciamento *non liquet* e da improcedência da ação, importa o reconhecimento da obrigação de indenizar (desde que provado o dano e a relação de causalidade), por se tratar de responsabilidade presumida (cf. 1º TASP, Ap. 402.850-6-SP; Ap. 412.831-4, Suzano) <http://www.comegnio.com.br/tese12.htm>. Acesso em 07.01.2011.

Transporte coletivo de passageiros – Atropelamento por ônibus urbano – Atividade da companhia municipal que se enquadra dentre as consideradas de risco – Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, §6º da CF que não chega ao extremo do risco integral – Responsabilidade de ser elidida pela demonstração da inexistência da culpa. (RT, 664:103, 676:121).

Administrativo. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo inexistência de culpa por parte da vítima. Pensão vitalícia. 1- Inocorrência de culpa da vítima atropelada e morta por veículo oficial. Responsabilidade da Administração, segundo a teoria do risco administrativo, que não exige a culpa do seu agente, bastando o fato do serviço e o nexo de causalidade entre este e evento danoso. 2. Pensão vitalícia bem fixada. 3. remessa denegada. (Remessa Ex-Ofício nº 105031/90-BA, TRF 1ª Região, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJU 06.08.90, p. 16636).

Como dito, há casos em que a atividade da Administração é regular, mas por causar dano, legítima a ação de ressarcimento contra o Estado, senão veja-se:

Ação indenizatória. Vítima, terceira em relação ao tiroteio, atingida por projétil. Inexistência de caso fortuito e de prova de culpa desta. Responsabilidade do Estado reconhecido. (TJSP, 1ª Câmara, Ap. 127.771 SP, Rel. Des. Roque Komatsu, j. 11-9-1990, Boletim da AASP de 2 a 8-1-1991, nº 1671, p. 2)

Danos causados à lavoura por obra pública. Responsabilidade objetiva da Administração. Departamento de Estradas e Rodagem, Responsabilidade solidária da firma empreiteira e construtora. (RJSTJSP, 40:96, 87: 1220).

Lesão causada por professor em aluno de estabelecimento de ensino municipal durante partida de futebol realizada em sala de aula de Educação física. Alegação de ser consequência natural e inerente à atividade desportiva de obrigatoriedade no “currículo” e no interior da escola – Não há que se falar em não ter havido excesso ou imprudência por parte do funcionário, já que a responsabilidade civil das pessoas de direito público não depende de prova de culpa, exigindo apenas a realidade do prejuízo injusto. (RT, 642:104).

Portanto, vislumbra-se conforme os exemplos acima que o Estado responde por atos regulares, bem como pelos atos irregulares.

CONCLUSÃO

Modernamente, todos os intérpretes são unânimes em afirmar que para o Estado responder civilmente, basta à exigência do dano e do nexos causal com o ato do funcionário, ainda que lícito, ainda que regular. A idéia de causalidade do ato veio substituir a da culpabilidade do agente. O Poder Público e suas concessionárias, permissionárias respondem por perdas e danos por ação ou omissão de seus agentes, de conformidade com a teoria do risco administrativo, isto é, sem indagação de culpa.

Entretanto, para gerar a responsabilidade do Estado por ato de seu servidor, é essencial que este se ache em serviço por ocasião do evento danoso, ou seja, é preciso que o representante pratique o ato no exercício da função pública. Assim, provado que o funcionário agiu nessa qualidade, a Fazenda paga, ainda que aquele tenha excedido os limites legais de suas funções, transgredidos seus deveres ou praticado abuso de poder.

Assim, ainda que a violação do direito resulte de crime cometido pelo funcionário, continua o Estado responsável. Todavia, a responsabilidade do Estado não é absoluta. Ela cede na hipótese de força maior ou de caso fortuito ou ainda em caso de culpa exclusiva da vítima.

No caso de culpa parcial do particular impõe-se a redução da indenização devida pelo Estado.

A Constituição de 1934 estabelecia litisconsórcio necessário nas ações de indenização movidas contra a Administração Pública. Na Constituição de 1969 e na de 1988 o sistema é diverso: a ação pode ser dirigida apenas contra o Estado. À Fazenda assegura-se o direito de regresso, isto é, o direito de reembolsar-se do que gastou, desde que ocorra culpa do funcionário.

Não se deve esquecer que o texto constitucional emprega a palavra agente como gênero de que são espécies os agentes administrativos e os agentes políticos

Além do mais, constata-se que a tendência natural dos tribunais é de ampliar a proteção dos direitos dos administrados cada vez mais, reconhecendo a responsabilidade civil em qualquer das atividades estatais de que derive injusto prejuízo ao particular. A indenização, além de reparar os danos materiais, tem procurado abranger os danos morais e os lucros cessantes, sempre levando em conta a gravidade e a extensão do dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRETELLA JUNIOR, J. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol.8. São Paulo: Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 26.ed. 2009.

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade Civil**: teoria e prática das ações. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 4.ed. rev. atual.e ampliada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed. Rio Janeiro: LUMENS JURIS, 2009.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10.ed. Niterói-RJ: Impetus, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37.ed.(Parte Geral. vol.1). São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**.9.ed.Rio de Janeiro:Forense,2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro**: Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed.São Paulo:Malheiros, 2008.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Sinopses Jurídicas. vol.20, Direito Administrativo**.São Paulo:Saraiva,2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Sites:

<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2010/03/jurid-responsabilidade-civil-omissao.html>. Acesso em: 10.01.2011

<http://www.comegnio.com.br/tese12.htm>. Acesso: 07.01.2011

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/491/responsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em 10.01.2011

<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso:10.12.2010?

USO DE ALGEMAS

JEANE CRISTINA PIMENTA

RODRIGUES: Bacharelada em
Direito pela Universidade Brasil.

EDA LECI HONORATO

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho busca investigar os limites de forma crítica à SÚMULA VINCULANTE nº 11 do Supremo Tribunal Federal, evidenciando os problemas que estão surgindo com sua edição. Para o tema não existe lei específica que regulamenta o uso de algemas, porém deve-se analisar a evolução histórica desse modo, abrangendo-se do princípio da dignidade da pessoa humana. Existem vários problemas que se relacionam ao tema, como o abuso de autoridade e o constrangimento ilegal, tais como a integridade física e moral, garantindo-se também dos direitos fundamentais do preso. Este conceito que regulariza o que é explícito na mídia, assim, faz necessário o uso do bom senso no momento de aparição na mídia e do determinado caso concreto. Quem são os destinatários da SÚMULA nº 11, classe baixa ou classe alta, poderosos ou humildes? Até onde a mídia faz jus das garantias dos direitos fundamentais? A mídia se faz presente cada vez mais no assunto, tornando o tema cada vez mais notável no âmbito jurídico-social.

Palavras chave: Uso de Algemas. Dignidade da pessoa Humana. SÚMULA VINCULANTE nº 11. Mídia.

ABSTRACT: The present work seeks to investigate the limits in a critical way to the BULKING SULFUL # 11 of the Federal Supreme Court, evidencing the problems that are arising with its edition. For the subject there is no specific law that regulates the use of handcuffs, but one must analyze historical evolution in this way, covering the principle of the dignity of the human person. There are a number of problems that relate to the subject, such as abuse of authority and illegal constraint, such as physical and moral integrity, also ensuring the prisoner's fundamental rights. This concept that regulates what is explicit in the media, thus, makes necessary the use of common sense at the time of appearance in the media and the particular

case. Who are the recipients of SÚMULA nº 11, lower class or upper class, powerful or humble? How far do the media live up to the guarantees of fundamental rights? The media becomes more and more present in the subject, making the subject more and more remarkable in the juridical-social scope.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos que a SÚMULA VINCULANTE nº 11 do STF causa na sociedade, no que tange à sua aplicação. Para cada fragmento da sociedade existe um tema do ramo do direito específico para regulamentá-lo.

A mídia vem construindo seu império em cima do sobremodo que a jurisprudência e a doutrina regulamenta a coibição dos crimes, nesse direito pauta-se os valores sublimes ao da sociedade que garantem uma função ético-social.

O uso de algemas é um retrato da colisão do princípio da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência com o cotidiano que atualmente a mídia expõe a sociedade, o abuso do poder de autoridade no emprego de algemas em desfavor da classe social baixa. Onde se preponderam os direitos fundamentais?

Assim, o presente trabalho pretende analisar os conceitos principais do uso de algemas no âmbito social e jurídico, sendo o emprego desta alvo de grande polemica atual e grandes discussões.

O objeto da pesquisa é demonstrar o real sentido do uso de algemas e sua aplicação, a quem se destina na maioria dos casos.

Polêmica esta que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 11 do STF, *in verbis*:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de

terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

1. ORIGEM DA SÚMULA NO BRASIL

O primeiro relacionado à limitação do uso de algemas no Brasil, surgiu no século XIX, constituído basicamente a partir de doutrinas Europeias, sobretudo de Portugal. No ano de 1821, D. Pedro, Príncipe Regente, instituiu o primeiro decreto relacionado ao princípio da garantia das liberdades individuais, o qual na Exposição de Motivos ordenou que:

[...] em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, ou masmorra, estreita, escura, ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros, inventados para martirizar homens, ainda não julgados a sofre qualquer pena aflitiva, por sentença final; entendendo-se, todavia, que os juízes e magistrados criminais poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinquentes, contando que seja em casas arejadas e cômodas e nunca manietados, ou sofrendo qualquer espécie de tormento.

De fato, a primeira reestruturação do processo penal brasileiro ocorreu apenas 30 anos depois, com a Lei 2.033, de 20 de outubro de 1871, a qual vedou o deslocamento do preso com ferros, algemas ou cordas, salvo em caso de extrema segurança, que deveria ser justificada pelo condutor, sob pena de multa.

Nesse contexto, o emprego de algemas passou a ser permitido apenas em casos extremos e justificados pelo condutor.

É importante salientar que a primeira codificação penal da República

(1890) e a Consolidação das Leis Penais (1932) foram omissas quanto ao emprego de algemas. O tema, todavia, só voltou a ser regulamentado, indiretamente, no Código de Processo Penal de 1941, através dos artigos 284 (“não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso) e do art. 292 (“ Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar por meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas”), que estão em vigor até hoje.

Em 1969, durante a ditadura militar, o Código de Processo Penal Militar

decretou em seu artigo 234 que o emprego de algemas deveria ser evitado, desde que não houvesse perigo de fuga ou agressão por parte do preso. Ademais, retomaram o espírito elitista das Ordenações Filipinas, proibindo a utilização da força em presos especiais.

A Lei de Execução Penal, criada em 1984, prevê em seu art.199 que o emprego de algemas seria disciplinado por decreto federal, contudo, passados mais de 24 anos da sua edição, nada foi regulamentado.

Portanto, nota-se que não há no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação federal que regule o uso de algemas, razão pela qual as instituições passaram a estabelecer diferentes normas em todos os Estados do Brasil a partir dos institutos em vigor, acarretando uma grande insegurança jurídica a toda população.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no intuito de suprir a

omissão legislativa e diminuir a insegurança jurídica, editou, no dia 13 de agosto de 2008, após o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) n. 91.952/SP, a Súmula Vinculante n. 11, assunto objeto do presente trabalho.

2. O USO DE ALGEMAS E SUA NÃO REGULAMENTAÇÃO

A sua não regulamentação causa transtorno á sociedade, pois esta tem seus princípios feridos pelo mal-uso de algemas, tendo em vista que falta a essencial complementação do artigo 199 da lei de Execuções Penais para que possa serem preenchidas as lacunas ainda existentes.

Está claro que o emprego não justificado destas prejudica toda sociedade, pois envolve a colisão dos direitos fundamentais regulamentados pela Constituição Federal.

De fato, até a elaboração da SÚMULA VINCULANTE nº11, o seu uso era indiscriminado, porém esta não disciplina o uso de algemas, sendo necessária uma lei federal para tal.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Diante deste cenário reporta mostrar que a limitação do uso de algemas deve ser analisada à luz da Constituição Federal, na qual faz jus dos direitos fundamentais do homem, que deve ser interposto de forma principal o princípio da dignidade da pessoa humana.

Muitas vezes a utilização de algema é vexatória, lesando os direitos fundamentais da pessoa, através do abuso que ela sofre diante das autoridades policiais na sua colocação indevida e exposição exagerada e desnecessária à mídia, uma vez que só podem ser utilizadas nas singulares e excepcionais hipóteses dos artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal, combinado com a SÚMULA n. 11 do Supremo Tribunal Federal e mesmo assim, desde que esgotados todos os outros meios para conter a pessoa que se pretende conduzir.

Segundo a SÚMULA nº 11 STF, o emprego da algema é permitido somente em casos excepcionais, sendo este justificado pela autoridade coatora.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos humanos são universais, a justiça criminal resguarda este princípio, pois a dignidade é direito inviolável, irrenunciável e inerente.

Este sacramentado na Constituição Federal de 1988, 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: inciso III- a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão é importante a adoção de um conceito norteador, e, para tanto, utiliza-se a definição desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e 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.

A vivência social se vincula às normas jurídicas, de modo que são pautadas de preceitos democráticos, inclinando-se aos valores, não há sociedade se não houver direito.

Analisa-se o mais importante princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana, assunto que está alavancado na sociedade e seus impactos causados nesta por conta dos direitos fundamentais, que estão sendo esquecidos, como: a igualdade, a liberdade e segurança, que são o conceito

embasado da pessoa humana, este é o Estado de Direito Liberal Social, dotado de elementos democráticos.

Os direitos fundamentais são a garantia do homem, eles transformam os súditos em cidadãos livres, tendo para si cada um o seu individualismo e sua neutralidade, a dignidade da pessoa humana é um ideal particular, de decoro e virtude, intrínseco a natureza humana, considerada como grandeza e honestidade.

O ser humano é reconhecido como digno, pois é sujeito de Direito que vive em sociedade jurídica, tendo o direito à vida, à integridade moral e física e aos demais direitos oriundos.

A dignidade humana na medida em que se garante o caráter universal á todo e qualquer indivíduo, estabelece que mesmo aquele que tenha praticado ato ilícito, devem ter seus direitos protegidos, não permitindo que sejam tratados como animais ou objetos, jamais sendo instrumentalizado, pois o direito criminal aplica a pena dentro da constitucionalidade, cabível aos critérios sociais.

As sanções não colocam o delinquente ás margens da sociedade, ela protege a natureza humana, sendo esta a vinculação com a dignidade, vedando qualquer tipo de ação do Estado que restrinja ou retire a sua dignidade, como o abuso do poder no emprego de algemas.

Não serão cominadas as penas que não estejam de acordo com os direitos fundamentais daquele indivíduo que vai sofrer a sanção penal, haverá uma intervenção para observar as garantias do direito do indivíduo antes da pena ser aplicada.

A dignidade é valor da pessoa, este direito não pode ser violado, pois a Constituição garante o direito à todos, incluindo delinquentes, ela é qualidade intrínseca do homem.

Todas as sanções estão de acordo com a Constituição, mas as normas supra constitucionais, que merecem atenção especial estão sendo esquecidas no tempo, vigentes e deixando de fazer efeito. E a sociedade

precisa de normas que surtem efeitos, em todas as raças, classes sociais e dificuldades pessoais.

No Brasil, ainda existe uma sociedade muito preconceituosa, onde a estabelece imagem premeditada do indivíduo e o seu conceito moral, fazendo uso inadequado de algemas, o que fere os princípios constitucionais.

O Direito Penal tem a estrutura base, está direto e totalmente ligado ao Estado Democrático e faz valer os direitos pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A pena tem objetivo de prevenir e ressocializar o indivíduo que sofre sanção penal, ela é o modo de punição para aquele que comete ato ilícito e este sofre atualmente desrespeito das autoridades policiais, que os submetem ao uso de algemas diante da mídia e sociedade em geral. Uso este que é empregado apenas em pessoas de classe baixa, não se vê nas redes sociais e TVs políticos, pessoas de autarquias usando algemas durante qualquer ato policial.

Em um país que se julga democraticamente correto, não pode haver distinção entre pessoas, de modo que ferem as normas constitucionais, o que mostra que a aplicação do ordenamento jurídico não está de acordo com o que é divulgado para a sociedade.

Os direitos já tutelados devem ser cobrados, todo ser humano é digno, e não há no mundo quem possa retirar dele este direito, pois é da natureza humana.

4. A MÍDIA

As versões levantadas ao uso de algema, não condiz somente ao emprego destas, mas também ao caráter vexatório e humilhante qual a mídia expõe os fatos e as pessoas.

A SÚMULA VINCULANTE nº 11 do STF, teve como objetivo principal reprimir a divulgação da imagem do réu algemado, com enfoque na execução das prisões em flagrante e ordens de prisão preventiva ou temporária., inibindo a excessiva exposição deflagrada pelos meios de comunicações atuais.

As pessoas passam a ser expostas pela mídia das mais variadas formas quando se encontra algemado, estas se tornam constantes notícias nos jornais televisivos, transformando o indivíduo num objeto fático, podendo assim violar o direito à imagem, tornando o dano de proporção irreparável.

Esta cena acontece atualmente diante das situações em que as autoridades policiais denominam uma operação que irão realizar com nomes significativos, e exibem na mídia a prisão dos indivíduos, causando á estes transtornos, pois está tendo sua imagem exibida na mídia, sendo exposta sua vida à sociedade, lhe acarretando imagem vexatória diante das pessoas que vêem a cena do indivíduo algemado.

De certa forma, mesmo não podendo, a mídia ultrapassa os limites dos direitos da personalidade, sob pena de responsabilização civil e penal.

Acerca desse assunto, Fernanda Herbella (2011, p.104) tece valioso comentário:

Quando a pessoa adquire a condição de ser presa, não quer, em razão disso, ser exposta, por danos irreparáveis à sua imagem e á de sua família. Quando presa, a pessoa tem, sem dúvida a sua capacidade de argumentação diminuída, em razão da própria constrição física á que está submetida, assim, não tem condições de impedir que sua imagem, não autorizada, seja exposta. Nesse caso, o próprio artigo constitucional, garantidor do direito à imagem, prevê a devida indenização. Desse modo, entendemos que o direito à informação jornalística é permitido, desde que não viole os direitos da personalidade.

A pessoa que se encontra presa ou em custodia está sob o poder público, assim cabe ao Estado garantir seus direitos, tanto a sua dignidade quanto a sua imagem.

CONCLUSÃO

Vislumbra-se no presente trabalho, que algemas é um instrumento básico utilizado pelos policiais brasileiros, uso qual gerou polêmica, tema que deu origem à SÚMULA VINCULANTE nº 11 do STF.

As algemas, mesmo não tendo finalidade de lesionar o indivíduo, ela causa grande constrangimento àqueles que fazem uso dela, ferindo, por exemplo, o princípio da inocência, pois é de convir que os direitos fundamentais impõem respeito à dignidade da pessoa humana e à imagem desta.

A excepcionalidade deve ser o teor principal na aplicabilidade da algema frente aos direitos fundamentais do preso, assim não é possível proibir ou liberar sim, que seja aplicado o bom senso no Estado Democrático de Direito.

O emprego de algemas não era tão discutido no Brasil, quando elas eram apenas empregadas aos cidadãos “comuns”, á partir do momento que surgiram parlamentares, pessoas de grande expressão no cenário nacional envolvidos em escândalos, este tema teve sua abrangência na sociedade, e assim causou uma seletividade no sistema penal.

As intensas discussões no âmbito jurídico e social deixam o Estado aflito no seu dever de manter a ordem pública, porém é um choque de realidade qual a sociedade vem tentando garantir seu direito á imagem.

O ordenamento jurídico brasileiro carece de uma norma federal que regulamente o uso adequado de algemas com critérios obrigatórios que devem ser respeitados dentro de uma democracia.

REFERÊNCIAS

BIGAL, Valmir. **O uso de algema.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1071, 7 jun.

2006 Disponível em: .

CAPEZ, Fernando. **A questão da legitimidade do uso de Algemas.** *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 75, pg. 23-26, jan/fev.

2009.CAPEZ, Fernando. A questão da legitimidade do uso de Algemas. *Revista Direito*

Militar, Florianópolis, n. 75, pg. 23-26, jan/fev. 2009.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas.** São Paulo: Lex, 2008.

RAMOS, Saulo. SÚMULA VINCULANTE. *Revista Consulex*, ano VIII, n. 175, p. 52-53, 2004.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Forças policiais e ordem pública.** *Revista síntese de*

direito penal e processual penal, Porto Alegre, n. 24, p. 156-159, fev./mar. 2004.

SANTOS, Manuella. SÚMULA VINCULANTE: implicações de sua adoção. *Revista de*

Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 15, n. 61, p. 196-217, out./dez.

2007.

DELAÇÃO PREMIADA DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO BRASIL

DENIS MENEZES DE ARAUJO: Graduado em Direito pela UNIT, pós-graduado em Direito do trabalho e previdenciário pela Faculdade Guanambi, pós-graduando em direito constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti.

RESUMO: O presente artigo científico abordou o instituto da delação premiada, com o objetivo de propiciar à comunidade jurídica uma melhor visão do instituto, enfocando-o na sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e nos desafios e perspectivas no Brasil diante da nova lei das organizações criminosas. O objetivo deste trabalho é mostrar a importância da delação premiada no combate ao crime organizado. O referido instituto gerou grande polêmica, de um lado é um instrumento poderoso, republicano que coopera com a justiça, do outro premia o agente delituoso com benefícios. O trabalho analisou a origem, conceito, aplicação nos diplomas brasileiros e seus requisitos para admissão da delação no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, teve como cerne, os desafios da delação premiada no âmbito da nova Lei das organizações criminosas, demonstrando o impacto que o crime organizado teve através da delação, mostrando algumas operações conhecidas nacionalmente trazendo à tona a operação Lava jato, demonstrando o quanto a delação premiada vem contribuindo no desfecho dessa operação.

Palavras-chave: Delação Premiada. Desafios. Perspectivas. Brasil.

ABSTRACT: This scientific article on the Institute's award-winning snitching, in order to provide the legal community a better view of the institute, focusing it on its application in the Brazilian legal system and the challenges and prospects in Brazil before the new law of criminal organizations. The objective of this study is to show the importance of plea bargaining in combating organized crime. The Trade Marks Registry has generated great controversy on the one hand is a powerful tool, a Republican who cooperates with the justice on the other rewards the criminal agent with benefits. The study analyzed the origin, concept, implementation in Brazilian diplomas and their requirements for admission denouncing the Brazilian legal system. At the end, had the heart, the challenges of plea bargaining

under the new Law of criminal organizations, demonstrating the impact that organized crime had by tipoff, showing some familiar operations nationally bringing up the operation Lava jet, demonstrating how the winning snitching has contributed in the outcome of this operation.

Keywords: plea bargaining. Challenges. Prospects. Brazil.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA. 2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS DA DELAÇÃO PREMIADA. 2.2. DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 2.3. REQUISITOS PARA ADMISSÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NA LEI N° 12.850/2013. 3. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL. 3.1. DESAFIOS DA DELAÇÃO NO ÂMBITO DA NOVA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS – LEI 12.850/13. 3.2. O IMPACTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO CRIME ORGANIZADO. 3.3. PERSPECTIVAS DA DELAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o mundo vem sofrendo com o aumento considerável da criminalidade, principalmente, crimes envolvendo organizações criminosas. No Brasil, não é diferente. A história mostra o quanto à criminalidade cresceu, modernizou, exigindo do Estado uma reestruturação da dogmática penal com a criação de estratégias para obtenção de provas, criando mecanismos para combater as organizações criminosas. É nesse cenário que surge a delação premiada, um instituto de grande importância na solução de casos mais complexos como dos crimes organizados.

A delação premiada, não é uma novidade, há muito tempo ela é aplicada em diversos ordenamentos jurídicos no mundo. No âmbito mundial, destacamos a Itália, um País que tinha sérios problemas com o crime organizado, graças à máfia siciliana. Problemas, que começaram a serem equacionados, após a utilização das delações premiadas, sendo um grande aliado do Estado italiano no combate ao crime organizado. E, assim,

a delação começa a ganhar notoriedade no mundo, e após algum tempo, no Brasil.

Nesse contexto é que emerge o enfoque do presente artigo, qual seja a demonstração da delação premiada como meio eficaz à repressão do crime organizado. Destacando sua aplicação no cenário mundial, conceituando o instituto para melhor entendimento do leitor, mostrando ser um instituto sério, democrático e eficaz. Não deixando de abordar as benesses que ela trás ao delator e principalmente ao Estado. Esclarecendo, que a delação não é simplesmente uma falácia, mas, que, é preciso fornecer informações objetivas, eficazes, que descubram fatos que o Estado não tenha conhecimento. Ressaltando que as delações devem ser confirmadas por outros meios de provas, para terem validade.

A obra mostra o quanto à delação premiada está presente no nosso ordenamento jurídico, apontando diversos diplomas que tratam do instituto, como as Leis: 7.492/86, 8.137/90, 9.807/99, 12.850/13, dentre outras. Enfocando-o na nova Lei das organizações criminosas – Lei nº. 12.850/13, abordando as novidades e peculiaridades que a referida Lei trouxe.

O trabalho, trás os requisitos necessários para admissão da delação premiada, sendo nítido que o simples fato de delatar, não enseja na incriminação do delatado automaticamente, nem tão pouco a liberação das benesses ao delator. Assim, sendo um instituto justo, democrático e eficaz, auxiliando o Estado na elucidação dos crimes. Buscando um melhor entendimento do instituto, com o intuito de mostrar não só apenas a sociedade acadêmica, como também a sociedade em geral, as benesses, os ganhos, que a delação premiada trouxe ao Estado, no combate às organizações criminosas.

Desse modo, o tema avança, apresentando os desafios e perspectivas da delação premiada no Brasil, no combate ao crime organizado. Abordando os principais desafios, que o instituto enfrenta perante a nova Lei das organizações criminosas – Lei 12.850/13, que “aperfeiçoou” o instituto no tocante ao seu procedimento.

Assim, comprovando a importância e a eficácia da delação no combate ao crime organizado, e para uma melhor visão do impacto do instituto nas organizações criminosas, o presente artigo trás exemplos, "casos", "operações" com repercussão nacional, que tiveram punições, graças às delações premiadas. Dentre os diversos casos de crimes envolvendo organizações criminosas, destacamos as operações "Mensalão", "Banestado" e a "Caixa de pandora", todas praticadas por organizações criminosas, quadrilhas, com o intuito de onerar a máquina pública, praticando corrupção, lavagem de dinheiro e etc. A obra, aponta os desdobramentos que as investigações tiveram nas referidas operações, através das delações premiadas.

Ao final, o trabalho aborda o instituto na operação "Lava jato", considerada o maior caso de desvio de dinheiro e corrupção no Brasil. Mais uma vez, comprovando, que, os métodos tradicionais de investigações nunca esclareceriam, os desvios comprovados pela "Lava jato", este que afetam bens jurídicos difusos, tais como a probidade administrativa e a moralidade pública. Apontando ser, um excelente mecanismo jurídico, para desvendar esquemas e crimes complexos, como é o caso da operação "Lava jato".

Em suma, o trabalho atrás a importância da delação premiada, no combate ao crime organizado. Externando, que o maior beneficiário das delações premiadas são a sociedade e o Estado, que descobre coisas que, sem as delações seriam quase que impossíveis descobrir. A delação premiada vem revelando-se, um grande aliado do Estado nessa guerra contra o crime organizado, sendo um instituto imprescindível no combate à criminalidade.

2 O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

2.1 Considerações iniciais da delação premiada

A história nos mostra o quanto a criminalidade evoluiu, se modernizou. Desde os tempos mais antigos, a história nos mostra o quanto ela esteve presente na sociedade. Como também a traição não é um ato recente, temos vários exemplos de traição entre os seres humanos: Judas

Iscariotes, Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, Calabar delatou os brasileiros, entregando-os aos holandeses. Com o passar dos anos e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa traição. Surge, então, a colaboração premiada [1].

Sua origem histórica não é tão recente assim, já sendo encontrada, por exemplo, no sistema anglo-saxão, do qual advém a própria origem da expressão *crown witness*, ou testemunha da coroa. Foi amplamente utilizado nos Estados Unidos (plea bargain) durante o período que marcou o acirramento do combate ao crime organizado, adotado com grande êxito na Itália (patteggiamento) em prol do desmantelamento da máfia, basta lembrar as declarações prestadas por Tommaso Buscetta ao Promotor italiano *Giovanni Falcone*, que golpearam duramente o crime organizado na península itálica [2].

Na Itália foi onde a delação premiada teve suas maiores façanhas, precisamente em 1984, com Leonardo Vitale que era um membro da máfia siciliana Cosa Nostra, tendo sido um dos primeiros a se tornar colaborador, ou *pentito*, embora originalmente suas confissões não tenham sido levadas a sério. Foi considerado mentalmente insano. Após delações de outro membro da máfia siciliana, chamado Tommaso Buscetta, veio a ser morto. Tommaso Buscetta revelou ao juiz italiano Giovanni Falcone (especializado em processos contra mafiosos) a estrutura interna da organização, delatando a máfia siciliana Cosa Nostra (da qual Tommaso era membro). Após isso, o juiz Falcone foi assassinado pelo mafioso Giovanni Brusca, quando estava passando por uma estrada que foi dinamitada com explosivos instalados criminosamente [3].

A palavra *delação*, em seu sentido etimológico, vem do latim, onde possui o sentido de delatar, denunciar, revelar crime ou delito, acusar como autor de crime o delito, deixar perceber, denunciar-se como culpado, acusar-se [4].

Para Damásio de Jesus assim conceitua:

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito investigado, indiciado ou réu, no

bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). “Delação premiada” configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.) [5].

Para a configuração da delação premiada, no ponto de vista do autor, é preciso ter um sujeito integrante da conduta e participativo, imputando culpa ou responsabilidade a um terceiro, também envolvido na situação delitiva.

Já o professor Renato Brasileiro conceitua como:

Técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal [6].

O autor ainda diferencia colaboração premiada e delação premiada, afirmando que o imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros. Pode de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas, nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corréu). A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie [7].

Vladimir Aras assevera que:

A expressão *delação premiada* é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência do que a denominação *colaboração premiada*. Com efeito, a chamada “delação premiada” (ou chamamento de correu) é apenas uma das formas de colaboração que

o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal [8].

O autor acrescenta ainda que “a delação premiada (chamamento de corrêu), além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas” [9].

Portanto, não basta confessar, tem que fornecer informações objetivas e eficazes para a descoberta de fatos dos quais os órgãos incumbidos da persecução penal não tinham conhecimento prévio. Neste contexto, se pronunciou o STJ:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REITERAÇÃO DEPEDIDO. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DO BENEFÍCIO. REVOLVIMENTO DA PROVA. VIA INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1 - Não há como conhecer pedidos de redução da pena-base, reconhecimento da confissão espontânea, bem como de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois se tratam de mera reiteração do pedido deduzido no HC nº 88.636/SP.

2. O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. Todavia, apesar de o paciente haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade criminosa e incriminando seus comparsas não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso

de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pois a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram, principalmente pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais.

3. Para se chegar à conclusão pretendida pelo paciente seria necessário o revolvimento aprofundado das provas constantes dos autos, procedimento que, sabidamente, é vedado na estreita via do habeas corpus.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado (Grifos nosso) [\[10\]](#).

A delação premiada é um importante instrumento no combate ao crime, como leciona o professor Guilherme de Souza Nucci:

[...] a delação premiada é um *mal necessário*, pois bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o 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 dispõe-se a denunciar co-autores e partícipes [\[11\]](#).

,22.2 Delação Premiada na Legislação brasileira

A delação premiada está presente em diversos diplomas do nosso ordenamento jurídico pátrio. Por vários anos a legislação brasileira se manteve inerte quanto à regulamentação do instituto, vindo a ser positivada apenas em na década de 90 a partir da promulgação da lei dos crimes hediondos, a lei nº 8.072/90 que foi a primeira lei que cuidou expressamente da colaboração premiada, cujo art. 8º, parágrafo único,

passou a prever que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços” [12].

De se ver que a delação premiada está prevista em diversos dispositivos legais no Brasil, como no art. 159, §4º do Código Penal; na Lei ° 7.492/86, art. 25, §2º; na Lei n° 8.137/90, art. 16; na Lei n° 9.613/98, com redação dada pela Lei n° 12.683/12, art. 1º, § 5º; na Lei 9.807/99, arts. 13 e 14; na Lei n° 11.343/06, art. 41, dentre outros [13].

A nova lei das organizações criminosas, lei n° 12.850/13, que foi posterior a todas as demais, trouxe consigo uma novidade acerca do instituto, que foi o perdão judicial e o não oferecimento de ação penal em alguns casos. É o que o professor Pacelli afirma “[...] a colaboração premiada da Lei n° 12.850/13, que, como regra, e além da redução e substituição da pena privativa da liberdade, permite a possibilidade de *perdão judicial* ao colaborador [...]” [14].

O jusfilósofo alemão Rudolf Von Ihering, há muito tempo atrás, por volta de 1853 cogitou, ao refletir sobre o tema política criminal, da premiação a criminosos, como a isenção de pena, sanção mínima e etc, em troca de delação, nesse sentido afirmou que:

Um dia, os juristas vão se ocupar do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir material premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade [15].

A legislação brasileira mudou o paradigma. Nesse sentido, ensina Luiz Flávio Gomes:

Ocorreu uma mudança de paradigma. Até 1990 a Justiça criminal brasileira seguia o modelo conflitivo, que pressupõe investigação, denúncia, processo,

ampla defesa, contraditório, produção de provas, sentenças, duplo grau de jurisdição etc. Praticamente estava vedado qualquer tipo de negociação entre a acusação e a defesa. Não que um corréu não pudesse delatar seu comparsa; isso sempre foi possível; mas não se falava em novo paradigma de justiça (mudanças pontuais não alteram o paradigma). Em 1990, com a lei dos Crimes hediondos, foram ampliadas as possibilidades de delação premiada (mas ainda não se falava em novo paradigma). Mudança relevante no cenário aconteceu, verdadeiramente, com o advento da Lei dos Juizados Criminais (Lei 9.099/95), que rompeu o velho paradigma conflitivo nas infrações de menor potencial ofensivo [...] Desde 1995 os dois subsistemas convivem, cada qual tendo validade num determinado âmbito da criminalidade. O importante é que o sistema de justiça negociada nunca foi declarado inconstitucional pelo STF [16].

A delação premiada vem demonstrando ser um instrumento de grande utilidade e devido a sua característica, não se compara a qualquer outro meio de prova. O Supremo Tribunal Federal, já declarou que a delação premiada é prova desde que esteja em consonância com o corpo probatório, neste sentido decidiu:

Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de corréus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas [17].

Nesse mesmo sentido, os autores Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto destacam:

[...] Não se pode deixar de reconhecer que a delação premiada, ao lado da interceptação telefônica,

tem se mostrado um instrumento poderoso de apuração de gravíssimos crimes, os quais, sem ela, permaneceriam impunes. Nesse contexto, e feita a ressalva, a Lei n. 12.850/2013 traz aspectos positivos ao garantir ao delatado maior possibilidade de questionar o depoimento do delator, ao buscar diminuir a possibilidade de erro judiciário vedando-se a condenação com fundamento exclusivo em delação, a procurar garantir a integridade física do colaborador e ao regulamentar o acordo de colaboração, o que antes inexistia[18].

Mas, existem decisões contrárias também, que rejeitaram a delação premiada como prova de condenação, vejamos:

No processo criminal, a imputação do co-réu somente é válida quando é confirmada por outros elementos de convicção. Não se pode reconhecer como prova plena a imputação isolada de co-réu para suporte de um veredicto condenatório, porque seria instituir-se a insegurança criminal, com possibilidade de erro judiciário [19].

Portanto, o réu colabora com a justiça no dismantelamento da organização criminoso, através de um incentivo do Estado. É nítido que a delação premiada é de extrema utilidade na Legislação brasileira no combate a diversos crimes, em especial o crime organizado.

2.3 Requisitos para admissão da delação premiada na Lei nº 12.850/2013

Importante salientar que, no nosso ordenamento jurídico não há padronização no tratamento do direito premial, o qual é objeto de considerações espalhadas em leis espaciais como, vimos no tópico anterior. Os requisitos acompanharão as peculiaridades de cada lei que dispõe sobre o instituto.

É certo que a Lei nº 12.850/2013, conhecida como Lei das organizações criminosas tem suas peculiaridades acerca da delação premiada. O Professor Luiz Flávio Gomes, um dos principais jurista da atualidade afirma que:

São 4 (quatro) os requisitos que devem estar **concomitantemente** presentes para que seja possível a **celebração** de um acordo de colaboração premiada, quais sejam: **confissão, voluntariedade, aptidão eficaz e circunstâncias objetivas e subjetivas** (grifos originais) [20].

Luiz Flávio Gomes assevera ainda que:

Se o Ministério Público desejar celebrar um acordo com o pretense colaborador deverão estar presentes os requisitos acima citados. Se não estiverem presentes os aludidos requisitos não poderá o *Parquet* valer-se deste instrumento para obtenção de provas [21].

O professor Nucci destaca que a lei exige a cumulatividade de elementos em dois momentos para a concessão do benefício "i) a colaboração deve ser efetiva e voluntária; ii) a colaboração deve se dar na investigação e durante o processo criminal" [22].

Quanto aos requisitos para a admissibilidade da delação premiada, o Superior Tribunal de Justiça tem um julgado muito interessante:

EMENTA: HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS EM DESFAVOR DO PACIENTE – DESCONSIDERAÇÃO DE AGRAVANTE – NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – DELAÇÃO PREMIADA – APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DO ARTIGO 33, 4º, DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – WRIT

DENEGADO. 1- É possível que se fixe a pena em patamar superior ao mínimo legal, desde que a decisão seja corretamente fundamentada, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal. 2- Havendo circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, consideradas em desfavor do réu, não se exige a fixação da pena-base no mínimo legal. 3- Para a desconsideração da agravante resultante da coação ou indução, necessário se faz a incursão profunda no conjunto probatório, o que não é possível em sede de habeas corpus. **4- Para a configuração da delação premiada, não basta a admissão, por parte do réu, da prática do crime a ele imputado, sendo necessário o fornecimento de informações eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas e da trama delituosa.** 5- Não se aplica a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, se o paciente não é primário, não possui bons antecedentes e se dedica a atividades criminosas. 6- Ordem denegada (grifos nossos) [23].

O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento que, para ser concedido o benefício, tem que ser: uma colaboração voluntária do réu, de forma eficaz que ajude na investigação, dizendo qual foi a sua participação bem como apontando a participação de outrem. Nesse sentido, decidiu que:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/06. DELAÇÃO PREMIADA. LEI 9.807/99. INFORMAÇÕES NÃO EFETIVAS. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. É orientação desta Corte de Justiça que para ser concedido o benefício da delação premiada, faz-se necessária a efetiva colaboração, isto é, que as informações e declarações prestadas pelo paciente sejam relevantes e que venham a contribuir de fato

com as investigações, seja na identificação dos demais corréus e partícipes, bem como na localização da vítima ou na recuperação total ou parcial do produto do crime [24].

Em suma, para que as delações serem aceitas, as declarações do delator têm que contribuir com os interesses da Justiça, vedado qualquer iniciativa de “acordo” que não vislumbre sinais de relevância em relação ao fato. A Lei 12.850/13, nos incisos do art. 4º diz quais os resultados que a colaboração deve resultar, vejamos:

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 [25].

A colaboração premiada deve ser concedida apenas àqueles acusados de pequena ou média importância, não alcançando os líderes das organizações criminosas, é o que nos ensina o Doutor Sérgio Moro “o método deve ser empregado para permitir a escalada da investigação e da persecução na hierarquia da atividade criminosa. Faz-se um acordo com um criminoso pequeno para obter prova contra vários outros grandes criminosos” [26].

Para que a delação tenha eficácia, não basta a mera acusação da pessoa em face da outra, é necessário que o delator também tenha participação neste mesmo crime por ele imputado. Pois, se não fosse assim, não seria delação e sim um testemunho. Assim, o instituto cuida para que o delator receba algum benefício por ter feito a delação, seja uma diminuição da pena, uma aplicação de regime penitenciário mais brando ou até mesmo o perdão judicial.

Dessa Forma, ensina Guilherme de Souza Nucci:

Delação premiada é a denúncia, que tem como objeto narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os co-autores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo, em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição de pena ou, até mesmo, em perdão judicial [27].

A delação premiada tem força incriminatória, mas, tem que está em consonância com a acusação, a simples delação, não incrimina ninguém, é o que destaca o renomado jurista italiano Enrico Altavilla:

A acusação do corréu não deve ser uma simples afirmação, antes precisa ser enquadrada numa narração completa. Efetivamente, não basta dizer que alguém tomou parte do crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra [28].

O valor probatório da delação premiada não deve ser absoluto. É necessário que esta prova esteja em consonância com as outras provas existentes nos autos para aumentar o peso da condenação e adquirir força probante.

É o que assevera o professor Walter Bittar:

para que a delação premiada possa ser considerada como prova, além de respeitar os direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal, outros três critérios, estabelecidos pela Corte de Corte de Cassação Italiana, e que hoje são amplamente reconhecidos pela doutrina, devem ser observados: a) primeiro lugar deve-se verificar a credibilidade do declarante, através de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; b) posteriormente se analisa a

confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida de sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; c) por último valoram-se a existência e consistência das declarações com confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração. [29]

Não basta delatar por delatar, os elementos da delação tem que está em consonância com as demais provas, pois só assim se prestará para fundamentar uma decisão de natureza condenatória.

3. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

3.1 Desafios da delação no âmbito da Nova Lei das Organizações Criminosas - Lei 12.850/13.

A colaboração premiada apesar de estar presente no nosso ordenamento pátrio desde a década de 90, quando entrou em vigor a Lei nº 8.072/90, não havia, até bem pouco tempo, um regramento específico e um roteiro mais detalhado que proporcionasse a eficácia dessa importante técnica especial de investigação. Daí a importância da nova Lei das organizações Criminosas [30].

Com o advento da Lei 12.850/2013, o instituto da delação premiada foi “aperfeiçoado”, a referida Lei é muito mais detalhista quanto ao procedimento da colaboração premiada, podendo, segundo alguns autores, como é o exemplo do professor Luiz Flávio Gomes, servir como norma geral de regulamentação do instituto no que tange aos seus aspectos procedimentais [31].

Os desafios são vários, pois é um instituto que está se aperfeiçoando aqui no Brasil. É preciso está atendo, pois, podem ocorrer às prisões arbitrárias como forma de coação ou extorsão para obter as informações. Anulando a colaboração. Os autores André Karam e Lênio Streck destacam “o passarinho para cantar não precisa estar preso. A prisão não pode ser instrumento para o acusado “abrir o bico” [32].

Outro grande desafio é quanto à possibilidade de o delator mentir, assim prejudicando as investigações e incriminando inocentes. Dessa forma, o professor Renato Brasileiro nos chama atenção:

Em sede de sentença condenatória, todavia, se nem mesmo a confissão do acusado, auto incriminando-se, é dotada de valor absoluto, não mais sendo considerada a rainha entre as provas (CPP, art. 197), o que dizer, então, da colaboração premiada? Ante a possibilidade de mendacidade intrínseca à colaboração premiada, a jurisprudência firmou-se no sentido de que, isoladamente considerada, esta técnica especial de investigação não pode respaldar uma condenação, devendo estar corroborada por outros elementos probatórios [33].

A mesma preocupação teve o professor Eugênio Pacelli, que alertou para o oportunismo e, via de conseqüência, à possibilidade de mendacidade intrínseca da atuação do colaborador, em prejuízo, tanto da persecução penal quanto do direito de defesa dos demais participantes da organização criminosa (se e quando existente, efetivamente) [34].

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, tem vários entendimentos que, se a colaboração estiver em consonância com as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, adquire força probante suficiente para fundamentar a sentença condenatória [35].

Naturalmente, a colaboração há de ser vista com cautela e com prudência, sendo um grande desafio para o Estado, no combate a criminalidade, em especial contra as organizações criminosas. Pois, nem todo colaborador está interessado nos resultados concretos exigidos pela Lei nº 12.850/13.

O certo, porém, é que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador [36].

As organizações criminosas estão cada vez mais organizadas, é muito difícil punir os criminosos, e a delação premiada veio para ajudar o Estado, como uma solução vinda da colaboração do próprio criminoso.

3.2 O impacto da delação premiada no crime organizado.

O crime organizado está sofrendo um grande impacto através da delação premiada. Pois, os criminosos colaboram com o Estado, que em troca dá uma benesse ao colaborador.

Nesse mesmo sentido destacam os professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar: “a delação premiada pode levar, ainda, à obtenção de benefício por parte do delator, que se veria estimulado a entregar os demais comparsas, prestando esclarecimentos para desvendar o delito” [37].

Logo, a delação vem sendo um mecanismo que auxilia o Estado no combate a criminalidade. As delações premiadas muitas vezes se tornam a única defesa do acusado, que além de ter uma benesse “ajuda” ao Estado no combate ao crime organizado.

É o que assevera o professor Eugênio Pacelli “de fato, e a depender do estágio das investigações, a apresentação da colaboração pode surgir como a melhor alternativa defensiva, o que, em si mesmo, não constitui problema insolúvel” [38].

A Lei 12.850/13 trás alguns benefícios para o delator, servindo como um incentivo à delação. O *caput* do art. 4º da referida lei diz:

O juiz poderá, a requerimento das partes, concederem o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal [...] [39].

O crime organizado já sofreu duros golpes graças a delação premiada, dentre eles podemos destacar as operações Caixa de pandora,

Banestado, Mensalão, ambas sofreram duros golpes com as delações premiadas.

A começar pela Ação Penal 470, mais conhecida como mensalão, que foi um esquema de corrupção que aconteceu entre os anos de 2003 e 2004. Em suma, foi um esquema de repasse de dinheiro do Partido dos Trabalhadores que pagava mensalmente os parlamentares da base aliada pertencentes à Câmara dos Deputados. A finalidade desse esquema era incentivar os deputados a votarem junto com o governo nos projetos [\[40\]](#).

O Mensalão, só começou a ser desvendado, e os criminosos punidos, após as delações premiada, pois, os então réus Lúcio Bolonha Funaro e José Carlos Batista, que eram os beneficiados do esquema de transação financeira entre as empresas de Marcos Valério por meio da empresa Guaranhuns, delataram que recebiam dinheiro do esquema e repassavam para parlamentares do extinto Partido Liberal. O juiz substituto da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo, acatou as delações dos colaboradores que eram investigados, e concedeu o perdão judicial pelo crime imputado de lavagem de dinheiro [\[41\]](#).

Não poderíamos deixar de falar da Operação conhecida como Banestado, que foi um grande esquema de corrupção no Estado do Paraná, onde ocorreu uma grande evasão de divisas do Brasil para paraísos fiscais, entre 1996 e 2002, quando foram retirados indevidamente do país aproximadamente R\$ 150 bilhões através de contas CC5 do Banco do Estado do Paraná ou Banestado, segundo estimativas reveladas pela operação Macuco, realizadas pela Polícia Federal [\[42\]](#).

O caso Banestado, também teve uma grande contribuição do instituto da delação premiada. O grande personagem desde caso foi Alberto Youssef, que era apontado como operador do esquema de desvio e lavagem de dinheiro do Banestado. Na época, o doleiro promoveu um acordo de delação premiada, no qual deu informações sobre outras pessoas envolvidas, em troca de redução em eventuais penas. Com isso, acabou pegando apenas dois anos e meio de cadeia. O acordo, com o Ministério Público Federal de delação premiada aconteceu em 2004, que foi

acatado pelo juiz federal Sérgio Fernando Moro, sendo muito útil para desvendar os desvios e a lavagem de dinheiro [43].

Outra operação que teve destaque na mídia, e contou com a participação da delação premiada foi a Caixa de Pandora, deflagrada em 2009, que investigou denúncias sobre um esquema de corrupção no governo do Distrito Federal, que ficou conhecido como “Mensalão” do Partido Democratas – DEM, envolvendo propina comandada pelo governador do Distrito Federal na época, José Roberto Arruda. Teve o apoio do informante Durval Barbosa, que em julho e agosto de 2009, relatou aos promotores de justiça do NCOG – Núcleo de Combate as Organizações Criminosas do Ministério Público do Distrito Federal detalhes do esquema de corrupção existente [44].

A Operação Caixa de Pandora, da Polícia Federal, em síntese, era uma organização criminosa envolvendo empresas contratadas pelo governo e distribuição de propina em troca de apoio político: o dinheiro ilegal era repassado à deputados distritais da base aliada, à secretaria de Estado, assessores e ao empresário Paulo Octávio, que renunciou ao cargo de governador interino. No dia 21 de outubro de 2009, o colaborador da investigação e Secretário de Relações Institucionais do governo do Distrito Federal, Durval Barbosa, participou de uma reunião com governador José Roberto Arruda que lhe passou R\$ 400 mil para “pagamento da base aliada”. Os outros R\$ 200 mil, segundo Durval, tiveram o mesmo destino [45].

Percebemos as benesses que a delação premiada trouxe nesse caso, pois, somente após a colaboração de Durval Barbosa firmada com o Ministério Público Federal, que começou o dismantelamento da organização criminosa. Foram 29 mandados de buscas e apreensões em Brasília, Goiânia e Belo Horizonte. Não obstante, chamou a atenção da Controladoria Geral da União, que investigou e encontrou diversas irregularidades na aplicação do dinheiro repassado para obras no Distrito Federal, o escândalo levou o governador Arruda à prisão e ao pedido de impeachment dentre outras sanções [46].

É notório, o quanto a delação premiada ajudou, e ajuda o Estado no combate ao crime organizado. Uma vez que, sem a delação premiada nesses casos em tela, e milhares de outros, não teriam chegado aos resultados que obtiveram. As benesses que o Estado dá ao delator, não chegam nem perto dos ganhos que o Estado tem com as delações premiadas.

Nesse sentido, o renomado juiz federal José Paulo Baltazar Júnior afirma:

Em minha posição, a colaboração premiada é indispensável no âmbito da criminalidade organizada, e os ganhos que podem daí advir superam, largamente, os inconvenientes apontados pela doutrina. O instituto vem, na verdade, na mesma linha da confissão, do arrependimento eficaz e da reparação do dano, nada havendo aí imoral, residindo a sua racionalidade no fato de que o agente deixa de combater crimes e perpetuação e facilitação a persecução [47].

3.3 Perspectivas da delação premiada na Operação “Lava jato”.

É inegável, a contribuição da delação premiada no combate ao crime organizado. Não poderíamos concluir esta obra, sem falar o quando este instrumento ajudou e esta ajudando a desvendar a operação “Lava Jato”.

O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção de lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobrás, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. As investigações começaram a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a

Petrobras. Tal esquema, dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos das estatais e outros agentes públicos [48].

A delação premiada entrou em cena no dia 27 de agosto de 2014 pelo ex-diretor de abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa, sendo o primeiro compromisso de colaboração firmado. Até setembro de 2015, já foram homologados 23 compromissos de delatores com o Ministério Público Federal ou com a Procuradoria-Geral da República. O ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki e o juiz federal Sérgio Moro já homologaram os documentos [49].

É axiomático, o patamar de importância que as delações alcançaram na operação Lava jato. O caso, que começou com suspeitas de lavagem de dinheiro por meio de um posto de gasolina em Brasília, cresceu graças aos depoimentos de Paulo Roberto Costa e do doleiro Alberto Youssef. Eles foram os primeiros a colaborar, mencionar que havia um esquema de fraudes em licitações, sobrepreços e desvio de recursos que envolvia executivos da Petrobras, empreiteiros e políticos. A partir daí, outros investigados resolveram colaborar com a Justiça, seja pela possibilidade de receber uma punição mais branda, seja por medo de ficar preso preventivamente por um tempo excessivo [50].

A Lava jato está onde está graças à delação premiada. Não havendo delações é visível que não teríamos chegado onde chegamos. Dentre os resultados, até o momento, estão 31 acusações criminais contra 143 pessoas pelos crimes de corrupção contra o Sistema financeiro Nacional, organização criminosa, lavagem de dinheiro, entre outros. Foi descoberto o pagamento de propina de cerca de R\$ 6,2 bilhões, sendo que R\$ 1,5 bilhão já foi recuperado. Também foram propostas 5 acusações de improbidade administrativa contra 37 pessoas e empresas pedindo o ressarcimento total de R\$ 6, 7 bilhões [51].

A delação premiada é um grande aliado do Estado, no combate as organizações criminosas. É visível, a importância da delação premiada no ordenamento jurídico pátrio. No caso da "Lava jato", as delações estão ajudando, para que todos os criminosos sejam responsabilizados, além

disto, colocou o nosso órgão fiscalizatório, o Ministério Público Federal em outro patamar no âmbito mundial, através das investigações da força-tarefa na operação Lava jato o órgão teve o reconhecimento internacional no dia 24 de setembro, com o recebimento do prêmio anual da Global Investigations Review – GIR, na categoria “órgão de persecução criminal ou membro do Ministério Público do ano”. O Global Investigations Review – GIR é um site de notícias que tem se firmado no cenário internacional como um dos principais canais sobre investigações contra a corrupção e instituiu o prêmio para celebrar os investigadores e as práticas de combate à corrupção que mais impressionaram no último ano. Mostrando a força do nosso ordenamento jurídico quanto a persecução penal, colocando o nosso órgão persecutório na frente de vários outros fiscalizatório e investigativos do mundo [52].

São incontestáveis, os ganhos que a delação premiada trouxe na persecução penal no Brasil. A lei das organizações criminosas veio regulamentar o instituto no país. Com isso as colaborações premiadas passam a ser formalizadas em contratos com cláusulas detalhando todos os benefícios e as condições necessárias para obtê-las. O que o Brasil precisa é aperfeiçoar este instrumento, buscar a excelência e combater o crime organizado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, é inegável o quanto a criminalidade cresceu se modernizou. As organizações criminosas se aprimoraram nas práticas delituosas, exigindo do Estado atitudes mais eficazes no combate ao crime organizado.

Essa eficácia no combate as organizações criminosas, começou, efetivamente com o instituto da delação premiada. Como vimos, ajudou e ajuda aos Estados a punir e principalmente, desarticular as organizações criminosas. Logo, o legislador trás para o ordenamento jurídico pátrio, esse instituto, a delação premiada, um ótimo instrumento e um eficaz mecanismo no combate à criminalidade.

Dessa forma, são perceptíveis os ganhos que o Estado teve através da delação premiada, no combate ao crime organizado. A delação, como

foi exposta, ajudou e ajuda o Estado na persecução penal, dando uma direção nas investigações. Como vimos, o instituto contribuiu bastante no combate ao crime organizado na Itália, onde as máfias italianas dominavam o País.

No Brasil, não foi diferente, a delação premiada veio ser um coadjuvante de luxo, no combate ao crime organizado. Diversos casos só foram revelados e investigados graças as delações premiadas, como destacamos neste trabalho os casos do "Mensalão", "Banestado" e "Caixa de Pandora", todos começaram a serem investigados e punidos, somente após as delações premiadas, ficando incontestável a vasta contribuição que o instituto deu ao Estado. É visível, que sem a utilização da delação premiada, esses "casos", não teriam sido investigados a fundo, nem tão pouco teriam punidos os criminosos.

A cada dia que passa, a delação garante a efetivação das investigações. São vastos os casos em que a delação premiada ajudou o Brasil na resolução da criminalidade. E, continua ajudando, é o que está acontecendo na operação "Lava jato", ainda em andamento, mas, é notório o quando o instituto em tela contribuiu e está contribuindo para um desfecho justo, punindo os criminosos. Na "Lava Jato", que é considerada o maior escândalo de corrupção do Brasil, a delação premiada é de extrema importância, servindo juntamente com outras provas, como uma "bússola" nas investigações.

Enfim, o presente artigo teve como objetivo mostrar à comunidade a importância da delação premiada no ordenamento jurídico, o quanto ela é utilizada, reforçando nas investigações criminais. Mostrando que, o Estado é o maior vencedor com as delações, pois, muitos crimes são difíceis de esclarecer sem a delação de alguém que participou do crime. Principalmente, delitos econômicos e de corrupção, que na maioria dos casos são praticados por pessoas poderosas, onde a justiça tem dificuldade de alcançar êxito nas investigações.

Não há dúvidas, que o maior perdedor é as organizações criminosas, que através das delações são desestruturadas e expostas ao público. É

inegável, que as delações são positivas para a sociedade e negativas a criminalidade.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico apud ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAS, Vladimr. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 1290-1291.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02/08/2013. Organização criminosa In:www.planalto.gov.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 90.962/SP – São Paulo. Rel. Min. Haroldo Rodrigues. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, em 2007. Disponível em:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110738/habeas-corpus-hc-90962-sp-2007-0221730-9-stj/inteiro-teor-21110739> >. Acesso em: 29 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 75.226/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Acórdãos, 12 de ago. 1997. Disponível em:< <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742127/habeas-corpus-hc-75226-ms> >. Acesso em: 29 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Criminal: APR 921975 SC 1088.092197-5. Rel. Min. Aloysio Gonçalves. Acórdãos, 14 de mai. 1996. Disponível em:< <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4882240/apelacao-criminal-apr-921975> >. Acesso em: 29 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 92.922/SP – São Paulo. Rel. Min. Jane Silva. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 21 de nov. 2008. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta> >. Acesso em: 16 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 1180302/SP – São Paulo. Rel. Min. Jorge Mussi, Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 01.10.2009. Publicação no DJe em 26.10.2009.

BRASIL. Lei. nº. 12.850, de 02 de ago 2013. *Organização criminosa*. In: www.planalto.gov.br. Acesso em: 29 de mai. 2018.

CARTA MAIOR. *O caso banestado, a Petrobrás e o feitiço do tempo*. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/O-Caso-Banestado-a-Petrobras-e-o-feitico-do-tempo/4/32268>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

CASO LAVA JATO - *Entenda o caso*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

CASO LAVA JATO – *Força-tarefa do MPF na Lava jato ganhou prêmio internacional de investigação*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. *Delação premiada*. Revista Jurídica Consulex, ano 9, 2005.

CONSULTOR JURÍDICO – *Acordos de delação premiada da “lava jato” violam Constituições e Leis penais*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Saraiva. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Nov Aurélio Século XXI: Dicionário da Língua Portuguesa*. 3 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Salvador: Juspodivim, 2015.

ISTO É INDEPENDENTE. *O que foi o mensalão*. Disponível em: http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/224843_O+QUE+FOI+O+MENSALAO+ . Acesso em: 29 mai. 2018.

JESUS, Damásio de. *A adoção do instituto da delação premiada no direito penal*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25988/a-adocao-do-instituto-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 29 mai. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 3ª ed. Revista e atualizada: Juspodivim, 2015.

MORO, Sérgio. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

MUCO – MUSEU DA CORRUPÇÃO – *Operação caixa de pandora*. Disponível em: http://www.muco.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=286:operacao-caixa-de-pandora-&catid=37:operacoes-da-pf&Itemid=56. Acesso em: 29 mai. de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. Ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5ª ed. Rev e atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. Rev e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado, procedimento probatório*. São Paulo: Atlas 2003.

STF, 1º Turma,, RHC 81.740/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/03/2005/ STF, 1ª Turma, HC 84.517/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/10/2004, DJ 19/11/2004; STF, 1ª Turma, HC 94.034/SP, Rel. Min. Cármen.Lúcia, j. 10/06/2008, DJe 167 04/09/2008.

STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam. *O passarinho para cantar precisa estar preso. Viva a inquisição!* 29 de novembro de 2014. Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-presos-viva-inquisicao> . Acesso em 29 de mai de 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Rev, ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

WIKIPÉDIA - *Operação caixa de pandora*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Operação_Caixa_de_Pandora . Acesso em: 29 mai. de 2018.

NOTAS:

[1] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal, 3º ed. revista e atualizada: Juspodivm, 2015. p. 759.*

[2] Idem.

[3] GOMES, Luiz Flávio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigações*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 213.

[4] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Nov Aurélio Século XXI: Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

[5] JESUS, Damásio de. *A adoção do instituto da delação premiada no direito penal*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25988/a-adocao-do->

[instituto-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro](#). Acesso em 29 mai. 2018.

[6] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal, 3º ed. revista e atualizada: Juspodivm, 2015.* p. 760.

[7] Ibidem, p. 761.

[8] ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli.* Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 428.

[9] Idem.

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 90.962/SP – São Paulo. Rel. Min. Haroldo Rodrigues. *Pesquisa de Jurisprudência.* Acórdãos, em 2007. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21110738/habeas-corpus-hc-90962-sp-2007-0221730-9-stj/inteiro-teor-21110739> >. Acesso em: 29 mai. 2018.

[11] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal.* 5ª. ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

[12] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal, 3º ed. Revista e atualizada: Juspodivm, 2015,* p. 764.

[13] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal. 19ª ed. ver e atual. São Paulo: Atlas, 2015,* p. 849-850.

[14] Ibidem, p. 850.

[15] IHERING apud CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. *Delação Premiada.* Revista Jurídica Consulex, 15 de setembro de 2005, ano IX, n. 208, p. 25.

[16] GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação.* Salvador: Juspodivim, 2015. p. 217-218.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 75.226/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Acórdãos, 12 de ago. 1997. Disponível

em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742127/habeas-corpus-hc-75226-ms> >. Acesso em: 29 mai. 2018.

[18] DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1031.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Criminal: APR 921975 SC 1088.092197-5. Rel. Min. Aloysio Gonçalves. Acórdãos, 14 de mai. 1996. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4882240/apelacao-criminal-apr-921975> >. Acesso em: 29 mai. 2018.

[20] GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Salvador: Juspodivim, 2015. p. 239.

[21] Ibidem, p. 240.

[22] NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[23] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 92.922/SP – São Paulo. Rel. Min. Jane Silva. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, 21 de nov. 2008. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta> >. Acesso em: 29 mai. 2018.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 1180302/SP – São Paulo. Rel. Min. Jorge Mussi, Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 01.10.2009. Publicação no DJe em 26.10.2009.

[25] BRASIL. Lei. nº. 12.850, de 02 de ago 2013. *Organização criminosa* In: www.planalto.gov.br. Acesso em: 29 mai. 2018.

[26] MORO, Sérgio. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 111-113.

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[28] ALTAVILLA, Enrico apud ARANHA, Adalberto José Q.T.de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 133.

[29] BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 178.

[30] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 3º ed. Revista e atualizada: Juspodivm, 2015, p. 768.

[31] GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Salvador: Juspodivim, 2015. p. 239.

[32] STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam. *O passarinho para cantar precisa estar preso. Viva a inquisição!* 29 de novembro de 2014. Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-preso-viva-inquisicao> . Acesso em 29 mai. de 2018.

[33] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 3º ed. Revista e atualizada: Juspodivm, 2015, p. 779.

[34] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. ver e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 837.

[35] STF, 1º Turma,, RHC 81.740/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/03/2005/ STF, 1ª Turma, HC 84.517/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/10/2004, DJ 19/11/2004; STF, 1ª Turma, HC 94.034/SP, Rel. Min. Cármen.Lúcia, j. 10/06/2008, DJe 167 04/09/2008.

[36] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. ver e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 838.

[37] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª ed. Rev, ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 444.

[38] Ibidem, p. 837.

[39] BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

[40] ISTO É INDEPENDENTE. *O que foi o mensalão*. Disponível em: http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/224843_O+QUE+FOI+O+MENSALAO+ . Acesso em: 29 mai. de 2018.

[41] Termos proferidos em sentença no Expediente Processual 1450/2013 publicado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região Edição nº 132/2013 – São Paulo, terça-feira, 23 de julho de 2013.

[42] CARTA MAIOR. *O caso banestado, a Petrobrás e o feitiço do tempo*. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/O-Caso-Banestado-a-Petrobras-e-o-feitico-do-tempo/4/32268> . Acesso em: 29 mai. de 2018.

[43] Idem.

[44] WIKIPÉDIA - *Operação caixa de pandora*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_Caixa_de_Pandora. Acesso em: 18 de outubro de 2015.

[45] MUCO – MUSEU DA CORRUPÇÃO – *Operação caixa de pandora*. Disponível em: http://www.muco.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=286:operacao-caixa-de-pandora-&catid=37:operacoes-da-pf&Itemid=56. Acesso em: 29 mai. de 2018.

[46] Idem.

[47] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 1290-1291.

[48] CASO LAVA JATO - *Entenda o caso*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 29 mai. de 2018.

[49] CONSULTOR JURÍDICO – *Acordos de delação premiada da “lava jato” violam Constituições e Leis penais*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 29 mai. de 2018.

[50] Idem.

[51] CASO LAVA JATO – *Força-tarefa do MPF na Lava jato ganhou prêmio internacional de investigação*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 29 mai. de 2018.

[52] Idem.

FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

VERONICA BETTIN SCAGLIONI:

Graduada em Bacharel em Direito pela Ucpel, Pós Graduada em Direito Público pela Uniderp. Advogada atuante nas áreas cível e trabalhista.

O artigo traça consideração acerca da filiação biológica, jurídica na ação investigatória de paternidade. A Constituição Federal de 1988 provocou uma importante alteração no Direito de Família através do princípio da igualdade da filiação.

A investigação tem por finalidade identificar os ascendentes de determinada pessoa. Há diversos meios de prova, no entanto, com o advento do exame de DNA, o julgador opta, na maioria das vezes, por somente esse meio de prova.

A prova pericial não deve ser vista como meio absoluto de determinação de paternidade, devendo levar em conta a falibilidade do exame de DNA. Enquanto técnicas atuais não tiverem caráter de certeza absoluta, atingindo cem por cento de veracidade, elas continuarão a ser um meio de exclusão e não identificação. Ou seja, a exclusão é categórica e a inclusão probabilística. Foi utilizado método de revisão bibliográfica, a fim de viabilizar esse estudo.

Neste alvorecer de milênio, o Direito de família passa por intrínsecas transformações, espelhando a mudança de valores que regem a sociedade e a própria família. Assim, várias situações novas surgem, as quais o Ordenamento Jurídico deve disciplinar.

Uma das questões centrais dessa nova fase do direito de família é o problema do reconhecimento da paternidade e seus efeitos. Tal tema tem sido tratado com exaustão pelos grandes doutrinadores do País, em face da mudança ocasionada pela Carta Magna de 1988, que igualou em direitos os filhos havidos, ou não, fora do casamento.

Entretanto, se o tema focado não é tão novo, ele toma, atualmente, novos contornos, em consequência dos avanços da ciência no que se refere à comprovação da paternidade, bem como do princípio do melhor interesse da criança que vem sendo implementado pela doutrina e pela jurisprudência.

O presente estudo versa sobre a influência do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade as quais eram instruídas a partir de exames de sangue muito mais simples, que não possuíam o índice de certeza oferecido pelo exame de DNA. Tal método científico mostra-se capaz de identificar algumas informações genéticas herdadas pelo indivíduo que, na verdade, são combinações de genes do pai e da mãe.

Após o seu advento, a análise do DNA tornou-se o meio de prova mais utilizado nas ações de investigação de paternidade, transformando muitos conceitos do ordenamento jurídico; principalmente, aqueles inerentes ao reconhecimento do estado de filho.

Essa inovação, no entanto, não é aceita de forma unânime entre os pensadores de Direito, gerando dois posicionamentos principais, abordados neste trabalho: a prova pericial como meio absoluto de determinação da paternidade e a falibilidade do exame de DNA.

Os principais pontos referentes à possibilidade, ou não, de se afirmar que a prova genética, e apenas ela, é capaz de decidir de forma absoluta o vínculo familiar liga-se ao fator mais importante deste trabalho, cujo principal objetivo é demonstrar as transformações geradas pelo ingresso do teste de DNA nas ações de investigação de paternidade.

O Direito de Família Pátrio e, por consequência, a acepção jurídica de entidade familiar passou, no período compreendido entre 1916 e 1988, por um decisivo processo de transformação. Neste interregno, visualizam-se duas relevantes abordagens: a primeira, compreendida pelo Código Civil brasileiro de 1916, era de cunho patriarcal, contemplando a "família-instituição", diretamente ligada ao casamento, conforme depreende-se da seguinte definição: "Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento ou pelo parentesco." (GOMES, 1978, p. 13).

Vale lembrar que a família sofreu, nas últimas décadas, profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado Social.

O Estado Legislador passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.

Esse tipo patriarcal, ao longo dos anos, sofreu modificações devido às desigualdades dentro das famílias, em conseqüência do surgimento da liberdade de escolha.

A família atual parte de princípios básicos, de conteúdo mutante, segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a solidariedade, o respeito ao outro. Sem eles, é impossível compreendê-la.

A família tradicional era centrada no matrimônio, voltada para suas crenças e divisão de seus papéis. O homem exercia poder sobre a mulher e os filhos; assim a paternidade era exercício de poder.

A família patriarcal, que nossa legislação civil brasileira tomou como modelo, ao longo do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

A instituição atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção do Estado à família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado, nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o "direito de fundar uma família", estabelecendo no art. 16. 3: "A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e do Estado".

O casamento apresentava-se como fonte única de sua constituição. Inclusive, trazia o reconhecimento pela religião e concedia o direito à prática do ato sexual, pretendendo que os cônjuges não buscassem a satisfação de seus instintos fora do casamento. Revela-se, assim, no modelo codificado, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Desta forma, a garantia da estrutura familiar apresentada se dava pela observação tanto da necessidade de matrimonialização, como no modelo de legitimidade dos filhos. Tal preceito pautava-se na proibição do reconhecimento dos filhos extramatrimoniais e na atuação da presunção *pater is est*.

Dessa forma, verifica-se a grande preocupação da lei no que dizia respeito à proteção da entidade familiar, através do aspecto da legitimidade da união e dos filhos dela havidos. Ainda, outro fator relevante na análise das normas da época, consiste o patrimonial, justificativo da função primordial de transmissão do nome paterno: "A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido". Nesse contexto, a família evidencia um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei.

Vale ressaltar que uniões sem casamento foram gradativamente aceitas pela sociedade, ao passo que novas famílias estruturaram-se independentemente das núpcias, conduzidas por um único membro, o pai ou a mãe. Diante disso e das demais transformações sociais, o modelo legal codificado tornou-se insuficiente, cada vez mais distante da pluralidade social existente. Na verdade, os fatos concretos opuseram-se ao Direito, exigindo maior proteção.

A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada, como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o modelo contemporâneo tem destacado o seu aspecto pessoal e igualitário, valorizando os interesses individuais dos seus membros e buscando a felicidade como mola propulsora de sua continuidade. Na verdade, a família e o casamento visam ao desenvolvimento da pessoa.

Nessa conjuntura, então, surgiram normas asseguradoras de ampla igualdade entre todos os filhos, nascidos antes ou depois, dentro ou fora do casamento. Tal visão propiciou respaldo constitucional para aqueles que desejassem ser reconhecidos como filhos, carregar o nome e apelido de família do genitor e exercer todos os direitos e deveres atribuídos aos descendentes. Como disse o Professor Caio Mário da Silva Pereira: "filhos fora do casamento sempre existiram e sempre existirão" (PEREIRA, 1998, p. 52-53).

Cabe ressaltar que não apenas a redução na extensão da família, mas ainda a mudança dos papéis, além do descompasso entre o modelo legislado e da pluralidade social existentes resultaram na proteção jurídica à figura da família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, bem como a formada por um só dos pais e seu filho. Oportunamente, a Constituição Federal recepcionou-as e reconheceu-as, em seu art. 226. O objeto da proteção estatal é a pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade.

O primeiro destaque é o art. 226, *caput*, da Constituição segundo o qual "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"; assim, compromete-se pela sua integridade. Adota, ao longo de seus parágrafos, a concepção eudemonista, equiparando-a e reconhecendo efeitos jurídicos à união estável entre homem e mulher (§ 3º) e ao grupo monoparental, em que vive apenas um dos genitores e descendentes, filhos ou netos (§ 4º). Assim, evidencia-se uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito.

Nesse ideal de família-modelo do Estado Social Democrático de Direito, a filiação também resta protegida com a chegada da Constituição de 1988, que estabeleceu igualdade de tratamento entre os filhos

provenientes de matrimônio ou não. Traçado o perfil da família codificada importa, então, conhecer o papel nela desempenhado pela filiação, dada sua importância na sustentação do modelo patriarcal.

Do latim, *filiatio* traduz-se pela relação de parentesco que se constitui entre pais e filhos em linha reta, gerando o estado de filho. Ou seja, filiação é o vínculo de parentesco que une os filhos aos pais. Esta não decorre unicamente da consangüinidade; há também outros institutos como adoção.

Todo ser humano, ao ser gerado, precisa de um pai e de uma mãe; todos os filhos procriados são plenos para exercerem seus direitos e deveres, em um grupo social como a família que, por sua vez, é célula da sociedade. Esta representa a continuação da espécie, daí que a filiação constitua objeto de apreciação de diversas áreas do saber, entre elas, a genética, que procura descobrir os traços comuns transmitidos de pai para filho.

O direito ao reconhecimento da origem genética é personalíssimo da criança, não sendo passível de obstacularização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai, inexistindo, portanto, a possibilidade de se ter presumido o vínculo paternal.

O artigo 27 da Lei 8. 069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) estabelece o seguinte: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Na definição da Professora Maria Helena Diniz, “filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida (DINIZ, 2002, p. 372). Já o Jurisconsulto Pontes de Miranda sustenta que:

filiação é a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra. Chama-se paternidade, ou

maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para qualquer dos genitores (MIRANDA, P., 2000, p. 45).

Após o advento da Magna Carta, em 1988, não há mais que se falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos e incestuosos. Aliás, essas duas últimas designações deixaram de existir em nosso direito, pois com o advento da CF/88, reconhecida a paternidade, vigora o princípio da isonomia entre os filhos, não podendo haver discriminação sob qualquer aspecto.

Dispõe o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que, *in verbis*: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Os romanos proclamavam: *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa), pois a maternidade se evidencia fisicamente pela gravidez e pelo parto. Já a paternidade, dada sua incerteza, estabelece-se através de indícios e presunções. O pragmatismo dos romanos fez valer a regra *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, fazendo presumir que o pai é o marido.

Quanto à paternidade, não há total certeza do vínculo com o filho, uma vez que a paternidade era sempre incerta – *pater semper incertus est*. No afã, então, de se criar um meio para a fixação da paternidade, originou-se o instituto da presunção da paternidade, mais conhecido como *pater is est*.

Sobre o instituto da presunção *pater is est*, preleciona o eminente Luiz Edson Fachin (1992, p. 21):

[...] diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera presunção *pater is est*; se a mãe não for casada, a

filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação.

Sempre houve dificuldades em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, principalmente a paternidade. Com isso, nas mais diversas legislações do mundo, começou-se, com base no Direito Romano, a se estabelecerem presunções de maternidade e paternidade.

O sistema de presunção da paternidade fincou a premissa de que o marido da mãe seria o pai dos filhos dela, concebidos durante o casamento, a qual foi chamada de presunção *pater is est*.

Exceções à parte, a mulher casada é fecundada pelo marido e, mormente, o pai jurídico, o esposo, é o pai biológico de seus filhos. Diante disso, a presunção de paternidade encontra no casamento o critério da filiação.

O preceito *pater is est* não foi revogado no novo Código Civil Brasileiro, uma vez que pelo art. 1. 597 presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; os nascidos dentro de trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Pater is est consiste numa presunção legal dita *juris tantum* ou relativa, dado que pode ser afastada por iniciativa do marido que detém, segundo o art. 1601 do novo Código Civil, o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação, agora, imprescritível.

Segundo Veloso (1997, p.52), a presunção *pater is est* está inserida em uma concepção patriarcal e hierarquizada da família e da família matrimonializada, que produzia filhos "legítimos", conforme um modelo multissecular, que foi profundamente abalado, revisto, reavaliado,

principalmente, na segunda metade do século passado. Desta forma, tanto no espaço europeu, como no brasileiro, a aludida presunção não tem mais a força e o vigor do passado e, mesmo assim, não foi revogada pelo novo Código Civil. Embora continue admitida, vem sendo acompanhada de ressalvas, limitações, restrições, por obra de jurisprudência construtiva e renovadora.

No Direito Brasileiro, a investigação de paternidade só surgiu no projeto Bevilacqua, presente no artigo 363 do Código Civil de 1916.

Antes de 1916, a investigação de paternidade era terminantemente proibida. Por volta do século XVII, os juristas começaram a admitir a prova da paternidade ilegítima por diversos meios, inclusive pelo juramento da mãe, perante autoridades e pela confissão expressa e espontânea do pai. Nessa época, tal procedimento era chamado "reconhecimento forçado da filiação". Na atualidade, esse processo visa à declaração judicial de vínculo paternal, no qual figuram, no pólo ativo da demanda, o nascituro, o filho ou o Ministério Público e no pólo passivo, os pais ou herdeiros consoante os dizeres do Estatuto da Criança e do Adolescente

Constitui-se uma Ação de Estado por excelência, visto que se encontra o filho numa situação juridicamente indeterminada, no aguardo da pronúncia estatal, a qual declarará o seu efetivo *status* no seio familiar. Como decorrente do estado de família, é uma ação intransmissível, imprescritível, irrenunciável e personalíssima. Trata-se de ação de estado, como já explícito anteriormente, porquanto o indivíduo encontra-se numa situação jurídica indeterminada, sem *status familiae*.

Enfatiza-se que a investigação de paternidade sempre mereceu especial atenção da Justiça. Vários métodos foram empregados para obtenção de dados que sugerissem a hipótese da paternidade, mas somente no século passado foi possível o estudo científico dessa matéria, o que foi feito através dos primeiros marcadores genéticos.

A descoberta do sistema ABO (1901) foi o marco inicial no sentido de prova na investigação de paternidade. Esse sistema, juntamente com outros (Rh, Mn, Ss Duuffy, Kidd), compõem os marcadores eritrocitários e recebem

tal denominação por serem estudados nos glóbulos vermelhos do sangue. Depois, outro marco importante foi o sistema HLA (1952), por meio de estudos dos glóbulos brancos do corpo humano. Na atualidade, o mais completo de todos os sistemas é o estudo de regiões específicas do DNA (1985). Com ele, completou-se o conjunto de todas as provas destinadas a determinar o vínculo genético. O ácido desoxirribonucléico constitui-se na sede de todas as informações genéticas que herdamos de nossos pais e transmitimos aos nossos filhos.

O exame de HLA, muito utilizado no passado e ainda hoje, quando não se dispõe da moderna tecnologia do DNA, vem sendo rapidamente substituído pelo de DNA, nos últimos anos.

O próprio custo do exame de DNA já é igual ao do exame de HLA, em vários laboratórios. O uso do sistema HLA em testes de paternidade possui em duas limitações: a primeira refere-se ao seu baixo poder de exclusão quando comparado ao DNA; a segunda limitação é que o HLA, nos casos em que este exame não demonstra exclusão de paternidade, não consegue atribuir a paternidade, ou seja, afirmar que aquele indivíduo é o pai biológico, e mais nenhum outro da população.

Não há limite de idade para a análise de DNA. Pode ser efetuado em bebês, recém-nascidos ou ainda durante a gravidez. O exame em DNA pode ser feito com sangue tirado há semanas, meses, ou até mesmo anos. Isto porque o DNA é uma molécula estável que pode ser extraída e congelada por períodos prolongados, dando maior flexibilidade ao exame. Permite, também, fazer o teste na ausência de pessoas-chave como, por exemplo, a mãe e o próprio suposto pai.

Com o avanço da biologia genética, a análise em DNA evidencia-se o teste de paternidade mais preciso, completo e eficaz, possível, atualmente. A chance do teste em DNA por P. C. R detectar um homem que esteja falsamente acusado de ser o pai biológico é superior a 99, 999%.

A esse avanço científico-tecnológico convencionou-se chamar de Medicina Genética e o cerne de todas essas mudanças está assentado na molécula de DNA, uma proteína que confere traços hereditários a cada indivíduo. Descoberto na segunda metade do século XX, dez anos depois,

em 1953, o biólogo norte-americano Jonas Watson e o físico inglês Francis Crick, revelaram a estrutura do DNA

No entanto, é imprescindível que se tenha uma série de controles da qualidade do exame, desde a etapa de identificação dos indivíduos, até a elaboração e entrega do laudo.

Esse procedimento cauteloso é realizado como mais um controle para evitar trocas de amostras, seja na coleta, ou na remessa do material ao laboratório que fará a parte analítica.

O padrão de DNA de um indivíduo não é alterado por drogas, álcool, medicamentos, alimentos, idade ou modo de vida. Também não há necessidade de jejum, nem mudanças na rotina.

De uma maneira geral, os operadores do direito deparam-se com esses procedimentos na busca de soluções de crimes ou casos de investigação de paternidade.

Antes, os outros métodos somente podiam concluir quem não era o pai verdadeiro (exclusão de paternidade); hoje com DNA, por exemplo, pode-se afirmar a possibilidade que o indivíduo é o pai de uma criança (inclusão de paternidade).

Fonseca (1958, p.168) prenunciava uma inclinação em defesa dos filhos, os quais, dizia, não tinham nenhuma culpa pelo envolvimento espúrio de seus pais, entendendo devesse lhes ser assegurada a investigação da sua paternidade, desde que condicionada a uma prova robusta.

Conforme preceitua Simas Filho (1996, p.54) “prova é a demonstração da verdade dos fatos, pertinentes e controvertidos, em que se fundamenta a ação ou a resposta. Prova não é meio; é resultado”.

Art 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que funda a ação da defesa”.

A Constituição Federal de 1988 também não relegou o tema, dizendo no artigo 5º, LVI, o seguinte: “São admissíveis no processo as provas obtidas por meios lícitos”.

Desse modo, há de se concluir que todos os meios legais, como ainda os moralmente legítimos, ainda que não especificados na lei, são instrumentos capazes de provar a verdade dos fatos, em que funda a ação da defesa.

Transcrevem-se alguns aspectos e passagens do voto do Min. Francisco Rezek.

Provas documental e testemunhal são quase sempre impossíveis. No campo pericial o desenvolvimento científico facilita a busca da verdade, mas obstáculos como a recusa à submissão ao exame podem ocorrer. Deve o julgador saber valorar com os demais elementos de prova, a insubordinação. A recusa mesma induz à presunção de paternidade, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigante.

Prova documental

Propositamente, iniciar-se-á pela prova através de documentos. Isso porque passar-se-á a analisar o meio de prova de maior valor, antes, é claro, da evolução da prova através do exame de DNA. A relevância da descoberta da prova genética, no entanto, não significa dizer que a prova documental tenha perdido a sua nobreza, porque continua sendo a própria declaração de vontade, expressa de forma escrita, porquanto há manifestação de vontade inequívoca, comprovadamente produzida pelo suposto pai, que assume a paternidade do autor. Mostra-se incabível, em princípio, deferimento de prova pericial pela parte contrária.

Segundo Lopes (1999, p. 102), “documento é toda representação de um fato ou de um ato”. Theodoro Júnior (1999, p. 444), por sua vez, conceitua documento como “o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo fixação ou retratação material de algum acontecimento”.

São vários os documentos passíveis de utilização em juízo, entre eles: declarações, cartas, cartões de aniversário, bilhetes, emails ou telegramas enviados pelo suposto pai à mãe do investigante que evidenciem ter havido relacionamento íntimo entre ambos, coincidir a época da concepção. Esses constituem instrumentos valiosos na instrução da causa.

Prova testemunhal

Esse meio surge quando se faz necessária a presença de pessoas, que não as partes conhecedoras dos fatos. Nesse momento do processo, as testemunhas vêm à juízo e relatam tudo aquilo que lembram; por isso, muitos estudiosos dizem que a prova testemunhal é a mais falível entre todas as outras.

Consiste na acolhida pelo juiz, com reserva, pelo fato de se deixarem as testemunhas influenciar pela amizade. Como qualquer situação fática, a paternidade pode ser provada por testemunhas. O valor da prova testemunhal também é relativo. As testemunhas, nesse caso, pela natureza do fato a ser provado, fazem parte do círculo de convivência e amizade das partes, podendo ser suas declarações influenciadas por essas relações. Além disso, a paternidade é fato biológico, devendo ser comprovada por meios capazes de verificar essa vinculação.

Na definição de Lopes (1999, p. 131), "é a que é produzida mediante inquirição de pessoas estranhas ao processo, que têm conhecimento dos fatos ou atos já demonstração interessa à solução da causa".

As testemunhas têm como função reproduzir os acontecimentos que ficaram presentes em suas memórias, sempre através de depoimento oral, na presença do juiz e das partes.

Cabe ressaltar que as relações sexuais ocorrem, em, geral de forma secreta, reservada; não comportam, pois, prova direta. Beccaria ensinava que "a testemunha diz a verdade, quando não tem interesse de mentir".

Apesar de ser o meio de prova mais antigo e mais utilizado pela justiça, a grande maioria dos litígios não pode ser solucionado exclusivamente através do testemunho. O maior exemplo dessa situação é

exatamente nos casos de investigação de paternidade, nos quais não se pode admitir que a declaração de estado de filho seja baseada unicamente em testemunhos, ante à existência de provas mais confiáveis, como a pericial.

No entanto, as testemunhas, muitas vezes, são peças fundamentais para solucionar inúmeros litígios deduzidos em juízo.

EXAME DE SANGUE: adequado para excluir a paternidade, se o filho e o pretense pai pertencerem a diversos grupos sanguíneos. É prova negativa; portanto, só serve para excluir a paternidade.

EXAME PROSOPOGRÁFICO: consiste na ampliação de fotografias do investigante e do investigado, justapondo-se uma a outra, inserindo alguma das partes de uma na outra (nariz, olhos, orelha, raiz do cabelo). Verifica-se a semelhança física entre o investigante e o investigado, realizada pela justaposição de fotografias por corte longitudinais e transversais. Esse meio de prova também é fraco, não autorizando à certeza quanto à paternidade, pois pessoas que não possuem relação de parentesco alguma podem ser fisicamente semelhantes.

Lembra-se que **Posse de estado de filho** é a situação de fato estabelecida entre o pretense pai e o investigante, capaz de revelar tal parentesco, desde que o filho use o nome do investigado, receba tratamento como filho e goze do conceito do suposto pai (fama).

Perda do caráter investigatório da Ação de Conhecimento de Paternidade

Em épocas passadas, o Judiciário não dispunha de métodos científicos capazes de identificar, com certeza, a paternidade. Assim, restava ao julgador a análise minuciosa das provas contidas nos autos, tais como, documental e, principalmente, testemunhal.

Com a criação e desenvolvimento do exame de DNA, a Investigação de Paternidade perdeu a natureza investigatória. Note-se nos casos em que os juízes deferem a produção probatória, através do exame de DNA.

Utilizando-se dos artifícios tecnológicos, como o exame de DNA para verificação correta e exata de vínculo paternal, o Judiciário economiza muito tempo e dinheiro para os cofres públicos. Da produção de provas pelo exame de DNA, na investigação de paternidade, utilizando-se, caso necessário, da coação estatal, restará desembaraçado o judiciário, pois verificar-se-á que as decisões de mérito na Ação de Investigação e Paternidade serão oriundas da mera recepção do Exame de DNA. Então, ficam as ações judiciais, restritas a uma declaração judicial, sem necessidade de grandes dilações probatórias.

O fato é que no Direito Processual Civil Brasileiro inexistente hierarquia entre as provas; portanto, se a parte apresentar somente a referida prova pericial, corre o risco do magistrado rechaçá-la e considerar as outras provas constantes dos autos para alicerçar sua decisão.

Faz-se correta a asserção segundo a qual só deve haver o julgamento do mérito nas aludidas ações, quando esgotados todos os meios probatórios na fase de instrução processual, eis que a sentença de mérito nessas ações é extremamente séria, já que envolve o direito natural, constitucional e indisponível da personalidade. Isso se constitui um verdadeiro óbice ao reconhecimento da paternidade, alicerçado somente na verdade formal. Diante disso, o juiz deve determinar todas as provas necessárias a sua própria convicção para calçar sua sentença sempre na verdade material. Evitará, dessa maneira, decisões que frustrem outros direitos.

A coisa julgada nas Ações de Investigação de Paternidade

Um dos principais escopos do Estado consiste na solução de conflitos de interesses existentes na sociedade.

Tal tema versa, principalmente, sobre a desconcórdia que pode ocorrer entre princípios da necessidade social da definitividade das decisões judiciais e os princípios da dignidade e da personalidade, quando do julgamento de uma ação de investigatória de paternidade. Isto é, tratar-se-á mais especificamente da possibilidade de relativização do instituto jurídico da *res judicata*.

Conforme ensina Theodoro Junior (2000, p. 463):

A diferença entre a coisa julgada material e formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra sentença.

Na investigação de paternidade, os magistrados devem valer-se dos avanços científicos da perícia genética, para tentarem atingir a verdade material, posto que esta ação envolve questões de cunho psicológico, além de vários direitos tutelados constitucionalmente.

Mesmo quando estiverem presentes todos os requisitos necessários, as sentenças prolatadas nas mencionadas ações devem ter a força de sua coisa julgada, relativizada.

Essa assertiva procede devido ao fato de que, apesar da coisa julgada existir para suprir a necessidade social da definitividade das decisões, há algumas evadas de equívocos. Esse direito está em um plano mais elevado na escala normativa, qual seja, o direito do indivíduo saber sobre sua ascendência ou descendência biológica.

Sem dúvida, se for atribuída a determinada pessoa uma paternidade que não é a sua, esse indivíduo pode sofrer danos morais e materiais irreversíveis. Deve-se, pois, dar a ele a oportunidade de impugnação da sentença a qualquer tempo, visto que, além de tratar-se de direitos imprescritíveis, é matéria de ordem pública. Então, o formalismo do processo não deve ser obstáculo para se buscar a verdade real, devendo sim, ser flexibilizada a força da coisa julgada, em nome dos valores mais altos, isto é, aqueles que dão direito do indivíduo saber quem são os seus ancestrais e descendentes biológicos.

A segurança jurídica não pode ser óbice à verdade, sob pena de se criarem ficções jurídicas absurdas, prejudicando as partes, bem como toda a sociedade, posto que uma sentença equivocada ou alicerçada em fatos inverídicos poderia gerar direitos e obrigações sucessórias, negociais e familiares para duas pessoas que não têm, na realidade, nenhum laço familiar.

Configurada a colisão entre o direito à segurança jurídica, decorrente da coisa julgada e os direitos fundamentais da personalidade e dignidade, devem prevalecer os dois últimos, eis que se a coisa julgada for considerada um direito fundamental absoluto, estar-se-á destruindo por completo o direito ao respeito e à convivência familiar.

Nas ações em que a paternidade não foi declarada por ausência de provas, antes da possibilidade da realização do teste do DNA e que a ação rescisória já não possa mais ser proposta, é que surgem divergências sobre a possibilidade da propositura de uma nova demanda.

Os que negam essa possibilidade defendem, principalmente, a segurança jurídica trazida pela coisa julgada, fundamentando a impossibilidade de julgamento da nova ação pelo disposto no art. 5º, da Constituição Federal e no art. 471 do Código de Processo Civil. Para essa corrente, o valor preponderante é a estabilidade trazida pela coisa julgada, não interessando o surgimento de novo meio de prova. Essa corrente é majoritária.

Outra parte da doutrina entende ser possível a propositura de uma nova ação de investigação de paternidade, com base, agora, no exame de DNA. O fundamento principal dessa corrente está ligado à prevalência da verdade real sobre a verdade formal.

Nesse sentido Almeida (2001, p.98-99) aduz que:

[...] há a possibilidade de revisar um julgado no qual não se tenha utilizado do critério científico na apuração da verdade para torná-lo cientificamente seguro, isto porque a sentença proferida pode, ou não, coincidir com a verdade real, dada a sua estabilidade jurídica como furto da persuasão íntima do julgador, e não uma convicção científica.

Salienta-se não ser o instituto da coisa julgada enfoque central desse trabalho, porém admitindo-se a relevância do exame de DNA em diversos ordenamentos do direito de família, e, conseqüentemente, do direito processual, justifica-se a breve explanação acima.

Confissão, presunção e indícios

A respeito dessa matéria, todas as ações de estado (filiação, estado civil, investigação de paternidade, etc.), que objetivam a alteração, não admitem a confissão pela parte demandada, conforme proibição expressa no artigo 351 do Código de Processo Civil: “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.

A presunção que interessa, nesse momento, é a legal, isto é, aquela estabelecida pela própria lei, a qual se subdivide em absoluta e condicional. A primeira é a consequência que a lei deduz, de forma expressa, de certos atos ou fatos, desinteressando a existência de prova em contrário (*juris et jure*). Quanto à presunção condicional, pode-se dizer que é aquela em que o ato ou fato são verdadeiros, até que se prove ao contrário (*juris tantum*).

Com relação à investigação de paternidade, a aplicabilidade desses conceitos aparece, principalmente, naqueles casos em que o pai não aceita se submeter à perícia através do exame de DNA.

Com a Constituição de 1988, houve uma busca frenética pelo reconhecimento da paternidade; concomitante a isso, conforme mencionado anteriormente, o surgimento do exame de DNA, que trouxe para o campo jurídico a certeza, ou quase ela, da paternidade biológica. A paternidade passou, pois, a ser vista, antes de mais nada, como vínculo de sangue.

Através da verdade biológica, pai e filho buscam uma certa face de sua identidade; o primeiro, sabendo-se perpetuado; e o segundo, conhecendo um pouco de si.

O DNA pode ser detectado no núcleo (centro) de qualquer célula de um organismo, dentro de pequenos pacotes genéticos chamados cromossomos, com exceção das células vermelhas do sangue (hemáceas) que não têm núcleo; portanto, não têm DNA. Assim, o DNA das células brancas de sangue de um indivíduo é exatamente igual ao DNA das células de pele desse indivíduo, dos tecidos, da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, das células contidas na urina.

Veloso (2000, p. 388) cita também um artigo de Rolf Madaleno a ser publicado sob título *A sacralização da presunção na investigação de paternidade* que enuncia:

a minimização dos clássicos meios processuais de prova, o que pode ser facilmente deduzido das decisões jurisprudenciais, sacralizando a perícia genética, como sendo a suprema das provas, tornando-se as outras provas inúteis e dispensáveis. Já é momento de evitar o endeusamento do resultado pericial, convertendo o julgador num agente homologador da perícia genética, certo de ela possuir peso infinitamente superior a de qualquer outra modalidade de prova judicial.

Salienta-se serem sérios os riscos da sacralização da presunção pela mera recusa na submissão ao exame de DNA. Isso ocorre especialmente quando essa negativa está escorada numa justificada oposição do investigado, quando nada lhe foi revelado acerca da infalibilidade do perito e do laboratório a que está vinculado em detectar o nexó biológico ao índice de uma probabilidade de paternidade igual a 99,99999%.

Ademais, é preciso haver muita cautela, quando as ações investigatórias apenas relatam superficial relação duvidosa de correspondência fática, denotando em seu ventre uma demanda prenhe de ódio, rancor ou pura maldade. Também, quando não consignam mera malícia por um lucro exclusivamente material, sem que a inicial apresente informes mais sérios, e de razoável consistência, capazes de sustentar uma precipitada ordem de realização judicial de perícia genética.

Por sua vez, o alto grau de certeza dos exames de DNA transformou o Direito brasileiro, derrubando algumas de suas paredes e abalando outras, que permanecem, mas como ruínas.

A par de outras repercussões em esferas jurídicas distintas, sem dúvida, haverá grande ressonância no campo das ações jurídicas que questionam a paternidade, em que exame de DNA se tornou a prova máxima e decisiva, nos casos de investigação de paternidade. E com muito mais ênfase, quando na questão abordada, discute-se a

obrigatoriedade ou não do investigado em submeter-se ao exame hematológico para a comprovação da paternidade discutida.

Sem dúvida, o exame de DNA evidencia-se uma prova indispensável à fiel obtenção da verdade, no processo de investigação de paternidade.

A verdade que se busca em juízo, seja pelas partes, seja pelo próprio magistrado, deve ser manipulada da forma mais ampla possível, porém sem exceder as barreiras e os limites do razoável, de modo a não colidir com os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, fundamentalmente assegurados nos Estados Democráticos de Direito. Mesmo para a busca dessa verdade, os postulados maiores condicionam limites. E, como diziam os romanos: *Est modus in rebus* – há um limite entre todas as coisas.

Na verdade, tem-se percebido que o exame do DNA passou a ser, para muitos operadores do Direito, condição *sine qua non* para a comprovação da paternidade, ao argumento de uma certeza, quase inabalável, não pode prosperar, principalmente quando se noticia diariamente pelos meios científicos acerca da imprestabilidade de alguns resultados e métodos de exames hematológicos. Isso decorre do fato de muitos deles serem confeccionados em laboratório não qualificados, despreparados e sem recursos científicos suficientes para a efetivação desses procedimentos.

Para Veloso (2000, p. 387), a “rainha das provas” suplantou todas as perícias sorológicas empregadas até então no debate judiciário civil e penal. Alerta o autor que muitos operadores e usuários do Direito assumem uma posição de adoração e submissão aos laudos periciais. Entretanto, já não é possível prosseguir com essa cega confiança dos cultores do Direito nos testes de DNA, que não podem ser considerados conclusivos, apenas servindo como mais um elemento probatório.

O autor concorda com a importância do estudo do perfil genético do DNA, na investigação do vínculo de paternidade e maternidade, mas interroga se os seus resultados apresentam a condição de certeza absoluta e de fato inquestionável. Enfatiza que, mesmo sendo a análise do polimorfismo do DNA uma prova de grande futuro, na sua essência, seus métodos e técnicas não podem ser considerados, sob o prisma científico, uma prova infalível e de conclusões absolutas, capazes de

transformar o magistrado em prisioneiro de seus resultados, “sacralizando” esse exame em detrimento de outros meios usuais e processuais de prova.

Se assim se procedem, tornar-se-á o julgador prisioneiro de seus resultados. É perigoso substituir seu juízo de valor por uma única prova, cujo resultado permite uma certa margem de erro.

Prescreve Moraes (1997, p. 184), em preocupante vaticínio que: “a certeza científica, oferecida pelo exame de DNA, para determinação da paternidade encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai a entregar o material necessário ao teste”.

Enfatiza-se que, conquanto o exame de DNA tenha adquirido enorme credibilidade entre os profissionais do Direito e a população leiga, ele não é infalível. Devem ainda ser consideradas as falhas humanas na aplicação do exame e mesmo na fiscalização dos laboratórios, como fatores capazes de comprometer o resultado.

Condução coercitiva

Argumentos a favor da coerção

Segundo os defensores dessa medida, a submissão a tal exame não demanda sacrifícios corpóreos consideráveis, que sejam legítimos a respaldar uma recusa fundada na alegação de que a parte deve ter respeitada a sua inviolabilidade corporal. Na verdade, a extração de uma amostra de sangue, ou mesmo de alguns fios de cabelo não causam sofrimento considerável.

A favor da condução coercitiva argumenta-se que não se pode desprezar a produção da prova genética do DNA, na busca da verdade.

Por outro lado, ainda que se pudesse considerar que a extração desse material genético originasse sofrimento corporal significativo, deve-se entender que a busca da verdade real em relação à paternidade de um indivíduo e evidencia-se valor que se sobrepõe ao direito que se tem à inviolabilidade do corpo.

Quanto ao direito à intimidade, caso alguém alegue que não quer ter exposto seu código genético, sob o argumento de que tal exposição poderia resultar-lhe, por exemplo, preconceitos relativos a doenças

congêneres, dever-se-ia entender que essa possibilidade perde em relevância para a busca da verdadeira informação quanto à paternidade de um indivíduo.

Além disso, importa ter em mente que o resultado de um exame de DNA, feito em um processo de investigação de paternidade, deve estar resguardado de outros usos (indevidos) pelo instrumentário do segredo de justiça, previsto, inclusive, constitucionalmente. Diante disso, as justificativas, também sob esse aspecto, mostram-se improcedentes para embasar uma recusa ao exame.

Da mesma forma, não é legítima a alegação de que alguém estaria escusado de se submeter ao exame de DNA, sob o argumento de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Não se pode concordar com a consideração de que a prova efetiva de uma relação de paternidade, inicialmente suspeita, é prova produzida contra si. O direito que ganha relevância, aqui, é o direito de se ter certeza a respeito da existência ou não de tal vínculo familiar. O interesse da parte em omitir a informação que seria necessária e suficiente para estabelecer tal verdade é subjugada, nesse ponto, pelo interesse da sociedade em ver desvelada tal informação.

Então, a partir da recusa da parte em se submeter ao exame médico-pericial, como é o caso do exame de DNA, é que deverá se inverter o ônus da prova em relação àquela matéria objeto do exame. Cria-se, assim, uma presunção de que o exame recusado provaria, caso realizado, aquilo que é desfavorável a quem recusou. Mas essa presunção, conforme argumentamos, é *ius tantum*, ou seja, é presunção que admite a possibilidade de prova em contrário, a partir de fatos carreados aos autos em fase de instrução.

Irrefutavelmente, filho tem direito de saber quem é seu pai, de portar o nome da família do pai, resguardando-o do constrangimento de ser filho de pai desconhecido, de se sentir rejeitado pelo pai que negou o reconhecimento da paternidade e das obrigações para com o filho. É preciso fortalecer vínculos de sangue, afeto e de direitos sucessórios, porque poderão ocorrer conseqüências sociais e psíquicas da inexistência ou ausência do pai. Origem biológica é de interesse da

pessoa, uma vez que apresenta as características pessoais, doenças hereditárias, potencial de personalidade e até de direitos patrimoniais.

Na verdade, é justificável o sacrifício do direito do investigado, de modo que deve, na verdade, ser admitida a condução coercitiva deste para a realização da prova do DNA.

Argumentos contrários à coerção

Para alguns críticos, tal coerção representa uma violação ao direito à intimidade, já que esse material que comporta informações individuais da parte, tais como propensões a doenças ou doenças já contraída (como a AIDS, por exemplo) estariam sendo expostas, sem o seu consentimento.

Da mesma forma, argumentam que discrepa das garantias constitucionais de preservação da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano.

Na verdade, tanto a identidade genética quanto a intimidade e a intangibilidade do corpo humano são componentes da dignidade da pessoa que estão em confronto.

A recusa do investigado à realização do exame de DNA deve gerar a presunção relativa do exame de DNA.

Embora admitida a obrigatoriedade da prova genética do DNA, a recusa do investigado à realização do exame de DNA não pode ser interpretada como confissão ficta do investigado. Essa reação não é suficiente para se admitir a presunção de paternidade. Apesar de apresentar forte indício, é necessário existir alguma evidência de ter havido um relacionamento entre o suposto pai e a mãe da criança para que fique comprovada a paternidade.

Aplica-se, como garantia de não estar o acusado obrigado a fazer prova contra si, o direito ao silêncio. Pode-se entender ainda que o silêncio do réu não pode ser mais interpretado em prejuízo da defesa; o mesmo deve acontecer em relação à recusa em doar material para o exame de DNA.

Vale enfatizar que essa confiança no exame científico conduz ao desdém e à profunda e quase insuperável descrença sobre os demais

meios processuais de prova. Isso demonstra cega aceitação da perícia do DNA o que acarreta um perigoso e deletério efeito de influenciar sobre os outros meios legítimos e esclarecedores de prova judiciária. Mostra-se decisivo, portanto, evitar o endeusamento do resultado pericial, convertido o julgador num agente homologador da perícia genética, certo de ela possuir peso infinitamente superior à de qualquer outra modalidade de prova judicial.

Trachtenberg (1995, p. 326) atenta para a possível falibilidade do teste de DNA, pelo fato de os laboratórios carecerem de dados estatísticos tão caros e próprios da população brasileira, composta por uma raça mista, de características singulares, divergentes dos levantamentos estatísticos realizados com os povos dos Estados Unidos e os da população européia.

Segundo os opositores à coerção, não se deve prosseguir com essa cega confiança dos cultores do Direito nos testes de DNA. Estes não podem ser considerados conclusivos, apenas servindo como mais um elemento probatório.

Em uma questão sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu, por maioria:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Exame de DNA - Condução do Réu "Debaixo da Vara". Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável a feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. STF – HC 71. 373-4 RGS – Tribunal Pleno – Rel. p/o acórdão: Min. Marco Aurélio – j. 10. 11. 1994 – v. m. – DJ 22. 11. 1996.

"Não basta ao interessado na investigação do seu nexu biológico louvar-se no exame de DNA, que deve ser lido num conjunto probatório muito mais denso e verdadeiramente seguro" (VIANA, 1998, p. 27)

Os votos vencidos dessa decisão argumentam pela existência de dois interesses em conflito: o da criança investigante à sua real identidade e o do suposto pai à sua incolumidade física. Entendem esses ministros que deveria prevalecer o interesse superior da criança.

Apesar de todas essas alegações, contrárias à coerção, deve-se partir do princípio de que a recusa do investigado implica descumprimento de um dever processual de colaboração, disposto no artigo 339 do CPC brasileiro, *in verbis*. "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade"

A possibilidade de erro do DNA

A prova pericial realizada do exame de DNA pode gerar resultados de exclusão e de inclusão, ou seja, o resultado do exame pode excluir a possibilidade de paternidade, não encontrando no suposto pai uma combinação entre o seu DNA e o material do sedizente filho; por outro lado, pode demonstrar que o material coletado do investigado apresenta seqüência compatível com o filho.

Nesse momento, porém, é preciso cautela na utilização única da prova pericial, uma vez que, embora incontestável sua utilidade para o Direito, é impossível ignorar inúmeros fatores que podem comprometer e prejudicar os resultados ditos inquestionáveis.

Um dos principais motivos que colocam em dúvida a sacralização da prova pericial através do exame de DNA é a qualidade dos laudos, porquanto realizados com apuro técnico podem atingir índices de acertos superiores a 99, 9999%; mas boa parte dos laboratórios oferece técnicas menos complexas e mais baratas, aumentando a margem de erro.

Pode-se, então, deduzir que essa matéria encontra entendimento diverso entre os doutrinadores. Uns entendem que a margem de erro da análise do DNA é insignificante, e, por isso, essa prova pericial oferece ao julgador em elemento sólido e determinante para a construção da verdade. Outros, no entanto, notam ser impossível negar a relevância do exame de DNA no conjunto probatório, salientando, porém, que existe uma distância entre reconhecer o exame como prova importante que traduz a evidência da paternidade.

Ainda cabe salientar o fato de, no Brasil, não haver fiscalização oficial dos laboratórios que realizam o exame de DNA.

Recusa do suposto pai

A indigitação leviana de paternidade pode causar sérios transtornos à vida do suposto pai. Inclusive, a Ministra Nancy Andrighi, argumentou que a recusa do réu em realizar a prova pericial de DNA implica a presunção de existência de relação de paternidade; no entanto, presunção é de natureza relativa, não absoluta, porque, além de ensejar prova em contrário, não induz à automática procedência do pedido.

A CF diz, em seu art. 5º que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude da lei”. E não existe lei que obrigue o suposto pai a se submeter ao exame. E, ao mesmo tempo, ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em princípio, mostra-se relevante esclarecer que se adota a consagrada classificação estrutural das normas de direito fundamental, qual seja, a de princípios e regras jurídicas como espécies de normas dentro do ordenamento jurídico. Segundo Alexy (1997, p. 82), os princípios e as regras são espécies de normas dentro do ordenamento jurídico, cuja distinção é “*uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales*”. Ambos são espécies do gênero norma porque dizem o que deve ser. A característica diferenciadora entre ambos é qualitativa e consiste em serem os princípios mandados de otimização, ordenando que algo seja realizado na medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Os princípios, portanto, impõem otimização de eficácia à luz das circunstâncias, sendo harmonizados, permitindo o balanceamento conforme o seu peso e ponderação com outros princípios, de forma a coexistirem, conviverem mutuamente, podendo ser cumpridos em diferentes graus. Por outro lado, as regras prescrevem exigências que se impõem, ou não, excluindo-se mutuamente quando houver antinomia ou conflitos entre as mesmas (ALEXY, 1997, p. 86-).

O sistema constitucional é tendencialmente principialista, porque este evidencia suporte rigoroso para solucionar a colisão de direitos

fundamentais, além de permitir que o sistema se mova através da textura aberta dos princípios.

Para Jorge Miranda (2000, p. 180), a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido às constituições, confirmando a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado. Significa que não se trata unicamente de sistema, e sim de unidade de pessoa, exatamente porque:

o homem situado do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

Cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana não depende de reconhecimento expresso da ordem constitucional, mas, indubitavelmente, de sua força jurídica. Em consequência, sua efetiva realização e promoção estão diretamente relacionadas ao seu grau de reconhecimento pelo ordenamento constitucional. Daí ser de tamanha relevância o estudo aprofundado acerca do conteúdo jurídico dessa dignidade.

O reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, bem como sua posição privilegiada no texto constitucional, são, sem sombra de dúvidas, manifestações inequívocas de que para o nosso constituinte este princípio é basilar e informa todo o ordenamento jurídico. A dignidade, como valor inerente à pessoa, é inalienável e irrenunciável. Como princípio fundamental, goza do *status* de norma jurídica e reclama proteção e promoção pelo poder público e particulares.

O que temos em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade ou do indigitado pai à sua intangibilidade física.

Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais, tanto os da criança, como os do suposto pai, quais sejam o direito à identidade e à

integridade física, deve visar-se a resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Deve prevalecer, portanto, a interpretação que preserve ambos os direitos, não havendo a possibilidade de que um deles seja totalmente suprimido, sob pena de estarmos descumprindo a norma constitucional.

No entanto, quando uma sobrepõe a outra, é mister analisar a relevância do direito em voga.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, resguardou a criança e o adolescente, lançando como princípio o dever da família:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Art. 229 da CF/88 diz que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Aspectos constitucionais

A condução coercitiva do réu para a efetivação do teste de DNA revela-se medida arbitrária, desprovida de qualquer amparo legal. Determinação Judicial desta natureza viola direitos fundamentais do ser humano, afrontando a Constituição Federal. Denota medida excessiva, passível de *habeas corpus*, por ferir a liberdade do indivíduo em descompasso com a ordem jurídica nacional.

Na investigação de paternidade, a condução forçada do investigado para a realização do exame de DNA com a retirada de sangue ou outro tecido de seu corpo sem o seu consentimento, ofende direitos protegidos pela Constituição, direitos da personalidade, fundamentais. A ordem judicial que determina a condução debaixo da vara fere a liberdade, a integridade física e a intimidade do suposto pai. Assim

agindo, autoridade judicial extrapola limites, age com abuso de poder. Revela-se o ato desprovido de juridicidade, inconstitucional, a medida em que colide com direitos fundamentais do indivíduo, contra os quais é vedada a interferência lesiva do poder público. O constrangimento causado ao réu é incompatível com o Estado de Direito, fundado historicamente na submissão ao império da lei e na garantia dos direitos individuais.

O direito à integridade física decorre do direito à vida. A incolumidade física da pessoa não pode ser invadida para a realização de uma perícia judicial, mesmo que seja para o teste de DNA.

A seu turno, direito à intimidade encontra-se disposto no art. 5º, X, sendo inviolável. Constitui a esfera íntima e secreta do indivíduo, dentro da qual lhe são garantidos o resguardo e a proteção contra a invasão de terceiros, inclusive do Estado.

A inviolabilidade de direitos fundamentais é garantia consagrada de maneira expressa pela Constituição, em seu art 5º. São direitos garantidos a homens e mulheres, sem qualquer distinção, essenciais para a formação individual. Dos direitos fundamentais do homem desencadeiam-se todos os demais que ele possui ou venha a possuir. Formam a base, o início de toda a constituição de direitos individuais.

O direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são direitos decorrentes da condição de pessoa, defluem automaticamente da própria existência do ser humano. Seguindo Bittar (1991, p. 11): "Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extra patrimoniais intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios. A declaração de garantia dos direitos da personalidade, no texto da Lei Fundamental, de forma pormenorizada, reflete a preocupação do Constituinte de 1988 e de todo povo brasileiro com a proteção aos direitos básicos do homem, renegados durante um longo período dentro da história política nacional".

A sociedade brasileira vive um Estado Democrático de Direito. Mais do que uma simples denominação, tal enunciado demonstra o tipo de estrutura de poder vigente. A legitimidade da atuação do Estado é

verificada pelo respeito e cumprimento da Constituição e da lei. Os direitos e garantias individuais limitam a interferência do Estado no âmbito de atuação do particular, protegendo os valores primordiais, indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária

O presente artigo abordou a influência do exame de DNA nas Investigatórias de Paternidade. A partir de uma visão mais humana dessa atividade, notadamente, da condução coercitiva do exame de DNA, fez-se uma explanação de considerações a respeito do DNA como prova suprema da paternidade.

Constatou-se, no entanto, ainda não haver uma unanimidade entre pensadores e aplicadores do Direito, porquanto a procedência ou improcedência da ação de investigação de paternidade, baseada unicamente na prova genética, não esclarece, definitivamente, todas as dúvidas.

Para muitos estudiosos, a descoberta das impressões genéticas trouxe para o mundo Jurídico a certeza da paternidade, transformando o exame de DNA em prova inequívoca e suprema dentro do conjunto probatório, a qual ingressou no nosso ordenamento como uma solução para o reconhecimento da paternidade.

Outros contrariam, alegando quanto à sacralização da prova pericial, através da análise do DNA. Desse modo, é preciso muita cautela nesse processo de endeusamento do exame, principalmente, tendo em vista implicações de ordem ética e legal. No mundo real, tudo é incerto; há que se ressaltar que a medicina não é uma ciência exata, não se pode falar em certeza absoluta, o que ratifica o entendimento geral de que tudo é relativo, principalmente quando se sabe que a perícia é ato praticado pelo homem e, portanto, sujeito a erro.

Na prática, ainda não se alcançou um patamar de certeza inquestionável, visto que se constatam, ainda, lacunas no tocante às novas descobertas médico-científicas. É certo, no entanto, que o avanço genético representa um meio capaz de solucionar problemas inerentes ao vínculo de filiação. Dessa maneira, fica muito difícil, para o julgador, negar a existência do estado de filho apontado no laudo pericial, decorrente do exame de DNA, ou afirmar que o vínculo genético existe, se os resultados apontam que a realidade é outra.

Por sua vez, é inegável que a aplicação das descobertas da Engenharia Genética, no tocante à identificação humana, produziu grandes efeitos no mundo jurídico.

O exame de DNA, dada a confiabilidade que inspira, acaba por superar todos os métodos anteriormente utilizados para reconhecimento de paternidade.

Ressalta-se que, dadas as vantagens que essa técnica oferece, criou-se um novo mito: o da "infalibilidade do DNA", confluindo no emprego ilimitado dessa prova.

É certo que a norma jurídica precisa ir ao enalço dos avanços científicos, mas é certo também que o emprego da prova de DNA deva se dar com cautela, pois apesar do grau de certeza e segurança que pode gerar, não está tal técnica imune a erros. Nesse sentido, urge a edição de dispositivo legal que zele pela fiscalização dos laboratórios que a realizam, fazendo com que prime a qualidade dos exames de DNA.

Contudo, melhor irão proceder os tribunais brasileiros se, daqui para frente, decidirem pela realização de perícia técnica de verificação biológica da paternidade quando presente alguma prova mínima de verossimilhança entre o relato da petição inicial e os fatos aprioristicamente demonstrados.

Nesse contexto, o exame de DNA não pode continuar a ser tratado como prova inofismável, incontestável e suficiente; ao contrário, deve ser recebido com reservas, sob pena de, mesmo tendo tal metodologia os aplausos incansáveis de seus defensores e os encantos que a mídia propaga, alguns resultados contribuirão, para transformar a sentença numa tragédia, fazendo de um inocente culpado ao atribuir-lhe um filho que não é seu.

Ter ou não ter filhos é uma opção individual. Entretanto, a partir do momento em que um filho é gerado, desde a fecundação o pai já tem deveres; não há mais opções, e sim, responsabilidades. Reconhecer o filho constitui-se uma das principais responsabilidades. O pai deve cumprir com os deveres dando assistências devidas, para sua criação e formação moral e intelectual de seus filhos. No entanto, é necessário frisar que não há hegemonia de princípios, prevalecendo sempre o

resguardo aos interesses da criança, visto que esta sempre estará em situação inferior ao do suposto pai, principalmente por ficar em situação vulnerável perante ao genitor. Essa circunstância trará prejuízo a formação do menor. Cumpre destacar que a Ordem Jurídica determina o princípio de resguardo aos interesses da criança, como uma das normas fundamentais. Mas o genitor tem o direito de obter a certeza do vínculo biológico entre ele e o suposto filho.

Convém salientar que a dignidade do ser humano deve ser resguardada pelo Estado, desde o nascimento, sendo ela inviolável.

Com base nos argumentos expostos, salienta-se que o Poder Judiciário deve emitir suas decisões baseadas no Princípio da Dignidade da pessoa humana, em conformidade com o melhor interesse da criança, observando o caso concreto.

É momento, portanto, de grandes realizações nessa área, porquanto a descoberta da tipagem genética evidencia-se uma realidade médica que, certamente, precisa embasar-se numa legislação específica e profunda que regule a matéria e seus tópicos especiais. Os direitos e garantias individuais limitam a interferência do Estado no âmbito do particular, protegendo os valores primordiais, indispensáveis à construção de uma sociedade livre, equânime e solidária. Apenas dessa maneira será viável a adaptação do DNA à realidade atual, em consonância com o estado democrático vigente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Maria Christina de Almeida. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimentos da filiação e paternidade presumida**. Belo Horizonte: Sergio Antônio Fabris, 1992.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Investigação de paternidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRANDA, Jorge **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. vol9 Campinas: Bookseller, 2000. v. 9, Tomo 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

____. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NORMALIZAÇÃO para trabalhos técnico-científicos da Universidade Católica de Pelotas. **Universidade Católica de Pelotas**. Pró-Reitoria de Graduação. Biblioteca Central. Pelotas: UCPel, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 8. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V.

____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

TRACHETENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.63, p. 326, mar.1995.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

____. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VIANA, Marco Aurélio Sinceraly. **Alimentos, ação de investigação de paternidade e maternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

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 princípio 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).

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 à vida digna, à liberdade (art. 5º, caput, CF/88), à 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, à 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 à garantir a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e a efetivação da igualdade material.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO À 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

indispensáveis à “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 à 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 princípio, 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 à 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, à livre escolha de emprego, a condições justas e

favoráveis de trabalho e á proteção contra o desemprego” além de “direito 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

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 resguardá-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, a 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 pessoa do trabalhador no âmbito social, anexou uma série de outros 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 à 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 à 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, 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. [\[4\]](#)

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 específico, 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).

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 à 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 aceção 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

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-analítica.** 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; COELHO, 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.

[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.

DA (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE LOTAÇÃO E/OU FUNÇÃO DE AUXILIAR DE ENFERMAGEM ESTATUTÁRIO

FREDERICO COSTA BEZERRA:

Bacharelado em Direito e Especialização em Direito Processual. Universidade Estadual do Piauí.

Inicialmente é importante apresentar o conceito legal de cargo público que se encontra no art. 3º da Lei nº. 8.112/90:

Art. 3º **Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades** previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. **Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei**, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Disto, tem-se que o cargo público e as respectivas atribuições (funções) devem estar previstas em lei. Assim, por estarem as funções previstas em lei deve o administrador observá-las sob pena de desvio de função. Eis o ensinamento José dos Santos Carvalho Filho^[1]:

“O cargo, ao ser criado, já pressupõe as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é ilegítimo o denominado desvio de função, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de funções relativas a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente. Cuida-se de uma corruptela no sistema de cargos e funções que precisa ser coibida, para evitar falsas

expectativas do servidor e a instauração de litígios com o escopo de permitir a alteração da titularidade do cargo. Na verdade, o desvio de função não se convalida, a não ser em situações excepcionais autorizadas em lei, mas o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício das funções do outro cargo, e a autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, inclusive porque retrata improbidade administrativa.”

De outro lado, importa ainda trazer o conceito de remoção, sintetizado por Matheus de Carvalho^[2]:

“a remoção é o deslocamento do servidor público dentro do mesmo quadro de pessoal, ou seja, dentro da mesma carreira, com ou sem mudança de sede e de domicílio. Com efeito, trata-se de deslocamento funcional, podendo ocorrer mesmo que não haja deslocamento físico.

A remoção pode ser determinada de ofício, no interesse da Administração Pública ou efetivada mediante pedido do servidor, situações em que será concedida, a critério do poder público, que deve analisar a sua compatibilidade com o interesse da prestação do serviço. Sendo assim, em ambos os casos, deve haver compatibilização do deslocamento com o interesse público.”

Extraí-se, então, que é possível a alteração de lotação de servidores por ato de ofício da Administração Pública devidamente motivado, no interesse desta, salvo nos casos de inamovibilidade constitucionalmente previstos para os magistrados (art. 95, II, da CF), membros do ministério público (art. 128, §5º, I, *b*, da CF) e membros da Defensoria Pública (art. 134, §1º da CF).

Fixadas estas premissas, importa transcrever o art. 13 da lei nº. 7.498/97, regulamentado pelo art. 11 do Decreto nº 94.406/87, que trazem as atribuições (funções) dos auxiliares de enfermagem:

Lei nº. 7.498/97. Art. 13. O Auxiliar de Enfermagem exerce atividades de nível médio, de natureza repetitiva, envolvendo serviços auxiliares de enfermagem sob supervisão, bem como a participação em nível de execução simples, em processos de tratamento, cabendo-lhe especialmente:

- a) observar, reconhecer e descrever sinais e sintomas;
- b) executar ações de tratamento simples;
- c) prestar cuidados de higiene e conforto ao paciente;
- d) participar da equipe de saúde.

Decreto nº 94.406/87. Art. 11. O Auxiliar de Enfermagem executa as atividades auxiliares, de nível médio, atribuídas à equipe de enfermagem, cabendo-lhe:

I - preparar o paciente para consultas, exames e tratamentos;

II - observar, reconhecer e descrever sinais e sintomas, ao nível de sua qualificação;

III - executar tratamentos especificamente prescritos, ou de rotina, além de outras atividades de enfermagem, tais como:

- a) administrar medicamentos por via oral e parenteral;
- b) realizar controle hídrico;
- c) fazer curativos;

- d) aplicar oxigenoterapia, nebulização, enteroclisma, enema e calor ou frio;
- e) executar tarefas referentes à conservação e aplicação de vacinas;
- f) efetuar o controle de pacientes e de comunicantes em doenças transmissíveis;
- g) realizar testes e proceder à sua leitura, para subsídio de diagnóstico;
- h) colher material para exames laboratoriais;
- i) prestar cuidados de enfermagem pré e pós-operatórios;
- j) circular em sala de cirurgia e, se necessário, instrumentar;
- l) **executar atividades de desinfecção e esterilização;**

IV - prestar cuidados de higiene e conforto ao paciente e zelar por sua segurança, inclusive:

- a) alimentá-lo ou auxiliá-lo a alimentar-se;
- b) zelar pela limpeza e ordem do material, de equipamentos e de dependências de unidades de saúde;

V - integrar a equipe de saúde;

VI - participar de atividades de educação em saúde, inclusive:

a) orientar os pacientes na pós-consulta, quanto ao cumprimento das prescrições de enfermagem e médicas;

b) auxiliar o Enfermeiro e o Técnico de Enfermagem na execução dos programas de educação para a saúde;

VII - executar os trabalhos de rotina vinculados à alta de pacientes;

VIII - participar dos procedimentos pós-morte.

Assim, todas as atividades previstas no art. 11 do Decreto nº 94.406/87 compõem o nicho de atribuições dos(as) auxiliares de enfermagem, não havendo que se falar em desvio de função no caso de deslocamento de auxiliar de enfermagem de determinado departamento hospitalar para outro que cumpra função diversa.

Se não bastasse, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que há possibilidade de alteração das atribuições do cargo pela Administração Pública quando não houver maior complexidade na nova função e que esta seja de nível de escolaridade compatível com a anterior. Veja-se:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS - TELEFONISTAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - ALTERAÇÕES DE ATRIBUIÇÕES (RESOLUÇÃO Nº 467/96 E 368/89) - AUMENTO DE CARGA HORÁRIA DE 30 PARA 36 HORAS SEMANAIS - PREVISÃO EDITALÍCIA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO - ART. 227 DO CLT NÃO APLICÁVEL AO CASO - FUNCIONÁRIO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - RESGUARDADAS AS VIAS ORDINÁRIAS.

1 - Prevendo o edital do Concurso para o cargo de Telefonista a **possibilidade de outras atribuições**("executar atividades correlatas" - item 2.1), **desde que condizentes com aquelas exercidas pelo servidor, não há violação da Administração em alterá-las, se observados os limites legais. Somente haveria ilegalidade, a ensejar o presente remédio heróico, se as funções atualmente cobradas dos servidores públicos, ora recorrentes, se afastassem do nível de escolaridade previsto, tivessem maior complexidade ou, ainda, esbarrassem em portadores de limitações orgânicas. As mudanças nas tarefas empreendidas num nível de razoabilidade, obedecendo determinados critérios exigidos para o cargo, não respalda o pedido de afronta a direito líquido e certo, constitucionalmente assegurado, apenas porque sempre se exerceu determinadas funções e estas não podem ser modificadas.**

2 - Se o servidor é contratado para trabalhar 36 (trinta e seis) horas semanais, consoante previsão contida no edital do certame, não pode aduzir direito adquirido a somente trabalhar 30 (trinta) horas porque assim vem fazendo desde a posse no cargo. Inexistência de direito adquirido. Inaplicabilidade do art. 227 da CLT, posto que não incide sobre os servidores públicos norma que se dirige às empresas que exploram serviço de telefonia.

3 - Havendo notícia de telefonista portador de deficiência visual e não estando a prova pré-constituída nos autos, não há como ampará-lo através da presente via mandamental, assegurado ao mesmo, todavia, as vias ordinárias para persecução do seu direito.

4 - Recurso conhecido, porém, desprovido, com a ressalva supramencionada.

(RMS 9.590/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2000, DJ 13/11/2000, p. 150)

Por estas razões, é possível a alteração da lotação e/ou função de auxiliar de enfermagem estatutária, para desempenho de qualquer das atividades previstas no art. 11 do Decreto nº 94.406/87.

NOTAS:

[1] *In* Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. Atlas. 2014. pag 616.

[2] *In* Manual de Direito Administrativo. 4ª ed. Editora Juspodivm. 2017. pag 848.

MARCO CIVIL DA INTERNET E OS CRIMES VIRTUAIS

LUDIMILA DE FREITAS SOUZA:

Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Brasil. Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA^[1]

RESUMO: É impossível identificar a evolução da sociedade, sem identificar a evolução do direito, como normas que regulamentam esta, pois o direito como essencial ao convívio humano deve adequar-se continuamente as necessidades que a sociedade apresenta, diante dessa premissa é possível entender que de acordo com ao avanço tecnológico e seu enraizamento no cotidiano das pessoas o direito vem buscando adaptar-se a essa realidade, buscando regular as relações que passaram a serem desenvolvidas em ambiente virtual, mesmo que a passos lentos, ao contrário da internet que expande-se assustadoramente. Partindo deste princípio, o trabalho tem por objetivo discorrer sobre o conceito de crimes virtuais e digitais, a legislação vigente referente ao assunto, e a penalidade frente a estes delitos.

Palavras-chave: crimes cibernéticos, internet, penalização.

ABSTRACT: It is impossible to identify the evolution of society, without identifying the evolution of the law, such as rules governing this because the law as essential to human society must adapt continuously the needs that society has, on this premise can understand that according with technological advances and their rootedness in daily life the right is seeking to adapt to this reality, trying to regulate relations that began to be developed in a virtual environment, even if slowly, unlike the internet that expands alarmingly . On this basis, the work aims to discuss the concept of virtual and digital crimes, the current legislation on the subject, and the penalty against these crimes.

Keywords: cyber crime, Internet, penalty.

1.INTRODUÇÃO

Atualmente somos regidos pela evolução tecnológica, a qual permitiu que o mundo se comunicasse, diminuindo distâncias, permitindo novos tipos de relações, ampliando o conhecimento das diferentes culturas isso tudo através do uso da internet, não há dúvidas quanto a sua importância e os avanços que a mesma permite, esta veio com o objetivo de revolucionar a sociedade, no que diz respeito aos meios de comunicação e tem surpreendido com a velocidade que a mesma se transforma e ganha espaço na vida das pessoas, indiferente da classe econômica, hoje até mesmo pessoas com baixo poder aquisitivo, conseguem ter acesso fácil a ela. Porém a mesma usada de forma incorreta transforma-se numa arma poderosa e avassaladora, capaz de atingir um número elevado de pessoas causando prejuízos de ordem moral ou econômica, os conhecidos crimes virtuais e digitais, frente a isso nossos legisladores vem encontrando meios de moldar o direito pátrio a esta nova realidade, permitindo que tais avanços, consigam ser monitorados pelo controle Estatal.

Registros históricos apontam o período da Guerra Fria, como o início do uso da internet, vez que esta tinha como intuito transmitir informações militares de relevante importância, entre eles ataques russos, primariamente ficou conhecida como arpanet, porém sua popularização a tornou o que conhecemos hoje como internet, ou seja, a maior rede de interligação de computadores, usada mundialmente. Bem quista por todos trata-se de uma ferramenta útil e facilitadora do dia a dia pois é pratica e eficiente no que tange a transmissão de dados e informações, todavia, como nem tudo são flores, está também apresenta aspectos negativos, pois o seu mal-uso tem preocupado a sociedade e seus governantes que buscam soluções para os denominados "cybercrimes" ou crimes virtuais (CARLI, 2016, p.1).

Na busca de entender o que representa a internet nos dias atuais, é fundamental entender que a internet tem como intuito ser um meio de comunicação que permite de forma ágil trocar correspondências, arquivos, ideias, comunicar em tempo real, fazer pesquisa documental ou utilizar serviços e comprar produtos.

O homem sempre faz uso dúplice dos novos equipamentos e tecnologias, as quais inicialmente são criadas com o intuito de facilitar a operacionalização de determinadas atividades, todavia, por vezes, utilizadas

em atos destrutivos, o que aponta para a possibilidade humana de destinação diversa da construtiva na utilização de novos equipamentos/tecnologias (MACHADO; SILVA, 2016, p. 3). Sendo assim é possível entender o porquê dos surgimentos dos crimes virtuais.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1. Conceito de crimes virtuais e digitais

Antes de discorrer sobre as consequências geradas pelos crimes virtuais é de suma importância caracteriza-los.

Para CÔRREA (2010, p. 63), é fundamental salientar que a constante evolução da internet e as facilidades oferecidas por esta, é muito fácil cometer crimes virtuais, pois a riqueza de informações dos usuários simplifica para os criminosos, aos invés de fazerem uso de armas para o roubo usa-se sofisticados programas capazes para a realização do crime e para complicar ainda mais a situação não existe normas eficazes capazes de combater ou punir esses bandidos que agem em um território sem fronteiras, o que os torna quase impunes.

Segundo ROSSINI (2004, p.44),

[...] o conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade. Abarca crimes e contravenções penais, alcançando não somente aquelas condutas praticadas no âmbito da Internet, mas toda e qualquer conduta em que haja relação com sistemas informáticos, quer de meio, quer de fim, de modo que essa denominação abranjeria, inclusive, delitos em que o computador seria uma mera ferramenta, sem a imprescindível “conexão” à Rede Mundial de

Computadores, ou a qualquer outro ambiente telemático. Ou seja, uma fraude em que o computador é usado como instrumento do crime, fora da internet, também seria alcançada pelo que se denominou “delitos informáticos”. Mais, para o autor, “delito informático” é gênero, do qual “delito telemático” é espécie, dada a peculiaridade de ocorrer no e a partir do inter-relacionamento entre os computadores em rede telemática usados na prática delitiva.

Diante dos conceitos acima citados, é possível vislumbrar novos tipos penais, pois frente a nossa Carta Magna e o Código Penal Brasileiro, é necessário que haja uma tipificação em relação ao delito para que o mesmo possa enquadrar a conduta como crime, de forma simplória afirma-se que conforme o surgimento de novos delitos, há a necessidade de classificá-lo para que então possa tipificá-lo, lembrando que de acordo com o princípio da legalidade não é possível traçar analogia no que diz respeito a material penal.

Surge então a maior dificuldade encontrada por nosso direito pátrio, a tipificação dos crimes virtuais.

2.2. Crimes virtuais praticados

Há uma vasta gama de possibilidades para a prática de crimes virtuais, necessitando apenas de um computador ligado à rede, o problema maior como já frisado é a tipificação, pois o ordenamento jurídico brasileiro não possui leis suficientes para regulamentar os crimes virtuais, dentre os mais comuns tem-se:

2.2.2. Crime de Dano

Este primeiro é caracterizado quando se apaga, modifica-se, destrói ou inutiliza-se de forma parcial ou completa dados ou programas de computadores de maneira indevida ou não autorizada, sendo essa conduta crime de informática puro. Essa conduta estava regulada pelo PL nº84-A/99,

o qual, até a presente data, continua em trâmite e não há previsões para ser constituída como lei (TAKUSHI; FELTRIM, 2010).

2.2.3. Veiculação Pornográfica

Nesse tipo de crime é necessário vislumbrar duas condutas, para possivelmente tipificá-lo, o sujeito para que possa ser incriminado deve oferecer o serviço ou informações que facilitem o crime, ou seja, que possuem caráter pornográfico, via rede de computadores, a Internet, antes era regulado apenas pela PL nº84-A/99, todavia atualmente com uma alteração apresentada pelo ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei nº11.829 de 25 de novembro de 2008, que em seu art. 247 até o art. 247-E, regulamentam sobre imagens de crianças ou adolescentes relacionadas a pornografia via Internet.

Os art. 247-A até E, acrescentados pela Lei nº 11.829/08, tipificam as condutas *“Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar divulgar, adquirir, possuir ou armazenar”, por quaisquer meios, vídeos ou imagem pornográficas que envolvam crianças ou adolescentes. A norma se torna abrangente por citar “[...] por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático...”* (ECA, art. 241-A *“caput”*), assim não abre lacunas para especulações quanto à tipificação dos crimes. Mas a norma é específica, pois se encontra no ECA, sendo assim, só poderá ser aplicada quando envolver criança ou adolescente, não abrangendo os demais casos em que há vítimas maiores de idade.

2.2.4. Estelionato e Fraude

No art. 171 o Código Penal Brasileira encontra-se previsto o crime de estelionato e fraude, no qual o criminoso através de meios ardis consegue obter vantagem para si ou para outro, através da indução da vítima ao erro, porém o mesmo só é consumado se desse erro verificar-se prejuízo.

Por analogia a fraude no ambiente virtual é ocasionada quando o patrimônio da vítima é atingido por meio enganoso, ocorrendo a consumação quando o criminoso consegue para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, é muito comum em crimes econômicos, onde o criminoso

consegue alterar a movimentação bancária, omitindo ou incluindo dados (SILVA, 2000, p.8),

Dados apontam que dentre os crimes virtuais mais praticados, a fraude tem ganhado destaque pela facilidade no seu cometimento, e ao mesmo tempo é o mais difícil de ser solucionado, porque o praticante do crime não necessita de muito conhecimento e de apenas algum tipo de aparelho que o conecte com a internet, em tempos atuais além de computadores, tem-se celulares e tablets, facilitadores para a prática criminosa. O objeto mais comum desse tipo de crime são os cartões de bancos, que ao serem roubados ou furtados podem ser facilmente recodificados com programas específicos assegurando assim o prejuízo alheio (GRECO, 2012).

2.2.5. Crime Contra Privacidade

Para a definição desse crime é necessário assimilar privacidade com intimidade, individualidade. Alguns doutrinadores consideram o direito à privacidade mera regalia, por possuir caráter individual, mas também não deixa de lado seu princípio social, já que colabora com a manutenção do convívio e da ordem social. Doucos estudiosos afirmam que a forma como tratamos o direito à privacidade molda a sociedade (VIDAL, 2010, p. 2).

Portanto, é importante frisar que a privacidade encontra respaldo constitucional no art. 5º, inciso X, dizendo que "*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

Porém com a expansão e facilidade de uso da internet o que temos visto é uma crescente invasão da privacidade, pois com a evolução da tecnologia, os meios de acesso de dados pessoais foram ampliados.

Como esse crime tornou-se rotineiro em 2012, promulgou-se a Lei 12.737/2012 sobre crimes na internet, conhecida popularmente como "Lei Carolina Dieckmann", um adendo ao CP, cujo objetivo é caracterizar atos infracionais cometidos na esfera da internet, principalmente aqueles onde o usuário tem sua intimidade atingida por ter seu computador invadido, visa

estabelecer punições mais severas e específicas, algo inovador porque até então não existia nenhuma previsão legal.

A tabela abaixo resume os fatos previstos pela citada Lei.

Tabela 1. Crimes e previsões legais.

Crime	Pena	Exemplo
Invadir dispositivo alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação de segurança com o fim de obter informações sem autorização	Detenção de três meses a um ano e multa	Invadir computador para roubar conteúdo sem consentimento do dono
Agravantes	Pena	Exemplo
Roubo de informação em que causa prejuízo econômico	Aumenta a pena de detenção de três meses a um ano e quatro meses	Criminoso rouba conteúdo sigiloso de uma pessoa e apaga a informação, causando perda de dinheiro
Obtenção de conteúdo de comunicações privadas de forma não autorizada	Aumenta a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa	Roubar conteúdo de e-mail ou controlar computadores tornando-os zumbis
Divulgação e comercialização de conteúdo roubado de dispositivo informático	Reclusão de oito meses a três anos e quatro meses	Roubar informações sigilosas e vender ou divulgar na internet

Fonte: Do UOL, em São Paulo, 02 de abril de 2013.

2.3. Os crimes virtuais e a legislação em vigor

É indiscutível a importância da internet no nosso cotidiano, porém é preciso frisar que as condutas ilícitas praticadas através deste ambiente, podem acarretar prejuízos de ordem econômica e moral aos usuários, diminuindo assim sua credibilidade. Partindo dessa premissa, os legisladores tentam arduamente, todavia a passos lentos encontrar possíveis soluções legais.

De acordo com Monteiro Neto (2008, p.93), "*o que existe atualmente é um conjunto reduzido de normas que tipificam somente algumas condutas. São tipos extremamente específicos, não sendo esse um óbice à produção de normas mais gerais*".

Dentre as normas já existentes pode-se citar as Leis Ordinárias 12.735/2012 e 12.737/2012 e as implicações penais do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014.

2.3.1. Lei 12.737/2012

A primeira lei a ser comentada é a Lei 12.737 de 30 de dezembro de 2012, a qual foi sancionada pela atual presidência, trouxe alterações ao Código Penal Brasileiro, pois passou a tipificar os chamados delitos ou crimes de informática, essa lei ficou popularmente conhecida como Carolina Dieckmann, é decorrente do Projeto de Lei 2793/2011, apresentado em 29 de novembro de 2011, pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), que tramitou em regime de urgência e em tempo "record" no Congresso Nacional, em comparação com outros projetos sobre delitos informáticos que as casas de leis apreciavam (como, por exemplo, o PL 84/1999, a "Lei Azeredo", também transformado em lei ordinária 12.735/2012 em 30 de dezembro de 2012).

Os delitos previstos na Lei 12.737/2012 *in verbis*:

Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou

tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Alguns atribui a um caso específico ocorrido com a atriz em maio de 2011, a qual teve copiadas de seu computador pessoal fotos em situação íntima, que se espalharam rapidamente pela internet. Acredita-se que a mesma vem merecendo críticas pois apresenta inúmeras lacunas, além de ganharem inúmeras interpretações tornando-os confusos para enquadramento criminal de condutas triviais ou mesmo para a defesa e respaldo de infratores cibernéticos, o que tornaria a lei injusta e ineficaz. Em posições contrárias acredita-se apenas que as penas são pouco inibidoras, necessitando de maiores ajustes.

2.3.2. Marco Civil da Internet

Em nosso país a internet está presente há mais de 25 anos, sendo um recurso utilizado por todos indistintamente e de forma livre, podendo ser utilizada para simples atividades até trabalhos mais sofisticados e de eximia importância, todavia até pouco tempo atrás a mesma não possuía nenhum tipo de legislação, nada que regulamentasse seu uso, ou seja, não havia como impor limites ao seu uso, quando na presença de crimes, usava-se leis esparsas, em alguns casos o Código de Defesa do Consumidor ou o amparo do Código Civil, porém o que se fazia era traçar uma tipificação analógica.

Mas a expansão da internet pelo território brasileiro e a nível mundial vem ganhando tanta força com o passar dos anos, que forjou o legislador brasileiro a movimentar-se em busca de possíveis soluções para mediar tais conflitos, a primeira lei específica a ser criada foi a Lei n. 12.965/11, e esta foi reconhecida como o marco civil da internet no Brasil, seu objetivo era regulamentar os princípios, as garantias e os deveres para

o uso da internet, ou seja, as relações entre os usuários da rede, pois a internet é uma eximia ferramenta de trabalho, de informação, de cultura.

O marco civil é criação do poder executivo e teve sua concepção no ano de 2011, através da proposta de Lei nº 2.126, onde, em primeira instância, passou pelo Plenário da Câmara e por diversas outras comissões como, as Comissões de Defesa do Consumidor, Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Constituição e Justiça e de Cidadania, Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário, diversas vezes no decorrer dos anos até 2013. Cabe ressaltar que o projeto por foi analisado porem cancelado.

Todavia em meados de 2014 foi novamente colocado em pauta, o mesmo sofreu algumas alterações, algumas emendas e foi sujeito novamente a avaliação de uma comissão especial que concluiu pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa.

Sendo assim na data de 25 de março de 2014 ela ganhou uma redação final e foi direcionada para apreciação do Senado Federal, o qual no dia 22 de Abril de 2014 a aprovou, sendo sancionada pela presidente Dilma Rousseff em exercício a época, na data de seu sancionamento, dia 23 de abril acontecia uma Conferência Internacional, conhecida como NETMundial, realizada em São Paulo e que reuniu representantes de mais de 90 países.

Cabe salientar que mesmo com a criação da lei o Código Civil Brasileiro, ainda atua de forma subsidiaria, quando não encontra respaldo na lei, aplica-se o previsto neste.

Analisando o intuito da lei 12.965/14, vê-se que a mesma tem por escopo assegurar:

- O direito do consumidor, indivíduos que vendem ou compram produtos através da rede, bem como das empresas com a mesma finalidade,
- Rege os serviços oferecidos pelos provedores da internet,

Acredita-se que com isso garante uma navegação segura, com qualidade e sem distinção. Para alguns doutrinadores a lei caminha em paralelo ao ordenamento máximo, a CF, pois em seu bojo encontra-se assegurado a liberdade de expressão, o princípio da isonomia, da igualdade, da inviolabilidade da vida privada e da intimidade, é possível entender tal premissa ao analisar o art. 6º da citada lei, que assevera que serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

Ou o art.7º da mesma que tem por objetivo garantir a disseminação da cultura, e o efetivo exercício da cidadania através do acesso à rede, tendo assegurado a inviolabilidade da vida privada e da intimidade, cabe aqui uma pequena ressalva, esses princípios como frisado já são assegurados pela CF, porém, no que tange ao mundo virtual, esbarra numa imensa dificuldade, mostrando-se deficiente.

A lei visa ainda garantir que os usuários da rede tenham suas necessidades atendidas com qualidade e eficiência pelos provedores, que somente podem negar seus serviços em caso de débitos pelo cliente, que pode socorrer-se com previsões do Código de Defesa do Consumidor, que rege essas relações.

O marco civil assegura ainda o sigilo de informações, comunicações, dados e registros armazenados, salvo exceções, entre elas que o usuário permita a utilização de seus dados, ou quando solicitado judicialmente, com hipóteses previstas em lei.

Outro ponto previsto na lei é a determinação do foro brasileiro para a resolução de possíveis conflitos, sob pena de tornar-se nulas as cláusulas contratuais.

2.4. A aplicação da Lei 12.965/14 e possíveis inovações

Mesmo com a aprovação e aplicação da Lei 12.965/14, a verdade é que há uma lacuna que não consegue de forma concreta abranger todas as relações virtuais, prova disso é que há oito propostas de lei que foram

incrementadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Crimes Cibernéticos que está sendo realizada desde julho de 2015, Deputados Federais e especialistas sugerem a criação de novas leis e até mesmo o bloqueio de serviços que sejam considerados ilegais. O escopo é investigar a prática de crimes cibernéticos e seus efeitos sobre a economia brasileira. Durante nove meses, ouviu 103 especialistas em criminalística, em direito digital, representantes da Polícia Federal, da Abin, do CDCiber do Exército, de provedores de internet (Oi, Claro, Vivo e TIM) e de serviços conectados (Google, Facebook, WhatsApp, Yahoo e Twitter, Microsoft).

E através desta o intuito é tornar o ambiente da rede brasileira menos vulnerável aos crimes digitais e virtuais.

Dentre as possíveis sugestões estaria um código de ética ou boas práticas para servir de norte as empresas envolvidas com publicidade digital, este por sua vez evitaria anúncios que contenha conteúdo ilícito, ou instigue práticas ilegais.

Outra forma sugerida no combate aos crimes digitais e virtuais, seria através do Ministério da Justiça forçar instituições financeiras a notificar possíveis fraudes cibernéticas.

Discute-se também a revisão e ampliação da Lei 12.965/14, conhecida como o marco civil da internet, o objetivo seria ampliar alguns institutos da citada lei, essa por exemplo tem como escopo punir possíveis invasões de computadores com o intuito de obter informações particulares, com as sugeridas mudanças tornaria crime o acesso não permitido a qualquer sistema informatizado ou aparelho eletrônico que cause prejuízo econômico, alteração de dados, instalação de vulnerabilidades, obtenção de conteúdo ou o controle remoto da plataforma ou aparelho em questão.

Também seria incluso como crimes a invasão a aparelhos celulares, bem como redes sociais, com uma sugestão punitiva de até dois anos de reclusão, vindo está a ser dobrada, se cometidas contra representantes do executivo, legislativo ou judiciário, caso o acesso ocorra graças à violação de um mecanismo de segurança do sistema, o período de reclusão aumenta de dois a três terços da pena. Essas sugestões são explicadas são

pautadas pelos deputados, pois estes acreditam que a citada lei em seu texto não especifica nitidamente quais atitudes poderiam ser determinadas como crime.

Sugestão também proposta seria a inclusão dos crimes cibernéticos praticados dentro da atuação da Polícia Federal, pois não há especificado de qual polícia é a competência para atuação nesses tipos de crime. E como a rede é interligada mundialmente, não havendo fronteiras para a mesma os crimes virtuais e digitais devem ser inclusos no rol das infrações de repercussão interestadual ou internacional, portanto o responsável é a autoridade Federal, salienta-se que alguns já possuem tal previsão, entre eles, veiculação de pornografia infantil e discriminação racial, pois ferem a sociedade como um todo.

De acordo com nossa legislação penal, um crime praticado em um país está sujeito as normas do mesmo, nesse ponto fica claro a extrema importância de mudanças na legislação, assim como verifica-se que o Brasil ainda não possui normas legais que realmente abranjam o uso devido da rede, pois um exemplo nítido é o uso do facebook por pedófilos, por exemplo, a extensão desse aplicativo é mundial, não se restringe apenas ao Brasil, ficando a dúvida, qual jurisdição está apta a julgar tal processo?

Segundo estudiosos deve ser avaliado no foro onde o crime ficou mais evidente, um exemplo, sujeito que reside no Estado do Rio Grande do Sul, pratica injúria racial ao sujeito do Amazonas, local onde reside a vítima e onde sem dúvida o crime ficou mais nítido, portanto será julgado pelas autoridades da Comarca da vítima.

Ponto de relevante importância avaliado como proposta de mudança é a responsabilização dos provedores que não retirem da rede no prazo de 48 horas imagens, vídeos ou qualquer conteúdo que prejudique o usuário, que está sofrendo um atentado contra sua honra, sendo, portanto, responsabilizados, vez que de forma assustadoramente rápida tais informações amplificam e replicam através do compartilhamento de postagens, o que pode causar uma dor constante a vítima pois seu pesadelo pode ser constantemente revivido com apenas alguns cliques.

Uma das questões mais complexas que envolvem os crimes virtuais e digitais é a identificação do usuário, devido aos hackers nem sempre é fácil rastrear o IP (Internet Protocol ou em português Protocolo de internet), o qual identifica o usuário, o qual atualmente só é fornecido mediante solicitação judicial, a proposta é de que as forças policiais e o MP, possuam acesso de forma livre sem a necessidade de requisitar, até mesmo como forma de agilizar essa identificação e cessar o crime, pois esse dado deve oferecer, nome, filiação e o endereço domiciliar do indivíduo, cabe aqui ressaltar que muitos criminosos aproveita-se de lan house para o cometimento do crime, o que dificulta e muito a identificação, sem contar ainda que softwares atuais conseguem mascarar o IP, ou os provedores se mostram carentes de dados essenciais do usuário.

Outro dispositivo questionado junto aos projetos de lei, estabelecem o bloqueio de serviços que são considerados ilegais através de ordens judiciais. Um exemplo para ilustrar tal situação foi o barramento da utilização do aplicativo do WhatsApp por acreditarem as autoridades que os responsáveis legais, não estariam fornecendo informações necessários a continuidade do inquérito Policial sobre pedofilia, o citado aplicativo por duas vezes, uma no ano de 2015 e outra no primeiro semestre de 2016 foi retirado da rede, impedindo o seu uso, porem através de medidas liminares em questão de horas houve o retorno. Para alguns deputados tal medida estaria indo de encontro com o princípio da neutralidade da rede previsto no Marco Civil da internet, a Lei Lei 12.965/14, todavia para outros o intuito é assegurar que conteúdos violentos, pornográficos, racistas sejam banidos da rede.

Como sugestão a melhoria do marco civil, foi exposto sobre a possível educação digital, pesquisas revelam que no Brasil, o uso da internet está intimamente relacionado a redes sociais, a maioria das pessoas limitam a usa-la somente para isso, e as demais ferramentas que a internet proporciona ficam sub-rogadas ou mesmo sem conhecimento, podendo ser considerada improdutiva, sugere-se então um ensino básico das ferramentas digitais, uma disseminação positiva de uma ferramenta que pode levar conhecimento e disseminar facilmente pontos positivos de nossa cultura.

2.5. Ineficácia da legislação Brasileira

Como discorrido até aqui, são inúmeras as utilidades da internet e inúmeras as facilidades em cometer atos infracionais que são conhecidos como cybercrimes ou crimes virtuais, estes delitos vão desde crimes que ofendem a honra da pessoa, tais como calúnia, difamação, injúrias raciais, bullying, bem como crimes que invadam a privacidade do usuário, seu patrimônio, através de fraudes financeiras e ainda a usurpação de dados sigilosos, crimes que expandem-se muito rapidamente em tempos atuais, com o uso incessante da rede.

Consecutivamente com o aumento dos crimes, também há o aumento de processos e decisões judiciais. Pode-se afirmar que o Brasil está acompanhando a França e a Alemanha no que diz respeito a prática desses crimes, há quem diga que o Brasil está tornando-se experiente no que tange a esses crimes, entretanto com uma legislação cheia de lacunas, com punições brandas e muitas vezes incoerentes diante da importância do delito, as leis que já foram implantadas apesar de recentes, já apresentam a necessidade de serem readequadas, pois para alguns doutrinadores penas que podem ser de três meses a dois anos de reclusão não são suficientes para coibir a prática dos crimes e muito menos fazer com que vítima sintam-se reparado pelo dano que lhe foi causado.

2.5.1. Competência

Para discorrer sobre a ineficácia da legislação brasileira ao que tange os crimes virtuais é preciso entender sobre a sua competência, a qual gera diversas dúvidas e até mesmo controvérsias, em relação a quem está apto a julgar tais crimes, fato é que a resposta não é tão simples, pois como já foi exposto anteriormente a internet trata-se de um campo vasto, não limita-se a fronteiras ou algo que delimite território de um país para o outro, uma vez disponibilizado qualquer pessoa em qualquer parte do mundo pode ter acesso, fica então a dúvida referente a competência legal para lidar com os crimes virtuais e digitais.

Para entender é necessário tentar avaliar casos concretos, pois muitas vezes o crime perpetrado através do ambiente virtual, ou seja, a rede de computadores (internet) pode ter sido iniciada, por exemplo, no Brasil

cruzando os momentos *inter criminis* em outros países, tal como o resultado que fora produzido em um país diverso destes (NETTO FILHO, 2016).

É preciso destacar que existe inúmeros conflitos em relação a competência pela Justiça Estadual e Justiça Federal, tanto que se cogitou uma PEC (Proposta de Emenda Constitucional) nº 407/05, porém a mesma foi arquivada no ano de 2007, nela vislumbrava-se que a Justiça Federal era a autoridade competente para processar e julgar tais crimes. Seu arquivamento foi motivado devido ao fato de que alguns crimes causam poucos danos e o seu deslocamento da justiça estadual para federal só iria sobrecarregar a esfera federal, mesmo está sendo melhor preparada para tais situações, todavia, existindo crime que lesione a União ou na figura de seus órgãos a abordagem seria voltada a Justiça Federal, outro caso também seria o enquadramento da conduta delitiva nos moldes do art.109º da CF. Neste diapasão, para desvencilhar e saber quem será a jurisdição competente deve-se analisar ao caso concreto, sendo de competência da justiça estadual quando não estiver nos ditames do at.109 da CF, figurando desta feita de forma residual, ao passo que estando disposto no referido artigo será de competência federal (NETTO FILHO, 2016).

Em primeiro lugar, é preciso indicar o alcance objetivo da legislação brasileira aplicável. A nosso sentir, não é qualquer norma brasileira que atingirá os provedores estrangeiros sem filial no Brasil, mas apenas as normas que tratam de coleta, guarda, armazenamento ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações, pois, pelo que se constata do *caput* do art. 11 e do seu § 3º, o interesse do legislador foi apenas de submeter essas operações à legislação nacional. Daí se extrai conclusões importantes. Primeira conclusão: o Marco Civil não cuida de definir a legislação que disciplinará o contrato celebrado por um brasileiro que adquire um produto em um *site* estrangeiro, salvo no tocante à coleta, guarda, armazenamento ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações. Para isso, seguem vigentes os elementos de conexão previstos na LINDB e na jurisprudência do STJ (OLIVEIRA, 2014).

Em outras palavras, para definir qual a legislação disciplinará os contratos celebrados pelos brasileiros em compras a distância, não se

invocará o Marco Civil, que nada diz a respeito, e sim a LINDB e a jurisprudência. Assim, se o *site* estrangeiro pertence a uma multinacional com filial no Brasil e com *marketing* voltado ao mercado de consumo brasileiro, aplica-se o entendimento do STJ firmado no supracitado caso Panasonic, de modo que a legislação brasileira (como o CDC) disciplinará o contrato. Se, porém, o *site* não pertencer a uma empresa com esse perfil (ou seja, não houver filial no Brasil nem *marketing* direcionado ao mercado brasileiro), somente será aplicável a lei estrangeira para a disciplina do contrato, nos termos do art. 9º, § 2º, da LINDB. O CDC não poderá ser invocado aí. Segunda conclusão: o art. 11 do Marco Civil cuida de elemento de conexão específico e exclusivo para aplicação da legislação brasileira relativa à coleta, guarda, armazenamento ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações. Segundo esse dispositivo, qualquer empresa estrangeira que ofertar serviço ao público brasileiro, ainda que não tenha filial no Brasil, deve respeitar a legislação brasileira relativamente aos dados pessoais, aos registros de conexão e de acessos a aplicações e a comunicações dos internautas (OLIVEIRA, 2014).

Ela, por exemplo, terá de observar o Marco Civil da Internet, que proíbe a utilização comercial dos registros de acesso às aplicações se não houver consentimento expresso do internauta (art. 7º, VII). Por *oferta de serviço ao público brasileiro*, há de compreender-se o comportamento da empresa estrangeira em, de forma direcionada e específica, promover *marketing* ao mercado de consumo brasileiro. O simples fato de determinados *sites* estrangeiros disponibilizarem textos em português não é suficiente para caracterizar *oferta ao público brasileiro*, pois, em uma era globalizada, é comum os sites estrangeiros vazarem seus textos em vários idiomas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização deste é possível concluir que até a pouco tempo não existia qualquer tipo de legislação referente aos crimes virtuais e digitais e estes tinham que serem amparados pelo Código de Defesa do Consumidor ou pelo Código Civil.

O passar dos anos e as exigências reais, forjaram a criação de leis que buscaram regulamentar o uso da internet no Brasil, dentre elas a que se

destaca como Marco Inicial da Internet é a Lei 12.965/14, a qual estipula direitos e deveres tanto para quem a utiliza, quanto para quem a distribui, regulamentando algumas sanções e termos, como a neutralidade, visando uma maior distribuição de privacidade, segurança e acessibilidade. Porém na visão de estudiosos mesmo recente, está encontra-se cheia de lacunas necessitando de ampliação e revisão de alguns tópicos. O Marco Civil busca tornar neutro os tráfegos de dados e corrigir diversos abusos, pode-se dizer com ele, que o primeiro passo para regulamentação foi dado, mas ainda se está longe de uma solução para os problemas ocorrentes na rede.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição República Federativa Do Brasil** 1988. Brasil, Brasil.

BRASIL. **LEI Nº 11.829, DE 25 DE NOVEMBRO DE 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm. Acesso em março de 2018.

BRASIL. **LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm Acesso em março de 2018.

BRASIL. **LEI Nº 12.735, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm. Acesso em março de 2018.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em maio de 2018.

CARLI, D.M. **Crimes Virtuais No Brasil- Uma Análise Jurídica.** Disponível em: www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf. Acesso em fevereiro de 2018.

CORRÊA, G.T. **Aspectos Jurídicos da Internet.** 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, C. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GALO, C.H. **Lei nº 12.965/11: o Marco Civil da Internet – análise crítica**. Disponível em: <http://henriquegalo.jusbrasil.com.br/artigos/118296790/lei-n-12965-11-o-marco-civil-da-internet-analise-critica>. Acesso em maio de 2018.

GOMES, H.S. **CPI de Crimes Cibernéticos quer prisão de quem invadir redes sociais**. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/cpi-de-crimes-ciberneticos-quer-prisao-de-quem-invadir-redes-sociais.html>. Acesso em maio de 2018.

FELICIANO, G.G. Informática e criminalidade: parte I: lineamentos e definições. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 35-45, set. 2000.

MACHADO, L.A.L.M.; SILVA, J.L. **Crimes digitais: O aumento da complexidade das relações sociais e os novos espaços de intervenção Estatal**. Disponível em: <https://seer.faccat.br/index.php/contabeis/article/download/76/70>. Acesso em março de 2018.

NETTO FILHO, D.C.A. **Crime virtual: crime contra o patrimônio no âmbito da internet, suas peculiaridades e controvérsias à luz do Código Penal de 1940**. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_id=12231. Acesso em maio de 2016.

OLIVEIRA, C.E.E. **Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, abr./2014 (Texto para Discussão nº 148). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em abril de 2016.

PAULINO, J.A. **Crimes de Informática**. Brasília: Projeto Editorial, 2001.

ROQUE, S.R. **Criminalidade Informática – Crimes e Criminosos do Computador**. 1ª ed. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007.

ROSSINI, A.E.S. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SILVA, R.G. **Crimes da Informática**. Editora: CopyMarket.com, 2000.

TAKUSHI, T.T.; FELTRIM, M.V. **Crimes virtuais**. 2010. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2560/2190>. Acesso em março de 2018.

VADE MECUM 2013. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIDAL, G.R. **Regulação do direito à privacidade na internet: o papel da arquitetura**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2688, 10 nov. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/17798>>. Acesso em março de 2016.

NOTAS:

[1] Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade Brasil, Brasil (2015). Advogado do Escritório de Advocacia, Brasil. Docente na Universidade Brasil (2018).

A INCORPORAÇÃO DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO "PREGÃO" PELO PROJETO DE LEI Nº 6.814/2017 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES)

EDUARDO ANDRÉ CARVALHO SCHIEFLER:
Bacharelando do Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina (CCJ/UFSC).

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a incorporação, prevista no Projeto de Lei nº 6.814/2017, que pretende modernizar a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993) e que está em trâmite no Senado Federal, da modalidade de licitação denominada pregão. Trata-se de uma medida que pretende conferir segurança jurídica e eficiência aos procedimentos licitatórios na Administração Pública. A metodologia utilizada é a bibliográfica e legislativa, com método dedutivo.

Palavras-chaves: Nova Lei de Licitações; Projeto de Lei nº 6.814/2017; Lei Federal nº 8.666/2017; Incorporação da modalidade pregão.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Projeto de Lei nº 6.814/2017: a incorporação da modalidade de licitação "pregão"; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar a incorporação da modalidade de licitação "pregão", medida prevista no Projeto de Lei nº 6.814/2017, que está sendo discutido no Congresso Nacional e que tem por objetivo a modernização da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em comparação com a Lei Federal nº 8.666/1993, ainda vigente.

O Projeto de Lei 6.814/2017, se aprovado, será responsável por revogar, após decorridos dois anos da sua publicação, a Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei Federal nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47 da Lei Federal nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Os defensores do projeto de lei argumentam que a atual legislação de contratação pública está defasada e não consegue mais atender às necessidades da Administração Pública e, conseqüentemente, da sociedade civil. Isso porque as relações público-privadas se tornaram deveras complexas e a necessidade de permear o processo de contratação pública com publicidade e transparência se apresenta como uma medida extremamente desejada pela população.

É imperioso ressaltar que este trabalho não pretende esgotar o extenso – e importante – tema das licitações. Pelo contrário, ao estudar uma das principais novidades trazidas pela norma, o autor deste trabalho visa ao fomento da discussão sobre o assunto, justamente por ainda estar tramitando o processo legislativo, sendo a participação (e informação) da comunidade acadêmica e jurídica primordial na legitimação da nova Lei que pode ser – e provavelmente será – promulgada.

2. PROJETO DE LEI Nº 6.814/2017: A INCORPORAÇÃO DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO “PREGÃO”

O presente trabalho objetiva analisar uma das principais novidades trazidas pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017, que é a incorporação da modalidade de licitação pregão, prevista na Lei Federal nº 10.520/2002, e que atualmente é a modalidade mais utilizada na Administração Pública brasileira.^[1]

Conforme exposto acima, o Projeto de Lei nº 6.814/2017, se aprovado, será responsável por revogar integralmente a Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02) e todas as previsões legais nela previstas.

Por lógico, essa revogação tem um motivo.

O Projeto de Lei nº 6.814/2017 pretende incorporar as disposições da modalidade pregão, tendo em vista que um dos seus objetivos é instituir uma espécie de diploma legal único sobre licitações públicas e contratos administrativos, em contraponto às críticas contra a existência de diversas legislações esparsas.

Essa incorporação é importante para dar segurança jurídica às relações público-privadas, tornando mais claras as regras aplicáveis aos casos e facilitando o entendimento pela sociedade civil, que não raramente passa por dificuldades para entender e raciocinar o atual emaranhado de disposições legais aplicável às licitações públicas.

Nesse sentido, é imperioso fazer um apontamento sobre uma novidade trazida pelo projeto de lei, que limita a aplicação da modalidade pregão no tocante à contratação de obras e serviços de engenharia comuns.

Esse é a determinação imposta pelo § 2º do artigo 26 do Projeto de Lei nº 6.814/2017, pois em “caso de obras e serviços comuns de engenharia, o pregão somente poderá ser utilizado quando a contratação envolver valores inferiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)”.

Além disso, o mesmo artigo impõe que “a concorrência e o pregão seguem rito comum, adotando-se o segundo sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”.

Veja-se, portanto, a imposição da inversão das fases de habilitação e julgamento e classificação das propostas, tanto na concorrência (novidade) como no pregão (como já é atualmente), nos termos do artigo 15 do Projeto de Lei nº 6.814/2017, instituindo-se como regra geral às licitações.

Ainda, o § 1º, também do artigo 26 do projeto de lei, veda a aplicação do pregão nas “contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, de bens e serviços especiais, de obras e serviços especiais de engenharia e de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto”.

Diante do exposto, é fácil observar que a intenção do legislador é restringir o uso do pregão nas contratações públicas, tendo em vista o seu uso, muitas vezes de forma irrestrita, pela Administração Pública brasileira. Além disso, percebe-se que o Projeto de Lei nº 6.814/2017 pretende conferir celeridade e eficiência ao atual sistema de compras públicas,

concentrando numa só legislação todas as modalidades de licitação, a fim de facilitar a compreensão e proporcionar segurança jurídica.

3. CONCLUSÃO

Como se viu, o objetivo do presente estudo foi analisar a incorporação, prevista pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017, da modalidade de licitação denominada “pregão”. Para o autor, trata-se de uma previsão legal positiva, que atinge a finalidade perseguida pelo Projeto de Lei, que é modernizar a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993), facilitando a compreensão das regras aplicáveis aos casos, o que confere segurança jurídica às contratações públicas.

A medida prevista no Projeto de Lei nº 6.814/2017, portanto, é uma busca trazer segurança jurídica e, conseqüentemente, eficiência ao sistema de contratações públicas, de modo que, sem sombra de dúvidas, merece ser alvo de análise e pesquisa por parte dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm> Acesso em 27 mai. 2018.

_____. *Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm> Acesso em 27 mai. 2018.

_____. *Projeto de Lei n. 6.814, de 3 de fevereiro de 2017*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>> Acesso em 27 mai. 2018.

NOTA:

[1] Para se ter uma ideia, durante o ano de 2017, a Administração Pública Federal realizou 21.420 processos de compras por modalidade de licitação, dos quais 20.671 (96,5%) foram por meio da modalidade pregão. Disponível em: <<http://painelcompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?d>>

[ocument=PaineldeCompras.qvw&host=QVS@17-0112-b-ias04&anonymous=true](http://www.conteudojuridico.com.br/ocument=PaineldeCompras.qvw&host=QVS@17-0112-b-ias04&anonymous=true)> Acesso em: 27 mai. 2018.

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 NOS SEUS 30 ANOS DE EXISTÊNCIA: BALANÇO E PERSPECTIVAS

ITALO ROBERTO FUHRMANN: Advogado e Professor de Direito Constitucional (ESA/OAB-RS)

Neste ano de 2018, mais precisamente aos 5 de outubro, a atual Constituição brasileira completará 30 anos de existência. A assembleia nacional constituinte, instaurada na data do dia 01 de fevereiro de 1987^[1], foi um marco político e jurídico da nação brasileira. Despontando na atuação diretiva, estavam, à maior evidência, Ulysses Guimarães, Bernardo Cabral e Humberto Lucena, cujo trabalho era, com desvelo minudente, acompanhado pela atenção popular. Estávamos em um momento delicado economicamente, com índices inflacionários inauditos, taxa de desemprego elevada e cerceamento obtuso de crédito. Porém, do ponto de vista estritamente político, o Brasil vivia um clima de esperança regozijante^[2]. Tratou-se, sem dúvida, de um ato de revivescência nacional.

Tal esperança política, própria de tempos históricos onde há uma superação de ordens jurídicas ilegítimas e autoritárias^[3], contagiou os constituintes brasileiros a ponto de elaborarem um documento constitucional extremamente ambicioso. A Constituição brasileira veio ao mundo com 250 artigos, divididos em 9 títulos^[4], abrangendo desde os princípios fundamentais da República até o desporto e os impostos municipais. Sobreveio, ademais, concomitante à promulgação, dispositivo constitucional convocatório para a edição de emendas constitucionais de revisão^[5]. Houve uma ingente lucubração para a feitura da Constituição, com a participação de um sem-número de entidades, órgãos de classe, sindicatos e da opinião pública em geral, o que culminou na feliz alcunha “cidadã” propugnada pelo Dr. Ulysses.

I – Avanços Institucionais na Constituição de 1988

O Texto constitucional de 1988 trouxe grandes avanços institucionais, garantindo a estabilidade e a relação democrática entre os poderes da República. O Ministério Público foi alçado à categoria de poder autônomo, atuando com liberdade na persecução penal e na fiscalização dos agentes

políticos. Nos termos do art. 127, o Ministério público é uma instituição permanente e *essencial* à função jurisdicional do Estado, atuando, na condição de *custos legis*, na defesa do regime democrático e na proteção dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. De grande relevo é o § 2º do art. 128, que prevê a estabilidade do Procurador-Geral da República no cargo, só podendo ser destituído mediante a autorização da maioria absoluta do Senado Federal[6].

No alusivo ao controle jurisdicional de constitucionalidade, o art. 103 da Constituição ampliou significativamente o rol dos legitimados a ingressarem por via de ação direta no STF. Para além do Presidente da República e do Procurador-Geral da República, podem ajuizar ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado e do Distrito Federal, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no congresso nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Aos magistrados, a Constituição garantiu a vitaliciedade no cargo, após dois anos de exercício, a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, e a irredutibilidade de subsídio (art. 95, CF/88). Foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sendo de sua incumbência o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes[7].

A Constituição de 1988 também dispôs sobre a eficácia e a forma de internalização dos tratados e convenções de direito internacional, com especial ênfase para a proteção e realização prática dos direitos humanos. Consoante o art. 5º, § 3º, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. O Decreto-legislativo nº 186, de 2008, internalizou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência nos moldes do art. 5º, § 3º, tornando-o o primeiro, e até o momento único, ato internacional com *status* de emenda constitucional.

Não poderíamos olvidar da atividade profícua desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal nestes 30 anos de judicatura sob o firmamento jurídico-constitucional de 1988. Célebres arestos, que entrarão para a história, foram prolatados pelo pretório excelso, como, por exemplo, o *decisum* que declarou inconstitucional a proibição de progressão de regime em casos de crimes hediondos[8], o julgamento que declarou inconstitucional a interpretação do código civil que requeira a autorização prévia para fins de publicação de biografias[9], a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas[10], o deferimento da execução provisória da pena após o julgamento em grau de apelação[11], a autorização da interrupção terapêutica da gravidez em casos de fetos anencéfalos[12], bem como o julgado que declarou recepcionada a lei de Anistia[13].

II – Balanço e Perspectivas

Desde os pródromos da redemocratização brasileira, a Constituição perpassou por diversos obstáculos econômicos, políticos, sociais e institucionais, porém, em nenhum momento, abargantou. Citemos os dois procedimentos de *impeachment*, em 1992 e 2016, a hiperinflação, os escândalos de corrupção e a sucessiva e sistemática edição de medidas provisórias e emendas constitucionais. Nada disso causou o excídio da normatividade constitucional, que se manteve íntegra e estável. Esta integridade e estabilidade deveu-se a vários fatores, dentre os quais o mais importante foi a estrita ligação cultural entre o texto e o espírito coletivo nacional. A constituição brasileira é plural, compromissória, comprometida com o Estado social e com o progresso econômico, sem descurar das liberdades individuais, erigidas à cláusula pétrea[14]. Reflete, portanto, a própria sociedade brasileira, com toda a sua complexidade e diversidade.

O Brasil vive uma das mais graves crises políticas da sua história. Existe uma repulsão popular aos mandatários do poder político, gerando uma profunda crise de representatividade democrático-parlamentar. O poder judiciário e o Ministério Público brasileiros, neste alusivo, estão na evidência dos fatos políticos, exercendo com intrepidez, nos limites da incumbência legal e constitucional, a persecução penal oriunda da malversação do erário público. Insta o apelo à garantia da ordem

constitucional, que deverá sobrelevar-se às contingências políticas que assolam o país. O país já foi regido por oito constituições, e história testifica de que a ruptura com a ordem jurídica vigente não é a melhor opção. A saída da crise deverá ser sempre a constitucional

NOTAS:

[1] A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 foi convocada pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.

[2] Após a frustrante inadmissão da proposta de emenda constitucional *Diretas Já*, de 1984, capitaneada pelo deputado federal Dante de Oliveira (PMDB-MT).

[3] Veja-se o exemplo de Portugal que após a cognominada Revolução dos Cravos, aprovou a Constituição de 02 de abril de 1976, uma constituição tendente ao socialismo e à reestruturação radical da sociedade portuguesa.

[4] A Constituição brasileira é estruturada a partir de um preâmbulo, de 9 títulos e do chamado ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT). Nominalmente, inicia-se com os princípios fundamentais, onde se encontram no título II os direitos e garantias fundamentais, a organização dos poderes, organização do Estado, a defesa do Estado e das Instituições democráticas, a tributação e o orçamento, a ordem econômica e financeira, a ordem social, as disposições constitucionais gerais.

[5] Foram aprovadas 6 emendas constitucionais de revisão no ano de 1994, com base no art. 3º do ADCT, tratando sobre o Fundo Social de Emergência, a fim de realocar os recursos provindos de impostos, sobre a aquisição originária da nacionalidade e sobre o período do mandato presidencial.

[6] Até 1988, o Procurador-Geral da República era destituível *ad nutum*, ou seja, por mero juízo de conveniência do Presidente da República.

[7] Não há que se falar de controle externo ao Poder Judiciário, já que o mesmo é composto por 9 magistrados e a própria Constituição o arrola dentre os órgãos do judiciário (art. 92, CF/88).

[8] HC 111246/AC, julgado aos 11.12.2012.

[9] ADI 4815/DF, min. Rel. Cármen Lúcia, julgado aos 10.06.2015.

[10] ADI 3510/DF, min. Rel. Ayres Britto, julgado aos 29.05.2008.

[11] HC 126292/SP, julgado aos 17.02.2016.

[12] ADPF 54/DF, min. Rel. Marco Aurélio, julgado aos 12.04.2012.

[13] ADPF 153/DF, min. Rel. Eros Grau, julgado aos 29.04.2010.

[14] Na esteira da dogmática constitucional alemã, as chamadas *ewigkeitsklausen* são perpétuas, não podendo ser modificadas por reforma constitucional, consubstanciando o elemento de identidade constitucional. No Brasil, o art. 60, § 4º, prescreve as seguintes normas como pétreas: I) Estado federado; II) Separação dos poderes; III) voto direto, secreto, periódico e universal; IV) direitos e garantias individuais.

CONCESSÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR: NA PERSPECTIVA DA NOVA REFORMA TRABALHISTA

ENNIO MARCOS DE MELO LIMA:
Bacharelado do curso de Direito
da Faculdade Serra do Carmo.

MURILO BRAZ VIEIRA

(Orientador)^[1]

RESUMO: Neste artigo, analisa-se a concessão do adicional de insalubridade disposto no art. 611-A, inciso XII da Lei 13.467/2017 instituído no âmbito da reforma trabalhista, disciplinando a possível negociação do enquadramento do adicional de insalubridade através de convenção e acordo coletivo de trabalho. Partindo deste ponto, o estudo dará ênfase ao princípio da proteção ao trabalhador, sendo este, fundamental para construção e aplicação das normas jurídicas, proporcionando a garantia do equilíbrio jurídico na relação trabalhista. A construção da pesquisa se desenvolveu firmado em fundamentações técnicas, legais, e a rica sustentação de referenciais bibliográficos que disciplinam doutrinariamente os princípios constitucionais de proteção ao trabalhador e sua aplicabilidade no Direito do Trabalho. Os resultados identificados na pesquisa evidenciam que a possibilidade da negociação do enquadramento do grau de insalubridade constitui uma ruptura de preceitos constitucionais que tutelam a proteção ao trabalhador, uma vez que, direitos relacionados a saúde e segurança não são passíveis de disposição ou transação.

PALAVRAS-CHAVE: Grau de Insalubridade; Negociação Coletiva; Princípio da Proteção ao Trabalhador; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: In this article, we analyze the concession of the unhealthy addition provided in art. 611-A, item XII of Law 13467/2017 established in the scope of the labor reform, disciplining the possible negotiation of the supplementary health insurance framework through a collective bargaining agreement. Starting from this point, the study will emphasize the principle of worker protection, which is fundamental for the construction and

application of legal norms, providing the guarantee of legal balance in the labor relation. The construction of the research was developed based on technical and legal grounds and the rich support of bibliographical references that doctrinally discipline the constitutional principles of worker protection and its applicability in Labor Law. The results identified in the research show that the possibility of negotiating the framework of the degree of insalubrity constitutes a rupture of constitutional precepts that protect the worker, since health and safety related rights are not subject to disposition or transaction.

KEYWORDS: *Degree of Unhealthiness; collective bargaining; Principle of Worker Protection; Labor Reform.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO – 2 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS, LEGAIS E TÉCNICOS – 3 OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO – 4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO – 5 A APLICAÇÃO DO ART. 611-A, INCISO XII E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO – 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS – 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O direito trabalhista se encontra em um momento de grandes e importantes transformações, fala-se muito em reformas trabalhistas, flexibilização do trabalho, terceirização de mão de obra, e até mesmo da prevalência do acordado sobre o legislado. Dentro deste contexto, o adicional de insalubridade gerou e vem gerando inúmeras dúvidas e insegurança no mundo jurídico.

O presente artigo busca em sua construção, realizar uma análise da concessão do adicional de insalubridade face aos princípios constitucionais de proteção ao trabalhador, tendo como centro de estudo a possibilidade da manutenção do acordado sobre o legislado, em que a convenção e o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei para tratar do enquadramento do grau de insalubridade, redação dada pelo artigo 611-A, inciso XII da Lei 13.467/2017. Diante da possibilidade apresentada, pode-se inferir que a supremacia do acordado sobre o legislado para dispor sobre o enquadramento do adicional de insalubridade fere princípios

constitucionais? Com base no princípio da proteção ao trabalhador, este estudo tem como principal objetivo expor a inconstitucionalidade do art. 611-A, inciso XII da reforma trabalhista.

Considerando a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1997, com a redação dada pela Lei nº 6.514 são instituídas pela portaria 3.214/78 as Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, sendo a Norma Regulamentadora nº15 (Atividades e Operações Insalubres) responsável por dispor em seus anexos as atividades e exposição a agentes físicos, químicos e biológicos que poderão ser passíveis do pagamento do adicional de insalubridade, sendo este de 10% (dez por cento), 20% (vinte por cento) ou 40% (quarenta por cento) sob o salário mínimo da região, e a depender de alguns fatores, como o tipo de agente, intensidade e concentração acima dos limites de tolerância e tempo de exposição do trabalhador ao agente agressor, estipulando um enquadramento para a concessão do adicional de insalubridade.

Com a possibilidade do exercício da negociação do enquadramento do grau de insalubridade o disposto no artigo 192 da Consolidação das Leis Trabalhistas estabelecendo e assegurando os graus máximo, médio e mínimo, sendo estes respectivamente 40%, 20% e 10% deixariam de ser aplicados dentro dos critérios já estabelecidos na lei, uma vez que o negociado terá prevalência sobre o legislado, proporcionando possíveis desvantagens e até mesmo a diminuição da melhor condição social do trabalhador.

Diante deste cenário atual, sobretudo com fulcro na Reforma Trabalhista, pretende-se analisar mediante fundamentos técnicos, legais e doutrinários a negociação do enquadramento do adicional de insalubridade que expõem trabalhadores a situações de riscos à saúde e integridade física, relacionando os princípios constitucionais que tutelam a proteção ao trabalhador. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, realizando a coleta de dados em livros e artigos jurídicos, disponíveis por meios físicos ou virtuais. O processo de desenvolvimento se deu de forma exploratória, buscando entender como o tema se relaciona e diverge em sua aplicabilidade. A apresentação dos resultados foram obtidos de forma

qualitativa, demonstrando as percepções e análises evidenciadas no decorrer da pesquisa.

2. O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS, LEGAIS E TÉCNICOS

A revolução industrial iniciada fortemente no Brasil no final do século XIX e começo do século XX foi um marco para os aspectos econômicos e sociais, e de grande impacto na Saúde e Segurança no Trabalho. Se por um lado o país começava a se desenvolver na esfera industrial, por outro lado este crescimento se dava às custas da saúde e segurança dos trabalhadores. Para Martins (2016, p. 956), “com o advento da Revolução Industrial e de novos processos industriais – a modernização das máquinas –, começaram a surgir doenças ou acidentes decorrentes do trabalho”.

Os polos industriais se erguiam estruturalmente em galpões e locais improvisados sem as mínimas condições de higiene e qualidade. As máquinas eram rústicas e de grande porte, proporcionando condições inseguras para seus operadores. O uso indiscriminado de produtos químicos e agentes de riscos ocupacionais, como poeiras minerais e poeiras metálicas, expunham os trabalhadores sem a devida proteção a ambientes que hoje são caracterizados como insalubres. Os resultados deste cenário foram mortes, mutilações e adoecimentos dos trabalhadores.

No Brasil, o adicional de insalubridade foi criado pela Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936, permitindo que o salário mínimo dos trabalhadores que exerciam atividades em ambientes insalubres pudesse ser aumentado até a metade:

Art. 2º Salário mínimo e a remuneração mínima devido ao trabalhador adulto por dia normal de serviço. Para os menores aprendizes ou que desempenhem serviços especializados é permitido reduzir até de metade o salário mínimo e para os trabalhadores ocupados em serviços insalubres é permitido aumentá-lo na mesma proporção.

Para Daroncho (2012, p. 24), “assim como nos países centrais da Revolução Industrial, o adicional também surge atrelado ao propósito de assegurar a ração de subsistência dos trabalhadores”.

A lei supracitada foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 399, de 30 de abril de 1938, quando então foi esclarecido que o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio organizaria o quadro das indústrias insalubres que, pela natureza ou método de trabalho, fossem suscetíveis a determinar intoxicações, doenças ou infecções (DARONCHO, 2012, p. 24):

Art. 4º Quando se tratar da fixação de salário mínimo a trabalhadores ocupados em serviços insalubres, poderão as Comissões de Salário Mínimo aumentá-lo até de metade do salário mínimo normal da região, zona ou sub-zona. § 1º O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio organizará, dentro do prazo de 120 dias, contados da publicação deste regulamento, o quadro das indústrias insalubres que, pela sua própria natureza ou método de trabalho, forem susceptíveis de determinar intoxicações, doenças ou infecções.

No ano de 1940 entrou em vigor o Decreto-Lei nº 2.162, que instituiu o salário mínimo, e em seu artigo 6º dizia:

Art. 6º Para os trabalhadores ocupados em operações insalubres, conforme se trate dos graus máximo, médio ou mínimo, os acréscimos de remuneração, respeitada a proporcionalidade com o salário mínimo que vigorar para o trabalhador adulto local, será de 40%, 20% ou 10% respectivamente.

Já em 1940 é possível perceber que a legislação trabalhista brasileira começa a instituir uma porcentagem a título indenização pecuniária para o exercício de atividades laborais em ambientes considerados insalubres.

Em 22 de dezembro de 1977, através da Lei 6.514 foi alterado o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis Trabalhistas, versando

sobre segurança e medicina do trabalho, dispondo redação nova que vigora nos dias atuais quanto à conceituação de atividades e operações insalubres:

Art. 189 – Serão consideradas atividades e/ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os trabalhadores a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Ainda no intuito de disciplinar o direito do trabalhador, estabelecendo características e competências para concessão do adicional de insalubridade, a Lei nº 6.514 nos artigos 190 e 192 adotam os seguintes dizeres:

Art. 190 O Ministério do Trabalho Aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Art. 192 O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Diante da redação dada pela lei nº 6.514 é possível destacar que para caracterização do ambiente insalubre são observados alguns critérios de competência do Ministério do Trabalho, sendo estes, o seu enquadramento, limite de tolerância fixados em razão da natureza e intensidade, bem como do tempo de exposição do trabalhador aos agentes nocivos. Luciano Martinez disciplina que:

A identificação do agente nocivo, a indicação da natureza, das condições e dos métodos nocivos e o estabelecimento dos limites de tolerância cabem, por força de lei (art.155, I, da CLT), ao Ministério do Trabalho e Emprego. É ele quem aprova, mediante atos administrativos, o quadro indicativo de atividades e de operações insalubres, sendo também o responsável pela adoção de normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, os meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes (MARTINEZ, 2016, p. 336).

A Constituição Federal de 1988, Carta magna em nosso ordenamento jurídico, dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, e dentre o rol desses direitos destaca-se como um direito social, o elencado no art. 7º, inciso XXIII:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros de visem à melhoria de sua condição social:

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

Avançando pelo ordenamento jurídico brasileiro, é preciso dar ênfase à Norma Regulamentadora nº 15 (Atividades e Operações Insalubres), instituída pelo Ministério do Trabalho e Emprego através da Portaria nº 3.214, de 08 de junho de 1978, alterando o Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplinando assuntos relativos à Segurança e Medicina do Trabalho. Passa-se a conhecer mais desta norma.

A insalubridade é classificada, de acordo com o tipo de agente, em:

- Insalubridade por agentes físicos (ruído, vibrações, calor, frio, umidade, radiações ionizantes etc.);
- Insalubridade por agentes químicos (poeiras, gases, vapores, névoas e fumos);
- Insalubridade por agentes biológicos.

Segundo a NR – 15, são consideradas como atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

- Acima dos limites de tolerância previstos nos anexos nºs 1,2,3,5,11 e 12;
- Nas atividades mencionadas nos anexos nºs 6, 13 e 14;
- Comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos anexos números 7, 8, 9 e 10.
- O exercício de trabalho em condições de insalubridade assegura ao trabalhador a percepção de adicional, incidente sobre o salário mínimo da região, equivalente a:
 - 10% do salário mínimo para grau mínimo;
 - 20% do salário mínimo para grau médio;
 - 40% do salário mínimo para grau máximo.

Diante do estudo realizado acerca da legislação e dos aspectos técnicos que disciplinam a concessão do adicional de insalubridade, infere-se de maneira concreta e sistemática que em nosso ordenamento jurídico existem leis, metodologias e estudos técnicos capazes de subsidiar o enquadramento do adicional pecuniário de insalubridade.

3. OS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Para o ramo do direito os princípios se tornam uma verdadeira primazia, o início e fundamento para construção e aplicação das normas jurídicas. Os princípios em sua essência trabalham com regras morais e de condutas, comportamentos que podem ou não fazer parte do ordenamento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Luciano Martinez, define princípio como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico

(BANDEIRA DE MELLO citado por MARTINEZ, 2016, p. 107).

Para Martinez (2016) os princípios estabelecem condição de interpretação da norma jurídica, e estando positivado têm status normativo, fortalecendo de maneira substancial a justiça.

Contribuindo com a formação da tamanha importância dos princípios para o ordenamento jurídico, Amauri e Sônia Mascaro Nascimento falam dos princípios no âmbito do positivismo jurídico e da concepção jusnaturalista, disciplinando que:

Os princípios, segundo a concepção jusnaturalista, são metajurídicos, situam-se acima do direito positivo, sobre o qual exercem uma função corretiva e prioritária, de modo que prevalecem sobre as leis que os contrariam, expressando valores que não podem ser contrariados pelas leis positivas, uma vez que são regras de direito natural.

Para o positivismo jurídico os princípios estão situados no ordenamento jurídico, nas leis em que são plasmados, cumprindo uma função integrativa das lacunas, e são descobertos de modo indutivo, partindo das leis para atingir as regras mais gerais que delas derivam, restritos, portanto, aos parâmetros do conjunto de normas vigentes, modificáveis na medida em que os seus fundamentos de direito positivo são alterados. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 467).

De acordo com Martins (2016, p. 126), “Os princípios inspiram, orientam, guiam, fundamentam a construção do ordenamento jurídico. Sob certos aspectos, podem até limitar o ordenamento jurídico, erigido de acordo com os princípios”.

Segundo o que disciplina Sergio Pinto Martins, os princípios são basilares do sistema jurídico, e sem eles, a instituição e aplicação das normas estariam prejudicadas, uma vez que tais princípios atuam como

sustentação, favorecendo um misto de abrangência e certas limitações para aplicação norma jurídica.

Para Martins (2016, p. 129), os princípios têm várias funções. A função informadora tem o objetivo de inspirar o legislador, proporcionando fundamentos para as normas jurídicas. A função normativa nasce de forma a complementar, preencher lacunas ou omissões da lei. Por fim, a função interpretativa orienta os intérpretes e aplicadores da lei.

No estudo do direito do trabalho, a aplicação dos princípios se dá de forma estrutural, assumindo uma função protetiva aos direitos do trabalhador que na relação empregatícia se encontra submisso ao empregador, assegurando o mínimo de direitos que sobretudo não podem fazer parte de livre disposição ou negociação, pois são direitos individuais indisponíveis.

4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção ao trabalhador é considerado por doutrinadores do direito como princípio basilar para construção e aplicação do direito do trabalho. Sua maior finalidade é proporcionar equidade e equilíbrio na relação trabalhista, vez em que o trabalhador é visto com inferioridade ante ao empregador que detém o poder econômico da atividade laboral.

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho (DELGADO, 2002, p. 193).

Segundo apresenta Delgado (2002), o princípio da proteção está presente, agindo de forma direta no direito individual do trabalho, manifestando-se como direito em toda sua propriedade. É evidente a

influência deste instituto na busca constante de condições que possam favorecer e beneficiar o trabalhador na relação trabalhista.

Para Oliveira (2017), o princípio da proteção possibilita uma atuação por vias técnicas ou por regras, proporcionando um conjunto de garantias mínimas para o trabalhador, devendo ser aplicado em seu favor. Um exemplo de proteção técnica pode ser visto através da edição de normas técnicas para proteção do trabalhador.

Arnaldo Sussekind afirma que:

O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a instituição básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade (SUSSEKIND, 1993, p. 128 citado por OLIVEIRA, 2017).

Para Sussekind (1993), o princípio da proteção ao trabalhador é direito cogente no mundo do trabalho, e fundamental para garantia da igualdade, tendo o Estado como garantidor deste princípio o dever de criar mecanismos com objetivo de limitar a autonomia de vontade entre empregado e empregador.

O jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez (2000) se refere ao princípio da proteção como critério fundamental para orientação do Direito do Trabalho, dividindo este princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. Explica o autor:

- a) a regra *in dubio, pro operario*. Critério que deve ser utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;
- b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e

c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, 2000).

Para doutrinadores como Amauri e Sônia Nascimento (2014, p. 471 e 472), o *in dubio pro operario* é um princípio que procura, em sua essência, a interpretação do direito, que diante de lacunas identificadas em seu sentido e alcance, o interprete e julgador deverá adotar a hipótese mais benéfica para o trabalhador. A prevalência da norma favorável ao trabalhador diz respeito à hierarquia, manifestada quando duas ou mais normas disciplinarem o mesmo direito, tendo aplicação dominante aquela mais favorável ao trabalhador. Quanto ao princípio da condição mais benéfica, Amauri e Sônia Nascimento destacam que:

[...] tem a função de solucionar o problema da aplicação da norma no tempo para resguardar as vantagens que o trabalhador tem nos casos de transformações prejudiciais que podiam afetá-lo, sendo, portanto, a aplicação, no direito do trabalho, do princípio do direito adquirido do direito comum (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 471 e 472).

Segundo a definição de Martins (2016), a aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três maneiras:

(a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; (b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador; (c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se

aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador (MARTINS, 2016, p. 134).

Exposto o entendimento da aplicação da norma mais favorável, pode-se inferir que sua função é resguardar a condição mais benéfica e favorável ao trabalhador, independentemente do surgimento de lei nova ou hierarquia das normas jurídicas existentes em matéria de direito trabalhista.

5. A APLICAÇÃO DO ART. 611-A, INCISO XII E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

A Reforma Trabalhista, trazendo em sua metodologia de construção a possibilidade de flexibilização das normas contidas no direito do trabalho, da prevalência do acordado sobre o legislado, instituiu no art. 611-A, inciso XII, da Lei 13.467/2017, que:

Art. 611 – A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

XII – enquadramento do grau de insalubridade.

Para elucidar a redação dada pelo artigo supracitado, faz-se necessário conhecer as definições de convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho. Segundo Sergio pinto Martins (2016):

Convenção coletiva de trabalho é o negócio jurídico entre sindicato de empregados e sindicato de empregadores sobre condições de trabalho.

Acordo coletivo de trabalho é o negócio jurídico entre o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas pertencentes à categoria econômica sobre condições de trabalho (MARTINS, 2016, p. 1202).

Para Martins (2016), é comum nas duas modalidades de negociação a tratativa de assuntos relacionados com a melhoria das condições de trabalho.

O modelo de flexibilização apresentado pela reforma trabalhista é de longe a mais evidente deturpação do sistema constitucional que vela pelo princípio da proteção ao trabalhador. A Carta Constitucional estabelece

direitos mínimos que são assegurados ao trabalhador, direitos que não podem ser objeto de negociação, e um desses direitos está relacionado à saúde e segurança no ambiente de trabalho.

Delgado (2017), faz um apontamento importante sobre o inciso XII do art. 611-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, segundo o autor, tal artigo,

[...] entra em choque com a própria Lei da Reforma Trabalhista, uma vez que esta enfatiza que configuram *objeto ilícito* da negociação coletiva trabalhista a supressão ou redução de diversos direitos, entre os quais aqueles que resultem de “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho prevista em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho” (novo art. 611-B, *caput* e inciso XVII, CLT) (DELGADO, 2017, p. 265).

A Constituição Federal em seu artigo 7º prevê a possibilidade da prevalência de acordos e convenções coletivas, desde que sejam mais benéficas e visem à melhoria da condição social do trabalhador.

Segundo Martins (2016, p. 134), “o art. 7º da Constituição estabelece direitos mínimos, que são completados ou melhorados pela legislação ordinária ou pela vontade das partes. O objetivo não é piorar, mas melhorar a condição de trabalho”. Tal artigo da Constituição Federal deixa claro que se o acordo ou negociação do enquadramento do grau de insalubridade disposto na Reforma Trabalhista proporcionar situação mais favorável ao trabalhador, este se torna plenamente aceito pelo ordenamento jurídico.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 190, disciplina a incumbência do Ministério do Trabalho para aprovar o quadro de atividade e operações insalubres, adotando normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. No mesmo sentido, a Súmula 194 do Supremo Tribunal Federal dispõem a competência do Ministério do Trabalho para a especificação das atividades insalubres.

A Norma Regulamentadora nº 15, matéria já estudada até aqui, estabelece em seu subitem 15.4.1.1 que:

Cabe a autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, comprovada a insalubridade por laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar adicional devido aos empregados expostos à insalubridade quando impraticável sua eliminação ou neutralização.

Souza Júnior (2017), define em sua análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 que:

[...] a temática do enquadramento do grau de insalubridade constitui matéria eminentemente técnica, ligada a uma dimensão de proteção imaterial relacionada à própria existencialidade obreira (saúde e qualidade de vida), sempre a demandar análise profissional especializada. Não se trata, portanto de questão patrimonial comum passível de ser discutida em mesa de negociação, sob pena de odiosa monetização da saúde humana (SOUZA JÚNIOR; [et al], 2017, p. 290).

É evidente que o Ministério do Trabalho tem a competência técnica e legal para disciplinar sobre políticas e diretrizes envolvendo os aspectos relacionados à segurança e saúde dos trabalhadores, destinando também aos profissionais legalmente habilitados em matéria de saúde e segurança do trabalho a responsabilidade da elaboração de laudos técnicos, com objetivo de fixar adicional de insalubridade devido aos trabalhadores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças realizadas pela Lei 13.467/2017 com objetivo de proporcionar uma modernização na relação de trabalho, alterou substancialmente preceitos destinados a Segurança e Saúde do Trabalho, sobretudo com a possibilidade da negociação do enquadramento do grau de insalubridade.

Com o presente estudo, foi possível identificar que em nosso ordenamento jurídico existe um conjunto de leis e normas técnicas elaboradas com objetivo de disciplinar o enquadramento das atividades e operações insalubres.

Verificou-se que o princípio da proteção ao trabalhador é mandamento constitucional basilar no direito do trabalho, responsável pela proteção de todo e qualquer ato que possa desfavorecer ou expor o trabalhador a situações de fragrante desvantagem na relação trabalhista.

Em seguida, demonstrou-se que embora a Consolidação das Leis Trabalhistas permita a negociação do enquadramento do grau de insalubridade, conforme disposto no art. 611-A, inciso XII, tal dispositivo legal não poderá ser utilizado como objeto de flexibilização na tentativa de reduzir o grau de insalubridade devido ao trabalhador exposto a ambientes insalubres, contrariando princípios constitucionais que velam pela proteção ao trabalhador, cabendo, exclusivamente a esses instrumentos de negociação coletiva buscar a melhoria contínua das condições de trabalho do trabalhador.

Diante ao exposto, é reprovável considerar a possibilidade de aplicação da reforma trabalhista para permitir que a Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho determine o enquadramento do grau de insalubridade, transgredindo princípios constitucionais de proteção ao trabalhador e violando direitos trabalhistas fundamentais e de indisponibilidade absoluta.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 399, de 30 de abril de 1938**. Aprova o regulamento para execução da Lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, que institui as Comissões de Salário Mínimo. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-399-30-abril-1938-348733-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.162, de 1º de maio de 1940.** Institui o salário mínimo e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2162-1-maio-1940-412194-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 30 mai. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 15 mai. 2018.

_____. **Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936.** Institui as comissões de salário mínimo. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-185-14-janeiro-1936-398024-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 02 jun. 2018.

_____. **Lei nº 6514, de 22 de dezembro de 1977.** Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6514.htm. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Ministério do Trabalho. **Portaria nº 3.214, de 08 de junho de 1978.** Aprova as Normas Regulamentadoras-NR – do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1978.

DARONCHO, Leomar. **Adicional de insalubridade:** entre a monetização da saúde do trabalhador e o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho hígido. 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.12178/25601>. Acesso em: 03 de jun. de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11.ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n.º 13.467/2017/Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho:** Relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** Relações individuais e coletivas do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Raphael Rodrigues Valença de. **O princípio da proteção no Direito Trabalhista brasileiro.** Brasília-DF: 16 jun. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589270&seo=1>. Acesso em: 04 jun. 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de [et al...]. **Reforma trabalhista:** análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho.** 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho.** 14.ed. São Paulo: LTr, 1993.

NOTA:

[1] Murilo Braz Vieira. Advogado, graduado em Direito pela Universidade Católica de Goiás (2004) e Pós graduado em Direito Público (EPD-SP) e Direito Constitucional (UFG). É Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), Brasil(2015) Professor da Faculdade Serra do Carmo, Brasil. murilobraz@yahoo.com.br

POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

CAROLINE PRADO ZANIN: Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Analista Judiciário do TRT da 3ª Região.

RESUMO: O adicional de insalubridade é devido em razão do desempenho das atividades laborais em condições mais gravosas à saúde do empregado pelo contato com agentes químicos, físicos e biológicos acima dos limites de tolerância, nos termos do art. 189 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Por sua vez, o adicional de periculosidade compensa o risco à vida do trabalhador, consoante art. 193 da CLT. Em uma análise superficial, é vedada a cumulação dos referidos adicionais em face do disposto no art. 193, § 2º, da CLT. Ocorre que a Constituição da República de 1988 não estabelece nenhuma vedação nesse sentido e o Brasil ratificou as Convenções n. 148 e 155 da OIT. Diante do exposto, este trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade à luz da Constituição da República de 1988 e das Convenções n. 148 e 155 da OIT. Para tanto, procedeu-se à uma revisão bibliográfica, revisitando os direitos humanos e fundamentais, a incorporação das Convenções da OIT ao ordenamento jurídico e o controle de convencionalidade.

Palavras-chave: direitos trabalhistas; adicional de insalubridade; adicional de periculosidade; controle de convencionalidade.

ABSTRACT: The additional unsanitary is due to the work in activities under conditions that are more harmful to the employee's health through contact with chemical, physical and biological agents above the tolerance limits, according to art. 189 of the Consolidation of Labor Laws (CLT). On the other hand, the periculosity compensates the risk to the life of the worker (art. 193, CLT). In a superficial analysis, it is forbidden the cumulative payment of the additional above by the art. 193, § 2º, CLT. However, the Brazilian Constitution does not establish any prohibition and Brazil has ratified the

Conventions n. 148 and 155 of the International Labour Organization (ILO). This work aims to analyzing the possibility of simultaneous payment of additional unsanitary and periculosidade under the perspective of the Brazilian Constitution and the Conventions n. 148 and 155 of the ILO. In order to do so, it was made a bibliographic review, revisiting human and fundamental rights, the incorporation of ILO Conventions by the brazilian legal order and the control of conventionality.

Keywords: fundamental rights; labor rights; additional sanitary and dangerous; control of conventionality.

Sumário: Introdução. 1 Direitos Fundamentais Trabalhistas. 2 A Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a incorporação das convenções ao ordenamento jurídico brasileiro. 3 Controle de convencionalidade. 4 Adicionais de insalubridade e periculosidade. 4.1 Adicional de insalubridade. 4.2 Adicional de periculosidade. 4.3 Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. 5 Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 (CR/88) estabelece que é direito dos trabalhadores “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII), assegurando o pagamento de “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (art. 7º, XIII).

Ademais, o art. 225 da Carta Magna preceitua que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o que inclui o meio ambiente do trabalho por força do disposto expressamente no art. 200, VIII da CR/88. Assim, o meio ambiente do trabalho “está incluído no importante rol dos direitos humanos fundamentais (art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988), aspecto este também reconhecido no âmbito internacional” (GARCIA, 2013, p.1079).

Já a Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 1254, de 29 de setembro de 1994, é expressa no sentido de que “deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes” (art. 11, alínea “b”).

Por outro lado, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe, em seu art. 193, § 2º^[1], ao tratar das atividades ou operações perigosas, que “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

Diante do exposto, o presente trabalho tem por objetivo discutir a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade após a promulgação da Constituição da República de 1988 e a ratificação da Convenção nº. 155 da OIT, bem como analisar a jurisprudência recente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre a matéria.

O estudo do tema ora discutido se justifica pela sua relevância social, já que afeta milhares de trabalhadores, ressaltando-se que não existe consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais em questão. Não obstante a jurisprudência majoritária faça uma interpretação estrita do supracitado art. 193, §2º da CLT, existem precedentes favoráveis à cumulatividade dos adicionais de periculosidade nas Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, além de abalizada doutrina.

Para tanto, será efetuada a análise crítica da jurisprudência recente do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) do TST.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

Os direitos fundamentais integram o ápice valorativo dos ordenamentos jurídicos modernos, o que lhes confere eficácia irradiante, isto é, vinculam a atuação de todos os poderes do Estado e norteiam a aplicação das demais normas, inclusive de natureza constitucional. São dotados de um regime especial, como a proteção por cláusula pétrea, nos

termos do artigo 60, §4º da Constituição da República^[2], que impede sua abolição mesmo por emenda à constituição.

Por isso, a caracterização de um direito como fundamental traz diversas implicações, tornando relevante sua correta identificação. Pode-se analisar a fundamentalidade de determinado direito por dois aspectos: o formal e o material. Na prática, embora desejável a presença de ambos os elementos, não há cumulatividade em todos os casos: há direitos que são elencados no art. 5º da CR/88 sem serem materialmente fundamentais enquanto outros atendem a esse requisito e não são formalmente fundamentais.

A fundamentalidade formal significa a positivação em sede constitucional, integrando o catálogo de direitos. Por exemplo, a Constituição da República de 1988 apresenta um rol extenso deles, como os mais de setenta incisos do artigo 5º. O critério é simples, pois basta que conste do rol do art. 5º da CR/88, sem necessidade de valorar seu conteúdo. Entretanto, nem sempre as Constituições possuem um catálogo de direitos fundamentais suficientemente definidos quando não escritas ou pouco extensas.

Por sua vez, a fundamentalidade material tem íntima ligação com os valores e princípios da sociedade, o que reflete na sua tutela pelo ordenamento jurídico, segundo a lição de Rothenburg (1999, p. 55):

“Convém acentuar a dimensão material (relativa ao conteúdo) dos direitos fundamentais, à medida que consagram, a partir de um amplo consenso social, valores constitucionalmente definidos e, assim, subtraídos à discussão (política e judicial) ordinária, visto que dotados de uma legitimidade (constituente) reforçada”.

São, de acordo com grande parte dos autores, direitos fundamentais todos os que se relacionam com a dignidade da pessoa humana. Busca-se, dessa forma, evitar a banalização do regime de jusfundamentalidade, “de modo a resistir à tentação de alargar a ideia e a

força irradiante dos direitos fundamentais a todos os escaninhos das relações sociais, que acabaria por provocar sua desfiguração” (ANDRADE, 2017, p. 10). Por exemplo, existem direitos formalmente fundamentais que não respeitam dito critério, como o inciso LVI do artigo 5º da Constituição[3]sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas em processos.

Tendo em vista a caracterização efetuada, importa analisar a abertura para novos direitos fundamentais, conforme justifica Dobrowolski (2017):

“Uma Constituição democrática se assenta sobre o compromisso político e social de cumprir ideais de vida em comum voltados a realizar a dignidade dos membros da sociedade, na qualidade de pessoas humanas. Ela se apresenta como um projeto aberto a ser realizado coletivamente, e não como algo definido e acabado. Em uma coletividade pluralista e multicultural, consiste em ‘uma forma aberta através da qual passa a vida’ (HELLER, H. 1968, 296) e que, vivendo, se desenvolve”.

Nesse sentido, levando-se em conta a tendência de multiplicação dos direitos fundamentais para atender a necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa e heterogênea, tem-se a possibilidade de inclusão de novos direitos ao catálogo, se constatada a fundamentalidade material.

Andrade (2017, p. 4) reforça o posicionamento:

“Há, contudo, um momento comum, característico e caracterizador da ideia dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, que é a proteção da dignidade da pessoa contra os perigos que resultam das estruturas de poder na sociedade.

Sempre que surja uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade individual, tenderá a aparecer um novo direito; sempre que se afirme um outro entendimento das necessidades de

garantia da dignidade pessoal, descobrir-se-ão novas dimensões normativas dos direitos fundamentais”.

Dispõe o artigo 5º, § 2º que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dobrowolski (2017) ressalta certa incompreensão devido à falta de maiores aprofundamentos sobre o tema. Em geral, não se analisa qual o critério para incluir novos direitos nem a extensão da cláusula de abertura. O autor divide os direitos fundamentais (logo, já pressupõe a qualificação como tal) conforme sua presença ou não no catálogo, em direitos expressamente enumerados e aqueles derivados das garantias, ambos constantes do título II da Constituição – dos direitos e garantias fundamentais – ou esparsos em outras partes do texto. Traz, ainda, uma terceira classe, que representa os direitos decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Apenas ao último grupo se faz necessário aplicar o artigo 5º, §2º, uma vez que os outros já são dotados do regime de jusfundamentalidade, sem qualquer diferença pela sua posição deslocada no texto constitucional, de acordo com o próprio autor (DOBROWOLSKI, 2017, p. 8/9):

“A localização do parágrafo, no artigo 5º, que lista direitos e garantias individuais, não restringe a abertura permitida somente para as normas dessa categoria. O enunciado do texto, “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, espanca quaisquer dúvidas sobre a abrangência da autorização, estendendo-se a direitos sociais, coletivos, difusos, políticos e de nacionalidade. Essa opinião exsurge como entendimento pacificado na doutrina pátria, conforme observação de I.W. Sarlet (SARLET, I.W. 1998, 86-87).

A menção no artigo 7º, caput, de que, além dos direitos sociais dos trabalhadores, “outros que visem à

melhoria de sua condição social” lhes poderão ser atribuídos reforça a conclusão de que as listas de direitos constantes da Constituição formal são exemplificativas e sua expansão, por se referir a Carta a um sistema de vida, é disto consequência inexorável”.

Tal perspectiva é bastante útil para rebater leituras restritivas como, por exemplo, as que classificam como fundamentais apenas os direitos do capítulo I do título II da Constituição. Excluem-se os direitos sociais e outros esparsos no texto da Carta Magna por uma questão de preciosismo linguístico e de interpretação literal, considerando que a cláusula de abertura se localiza ao final do supracitado capítulo.

Feitas tais considerações, os direitos trabalhistas estão elencados nos artigos 7º a 11 do Título II da Constituição da República, referente aos direitos e garantias fundamentais, no capítulo II, que trata dos direitos sociais. Dessa forma, não se encontram topograficamente enumerados no capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, o que poderia levar a uma interpretação simplista de que não integram os direitos fundamentais em razão da localização topográfica.

Contudo, O Direito Material do Trabalho surgiu no contexto da 1ª Revolução Industrial, como forma de diminuir a desigualdade fática entre empregados e empregadores no plano jurídico, por meio da criação de normas jurídicas protetivas da parte hipossuficiente.

Considerando que o empregado é detentor, em regra, apenas de sua força de trabalho, os direitos trabalhistas estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, caracterizando o chamado “patamar civilizatório mínimo” por Delgado (2016, *passim*). Tanto que um de seus escopos é a inserção dos empregados na sociedade capitalista ao distribuir renda aos desprovidos de riqueza material, por meio da denominada “função civilizatória e democrática” (DELGADO, 2016, *passim*).

Na mesma direção é o ensinamento de Delgado e Ribeiro (2015, p. 63/64), para as quais,

“O Direito do Trabalho consiste em instrumento jurídico de promoção da dignidade humana na medida em que contribui para a afirmação da identidade individual do trabalhador, de sua emancipação coletiva, além de promover sua inclusão regulada e protegida no mercado de trabalho. Por meio do contínuo aperfeiçoamento, o Direito do Trabalho promove as ideias de justiça social e de cidadania, ambos relacionados à salvaguarda da dignidade humana – diretriz norteadora do Estado Democrático de Direito.

Essa intrínseca conexão entre o Direito do Trabalho e a dignidade humana revela-se pela necessidade de tutela jurídica das relações de emprego de modo a garantir que a subsistência, a integração social e a emancipação coletiva do trabalhador ocorram conforme as diretrizes do direito fundamental ao trabalho digno. Ou seja, cabe ao Direito do Trabalho normatizar a proteção do sujeito trabalhador, além de proibir a mercantilização do trabalho humano.

Por meio de sua concretização, o Direito do Trabalho também favorece a distribuição de renda na sociedade, fomentando a economia e tornando os direitos sociotrabalhistas necessários e complementares ao progresso material, tecnológico e social dos povos.

O Direito do Trabalho é, portanto, uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética requer a aglutinação dos conceitos de dignidade, de cidadania e de justiça social”.

Dessa forma, os direitos trabalhistas são materialmente fundamentais, pois inerentes à dignidade da pessoa humana e estão positivados nos arts. 7º a 11 da CR/88. Frise-se novamente que a cláusula

de abertura prevista no art. 5º, §2º, da CR/88, é clara no sentido de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, portanto, os direitos fundamentais podem estar esparsos no texto constitucional, além das demais hipóteses previstas na cláusula de abertura.

Acrescente-se, ainda, que os direitos trabalhistas também são direitos humanos, caso adotada a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Isso porque tais direitos se relacionam de forma indissociável com a dignidade da pessoa humana.

2 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E A INCORPORAÇÃO DAS CONVENÇÕES AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma das funções mais importantes da OIT no Brasil, conforme consta do Relatório “Trabalho Decente para uma Vida Digna” é :

“A elaboração, adoção, aplicação e promoção das Normas Internacionais do Trabalho, sob a forma de convenções, recomendações, resoluções e declarações. Todos estes instrumentos são adotados pela Conferência Internacional do Trabalho, órgão máximo de decisão da OIT, que se reúne uma vez por ano” (OIT, 2012).

Diante do exposto, a OIT pode adotar convenções, recomendações e resoluções. Para Mazzuoli (2013, p.234), “o conjunto normativo consubstanciado nas convenções e nas recomendações da OIT é chamado de Código Internacional do Trabalho, figurando as resoluções e outros documentos como seus anexos”.

Se, do ponto de vista material, tanto as convenções da OIT quanto as resoluções podem regulamentar as mesmas matérias, há uma diferença formal entre as retromencionadas espécies normativas. As convenções são tratados internacionais multilaterais e abertos, podendo ser ratificadas pelos Estados Membros que assim desejarem ou pelos que vierem a se

tornar membros da OIT. Constituem, portanto, documentos normativos e obrigacionais. Após aprovadas pela Conferência Geral, podem ser ratificadas pelos Estados Membros.

Por outro lado, as recomendações consistem em sugestões de alterações legislativas a serem implementadas pelos Estados Membros, porém sem caráter normativo. Ainda que tenham caráter persuasivo e seja interessante sua adoção pelos Estados Membros, não impõem nenhuma obrigação, seja no plano internacional, seja no plano interno.

A aprovação de uma convenção da OIT gera efeitos no plano internacional ao Estado Membro que a adota ou a ela adere posteriormente, normalmente, no prazo de 12 meses após duas ratificações serem registradas pelo Diretor Geral, ressalvando-se o estabelecimento de outro quórum e prazo distinto de "vacatio legis" no próprio texto da convenção. Passa, então, a ter vigência indeterminada, com a possibilidade de denúncia após 10 anos de sua entrada em vigor, sem qualquer prejuízo aos demais Estados Membros que a ratificaram^[4].

Ocorre que, no plano interno, cada Estado é livre para determinar as regras de incorporação dos tratados e convenções internacionais ao ordenamento jurídico, em face do princípio da soberania.

Nessa esteira, de acordo com Oliveira e Silva (2011, p.12),

"Cada Estado é soberano para estabelecer a maneira de incorporação e aplicação dos tratados internamente, inexistindo regra internacional que defina esta relação. Dependendo, pois, das regras adotadas pelo Estado, uma norma em pleno vigor internacional pode deixar de ser aplicada tanto pela edição de uma norma interna posterior (se o tratado for considerado com a mesma hierarquia desta norma), quanto pela edição de norma hierarquicamente superior ao tratado.

A solução para o problema está diretamente relacionada com o status dado ao tratado

internacional dentro do ordenamento interno Enquanto algumas constituições estatais estabelecem de forma clara a relação entre Direito Internacional e direito interno, a Constituição da República Federativa do Brasil não o faz. Além de não estabelecer expressamente a hierarquia dos tratados internacionais ratificados, nosso ordenamento ainda aponta formas distintas de tratamento a diferentes tipos de tratados internacionais, descompasso que gera inúmeros problemas práticos”.

Há, na doutrina, duas distintas teorias que abordam a relação entre Direito Internacional e Direito Interno. Em apertada síntese, a escola monista entende que há unidade entre Direito Internacional e Direito Interno, razão pela qual os tratados e convenções ratificados integram automaticamente o ordenamento jurídico interno.

Em sentido oposto, a corrente dualista é no sentido de que há cisão entre Direito Internacional e Direito Interno, de forma que as normas internacionais ratificadas somente geram efeitos no plano interno se aprovadas por meio de procedimento especial estabelecido no ordenamento jurídico de cada país que adota a teoria em questão. Não há, portanto, a criação de obrigações para os particulares até a incorporação da norma internacional ao tratado interno.

No caso do Brasil, não obstante grandes expoentes do Direito Internacional sejam defensores da escola monista, a exemplo de “Hildebrando Accioly, Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Celso D. Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel”, conforme revisão de literatura realizada por Barbosa Júnior (2012), o Supremo Tribunal Federal adotou expressamente a teoria dualista.

Transcreve-se, por oportuno, a ementa do julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1480 (MC) pelo STF, que evidencia a adoção da teoria dualista:

“EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº

158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É

na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados

internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação

alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a

cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10)”. (ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213 (grifo nosso)

A leitura do julgado acima demonstra que há um procedimento complexo para a incorporação das normas internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro em razão da prevalência da teoria dualista, vez que o diploma internacional não vincula o direito interno ao entrar em vigor no plano internacional. Nessa esteira, passa-se a uma explanação breve do “iter procedimental” em questão.

Consoante artigo 49, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), compete exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Nessa esteira, após a assinatura da norma internacional, incumbe ao Presidente da República, que tem competência privativa para celebrar tratados (art. 84, VIII, da CR/88)[5], logo, delegável ao Ministro das Relações Exteriores ou ao plenipotenciário, remeter mensagem ao Congresso Nacional para que seja adotado o tratado, por meio de decreto legislativo.

Por essa razão, para alguns autores, a exemplo de Medeiros (2014), trata-se de um dualismo moderado, na medida não é necessária a edição de uma lei em sentido estrito (como no dualismo radical), sendo suficiente um ato infralegal, no caso, um decreto legislativo.

Importa destacar que as convenções da OIT, conforme Mazzuoli (2013, p.238/239):

“dispensam a formalidade da assinatura, visto que a Conferência a adota, garantindo a autenticidade do texto apenas duas assinaturas: a do Presidente e a do Secretário-Geral da Conferência. Afora isso, a integração das convenções da OIT ao direito brasileiro dá-se da mesma forma que qualquer outro tratado”.

Editado o decreto-legislativo, o Presidente da República tem a faculdade de ratificar o tratado, o que, se efetivado, gera obrigações apenas no plano internacional, como visto anteriormente. Especificamente no que tange às convenções da OIT, a doutrina diverge quanto à faculdade ou não da ratificação.

Segundo magistério de Mazzuoli (2013, p. 241/242),

“A dúvida que surge na doutrina diz respeito à aparente obrigatoriedade de serem tais convenções ratificadas pelo Presidente da República, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, tendo em vista que o artigo 19, § 5, alínea b, da Constituição da OIT dispõe que, tratando-se de uma convenção, cada Estado-membro ‘compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (...), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza’. Apesar de o tratado da OIT não se referir expressamente à obrigatoriedade dessa ratificação, esta, entretanto, pareceu a Celso de Albuquerque Mello uma consequência lógica, “principalmente levando-se em consideração a natureza social dessas convenções e, ainda, ser o nosso século caracterizado pelo conflito social que, só tende a se agravar”²⁵. Nesse caso, entendeu a referida doutrina que, uma vez referendada a convenção pelo

Poder Legislativo, a ratificação do Presidente da República deixaria de ser um ato discricionário para tornar-se obrigatório.

(...)

Portanto, somos da opinião de que, uma vez submetidas ao Congresso Nacional para aprovação, e uma vez aprovadas por este, as convenções internacionais do trabalho deverão ser obrigatoriamente ratificadas pelo Presidente da República, segundo a melhor exegese do artigo 19, § 5, alíneas b e d, da Constituição da OIT. Trata-se de excepcionalíssima exceção (sic) no direito internacional público, à faculdade (discricionariedade) da ratificação pelo Chefe do Executivo, que não ocorre ordinariamente na conclusão dos tratados internacionais em geral'.

Para que o tratado ou convenção produza efeitos no Direito Interno, não basta a ratificação (dispensada no caso das convenções), existe uma próxima etapa procedimental consistente na edição de um decreto executivo, que promulga o diploma internacional e lhe confere executoriedade, por meio da publicação no Diário Oficial da União, quando o tratado ou convenção passa a integrar o ordenamento jurídico interno.

Feitas tais considerações, importa analisar com qual status normativo o tratado ou a convenção são incorporados ao Direito Interno Brasileiro.

Conforme estatui o §3º do art. 5º da CR/88, incluído pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Nesse sentido, em regra, os tratados ingressam no ordenamento jurídico interno com status de lei ordinária. Todavia, os diplomas

internacionais que versarem sobre direitos humanos (requisito material) e forem aprovados com quórum qualificado previsto na CR/8 equivalem às Emendas Constitucionais.

Importa destacar que doutrinadores de renome adotam posicionamento no sentido de que os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos possuem status de norma materialmente constitucional, independente do quórum de aprovação, em face do disposto no art. 5º, §2º, da CR/88, segundo o qual para Gomes (2009) “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

De acordo com Gomes (2009, p. 3/4):

“E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ‘se incluem’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’.

Para nós, a cláusula aberta do § 2.º do art. 5.º da Carta da 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e

não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional”.

Assim, para esta corrente doutrinária, os diplomas internacionais que tratem de direitos humanos são normas materialmente constitucionais. A aprovação nas duas casas do Congresso pelo quórum qualificado do supracitado art. 5º, §3º, da CR/88 apenas confere o status de norma formalmente constitucional, já que se equipara às emendas constitucionais.

Contudo, o entendimento jurisprudencial adotado pelo Tribunal Pleno do STF é distinto, como se verifica da leitura da ementa a seguir transcrita:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna..

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação

infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n° 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N° 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. *A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei n° 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional.*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO" (RE 349703 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Dessa forma, prevalece o entendimento de que os tratados internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com status de lei ordinária, ressalvando-se o disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN)[6]. Já aqueles diplomas internacionais relativos aos direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem status supralegal, salvo se aprovados pelo quórum qualificado do art. 5º, §3º[7], da CR/88, quando equivalem às emendas constitucionais.

As normas supralegais são hierarquicamente superiores às leis ordinárias e complementares. Partindo dessa premissa, possuem eficácia paralisante dos efeitos da norma legal incompatível com os tratados e convenções internacionais. Ou seja, embora os tratados e convenções incorporados ao direito interno não revoguem as leis ordinárias com eles conflitantes, por estarem em planos normativos distintos, suspendem sua eficácia.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

As normas infraconstitucionais devem guardar compatibilidade formal e material com a CR/88, em face do princípio da supremacia da Constituição, que está no ápice da pirâmide normativa, sendo hierarquicamente superior às demais e da rigidez constitucional, na medida em que a alteração de suas normas pressupõe procedimento de alteração complexo e mais dificultoso (art. 60 da CR/88)[8].

Portanto, as normas que estiverem em desacordo com a CR/88 são declaradas inconstitucionais, tanto pela via do controle difuso (efeito *inter partes*) quanto por meio do controle concentrado, efetuado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*, da CR/88)[9], com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, §2º, da CR/88)[10].

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, acrescentou ao art. 5º da CR/88 o parágrafo 3º, que assim dispõe: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Especialmente após a supracitada alteração do texto constitucional, passou-se a discutir a existência do controle de convencionalidade, consoante com Mazzuoli (2009, p.114), precursor desta teoria no Brasil:

“Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5o , § 2o) ou material e formalmente constitucionais (art. 5o , § 3o),³ é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional”, nos termos do art. 5o , § 2o , da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5o , § 3o , da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil”.

Nessa esteira, as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis não apenas com o texto constitucional (controle de constitucionalidade), mas também com os tratados e convenções relativos a direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, material ou formalmente constitucionais. Deve, portanto, ser respeitada uma dupla compatibilidade material das normas infraconstitucionais, isto é, com a CR/88 e os tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Segundo Mazzuoli (2009, p. 115),

“Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já

ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno”.

Assim, as normas infraconstitucionais que violam tratados referentes a direitos humanos, material ou formalmente constitucionais, editadas posteriormente à ratificação do diploma internacional, são inválidas, ainda que compatíveis com a CR/88 e, por isso, vigentes. Em outras palavras, a incompatibilidade material entre uma norma infraconstitucional e um tratado ou convenção sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil implica a invalidade daquela.

Nessa esteira, cite-se a valiosa explicação de Mazzuoli (2009, p. 130),

“Frise-se que tais normas domésticas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixam de ser válidas no plano jurídico, mas ainda continuam vigentes nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram ao primeiro momento da primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade com a Constituição). Por isso, a partir de agora, dever-se-á ter em conta que nem toda lei vigente é uma lei válida (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22), e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em tratado de direitos

humanos em vigor no país), não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição). Esse exercício que o juiz doravante deverá fazer na aplicação (ou inaplicação) de uma lei infraconstitucional deverá basear-se no diálogo das fontes já estudado, uma vez que, para se chegar à justiça da decisão, deverá o magistrado compreender a lógica (logos) da dupla (dia) compatibilidade vertical material, a fim de dar ao caso concreto a melhor solução”.

Destaque-se, ainda, que o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade são complementares, como se verifica a seguir:

“Não será a Constituição que excluirá a aplicação de um tratado ou vice-versa, mas ambas essas supernormas (Constituição e tratados) é que se vão unir em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com apenas uma das supernormas já o invalida por completo. Com isto, possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que todo o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, chegando-se, assim, a uma ordem jurídica interna perfeita, que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido” (MAZZUOLI, 2009, p. 131/132).

O controle de convencionalidade, assim como o controle de constitucionalidade, pode ser difuso ou concentrado.

Na primeira hipótese, tem natureza subjetiva, com efeitos restritos às partes, incumbindo a qualquer Juiz sua realização. O paradigma

de controle de convencionalidade pode ser tanto um tratado de direitos humanos constitucionalizado na forma do art. 5º, §3º, da CR/88 quanto o tratado que não equivale às emendas constitucionais, desde que verse sobre direitos humanos.

Consoante Gomes (2009):

“O controle difuso de convencionalidade desses tratados com status supralegal deve ser levantado em linha de preliminar, em cada caso concreto, cabendo ao juiz respectivo a análise dessa matéria antes do exame do mérito do pedido principal. Em outras palavras: o controle difuso de convencionalidade pode ser invocado perante qualquer juízo e deve ser feito por qualquer juiz”.

Na segunda hipótese, por sua vez, o controle de convencionalidade tem natureza objetiva e é exercido pelo STF, que julga válida ou não determinada lei em face do tratado ou convenção sobre direitos humanos, com efeitos *erga omnes* e vinculantes. Os legitimados para a propositura da ação são os mesmos do controle de constitucionalidade (art. 103 da CR/88)^[11] e servem de paradigma apenas os tratados equivalentes às emendas constitucionais.

A esse respeito, Mazzuoli (2009, p.133) faz interessante ponderação:

“Em outras palavras, o que se está aqui a defender é o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea a) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Carta) ingressem com essas medidas sempre

que a Constituição ou quaisquer normas a ela equivalentes (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com quorum qualificado) estiverem sendo violadas por quaisquer normas infraconstitucionais. A partir da Emenda Constitucional 45/04, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea a, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos constitucionalizado pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de constitucionalidade propriamente dito (porque, no exemplo dado, a lei infraconstitucional é compatível com a Constituição, que silencia a respeito de determinado assunto), mas sim diante do controle de convencionalidade das leis, o qual se operacionaliza tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn ou uma ADPF), na medida em que o tratado paradigma em causa é equivalente a uma norma constitucional”.

Feitas tais considerações, importa destacar que a teoria do controle de convencionalidade preconizada por Mazzuoli (2009) não coincide com a posição majoritária da jurisprudência atual do STF, firmada no julgamento do RE 349703 RS, em dezembro de 2008, de Relatoria do Exm^o. Ministro Gilmar Mendes, cuja ementa foi transcrita e analisada neste trabalho no

tópico referente à incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, de acordo com Mazzuoli (2009, p.121),

“No nosso entender, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quorum qualificado de aprovação. A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior seja posterior”.

Assim, todos os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, independente do quórum de aprovação, servem de parâmetro para o controle de convencionalidade. A distinção reside na modalidade de controle, pois somente os tratados equivalentes às emendas constitucionais podem ser objeto de controle concentrado de convencionalidade, como se verifica a seguir:

“Em suma, todos os tratados que formam o corpus juris convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, com as especificações que se fez acima: a) tratados de direitos humanos internalizados com quorum

qualificado são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle difuso), cabendo ADIn no Supremo Tribunal Federal a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; b) tratados de direitos humanos que têm apenas “status de norma constitucional” (não sendo “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição) são paradigma apenas do controle difuso de constitucionalidade/convencionalidade” (MAZZUOLI, 2009, p.134).

Por sua vez, os tratados comuns, ou seja, aqueles que não se relacionam com direitos humanos, possuem status supralegal e servem de parâmetro para o controle de supralegalidade.

Cabe destacar que, conforme esclarece Gomes (2009):

“A CF/88 (no caso do direito brasileiro atual) deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno. Além do texto constitucional, também são paradigma de controle da produção normativa doméstica os tratados internacionais de direitos humanos (controles difuso e concentrado de convencionalidade), bem assim os instrumentos internacionais comuns (controle de supralegalidade).

Para Valério Mazzuoli temos que distinguir quatro modalidades de controle: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade”.

Por outro lado, para a jurisprudência atual do STF, como já analisado em tópico anterior desta monografia, apenas os tratados que versam sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento previsto no

art. 5º, §3º, da CR/88 são material e formalmente constitucionais, vez que equivalem às emendas constitucionais. Já quando os tratados não são aprovados na forma prevista acima, ainda que sejam relativos a direitos humanos, possuem eficácia supralegal e não status de norma materialmente constitucional.

Nesse sentido, os tratados de direitos humanos que possuem eficácia supralegal servem de parâmetro para o controle de supralegalidade, ressaltando-se que este, para Mazzuoli, diversamente do entendimento do STF, analisa a compatibilidade vertical entre tratados de direito comum e as normas infraconstitucionais. São, ainda, parâmetro para o controle difuso de convencionalidade, se considerada que a terminologia “controle de convencionalidade” está relacionada com os tratados de direitos humanos (MAZZUOLI, 2009).

Caso o tratado seja equivalente às emendas constitucionais, é cabível o controle de constitucionalidade e o controle concentrado de convencionalidade.

Cumprir destacar que uma norma pode ser compatível com a CR/88 e incompatível com um tratado de direitos humanos. Na hipótese aventada, a norma será constitucional, caso posterior à promulgação da CR/88, porém inválida por conflitar com o tratado de direitos humanos de status supralegal e, via de consequência, ineficaz.

De toda forma, independente das distinções entre a jurisprudência do STF e a teoria do controle de convencionalidade adotada por Mazzuoli (2009), o reconhecimento do status supralegal dos tratados de direitos humanos não equivalentes às emendas constitucionais representa um grande avanço, na medida em que as normas com eles incompatíveis são inválidas.

Um exemplo emblemático de controle de convencionalidade difuso ou de controle de supralegalidade foi o julgamento dos Habeas Corpus 87585-TO e do RE 466.343-SP em 2008, nos quais foi declarada a ilicitude da prisão civil do depositário infiel.

O art. 5º, inciso LXVII, da CR/88 dispõe que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no ano de 1992, proíbe expressamente a prisão civil do depositário infiel: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Após intensos debates, notadamente considerando os posicionamentos divergentes dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, a da maioria, acompanhando o voto do primeiro, entendeu que não prevalece a exceção constitucional que permite a prisão do depositário infiel, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos tem status supralegal, invalidando as normas infraconstitucionais com ela conflitantes.

Transcreva-se, por oportuno, o seguinte trecho do informativo nº. 531 do STF:

“Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu habeas corpus em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia

do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento”.(HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008)

Diante do exposto, embora o STF tenha decidido que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem status supralegal, portanto, inferior à norma constitucional que permita a prisão civil do depositário fiel, não há legislação infraconstitucional que sustente a referida prisão, pois foi invalidada pela referida Convenção, que tem eficácia paralisante das leis com ela conflitantes.

Por fim, o julgado analisado exemplifica a discussão anterior no sentido de que uma norma pode ser compatível com a CR/88 e incompatível com tratado ou convenção de status supralegal. Logo, a base legal para a prisão civil do depositário infiel, apesar de constitucional e vigente, é inválida por conflitar com a referida convenção.

4 ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

4.1 Adicional de insalubridade

A Constituição da República de 1988 estabelece, em seu art. 7º, inciso XXIII, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o recebimento de “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

De acordo com Correia e Miessa (2013, p.360),

“Atividades insalubres são aquelas que expõem o empregado a agentes nocivos à sua saúde e que ultrapassam o seu limite de tolerância. Exemplo: agentes químicos (chumbo), biológicos (bactérias) e físicos (ruídos). Para a obtenção do adicional de insalubridade, há a necessidade de preencher dois requisitos: a) atividade nociva constatada por perícia; b) necessário que o agente nocivo à saúde esteja incluído na relação oficial do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE”.

Dessa forma, o adicional de insalubridade é devido em razão do desempenho das atividades laborais em condições mais gravosas à saúde do empregado pelo contato com agentes químicos, físicos e biológicos acima dos limites de tolerância, conforme art. 189 da CLT, “in verbis”:

“Art. 189 – Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”.

Os agentes insalubres e os respectivos limites de tolerância são indicados na Norma Regulamentadora (NR) 15 da Portaria 3214/1978 do Ministério do Trabalho, nos termos do art. 190 da CLT.

A neutralização do agente insalubre por meio do fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI) e/ou a adoção de medidas preventivas que mantenham o local de trabalho dentro dos limites de tolerância, na forma do art. 191 da CLT, retiram o direito ao recebimento da parcela em questão (Súmulas 80 e 289 do TST)^[12], já que não há labor em contato com agente insalubre acima dos limites de tolerância.

Consoante dispõe o art. 195, §2º, da CLT, uma vez alegado o labor em condições insalubres, deve o Magistrado determinar a realização

de prova pericial, por se tratar de matéria que demanda conhecimento técnico.

Se constatada a presença do agente insalubre acima dos limites de tolerância, ainda que diverso do alegado na exordial (Súmula 293 do TST)[13], será devido o adicional em questão na forma do art. 192 da CLT, a seguir transcrito:

“Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo”.

Nesse ponto, importa destacar que o adicional de insalubridade integra o salário do empregado. Trata-se do denominado salário-condição, ou seja, é devido apenas enquanto persistir o labor na condição mais gravosa à saúde acima dos limites de tolerância em razão do contato com agente insalubre indicado na NR-15 da Portaria 3214/78, sem caracterizar ofensa ao direito adquirido sua supressão nessas hipóteses (Súmula 248 do TST)[14] ou alteração contratual lesiva. Quando é pago com habitualidade, gera reflexos no cálculo do 13º salário, das férias +1/3, do FGTS e do aviso prévio e integra a base de cálculo das horas extras (Orientação Jurisprudencial nº. 47 da SBDI-1 do TST)[15].

Não obstante o supramencionado art. 192 da CLT fixe como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo, alterando o posicionamento anterior, o STF decidiu, em 2008, que não é permitida a utilização do salário mínimo como base de cálculo da parcela em questão, nos termos do art. 7º, IV, da CR/88, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim (Súmula Vinculante nº. 4)[16], além de proibir a substituição da base de cálculo por decisão judicial.

Em razão disso, o TST alterou a Súmula 228, que passou a ter seguinte redação: “A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da

Súmula Vinculante nº. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

Ocorre que a Súmula do TST foi suspensa por liminar deferida na Reclamação nº. 6266, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria. Posteriormente, em abril de 2018, na Reclamação nº. 6275, foi tornada definitiva a exclusão do salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Isso porque, apesar de inconstitucional a base de cálculo fixada sobre o salário mínimo, o STF também proibiu a sua substituição por decisão judicial (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade).

Cumprе citar a lição de Correia e Miessa (2013, p.361) a esse respeito:

“O Supremo decidiu não adotar nenhum novo parâmetro em substituição ao salário-mínimo. Declarou inconstitucional a norma que estabelece o uso do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade (art. 192 da CLT), mas manteve regendo as relações trabalhistas. Em resumo, até que seja editada norma legal ou convencional estabelecendo parâmetro distinto do salário-mínimo para calcular o adicional de insalubridade, continuará a ser considerado o salário-mínimo para cálculo desse adicional”

Sendo assim, foi declarada a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Isto é, apesar da inconstitucionalidade da base de cálculo fixada sobre o salário mínimo, não pode o Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo e adotar base de cálculo diversa para regulamentar a matéria, ressaltando-se que os acordos e convenções coletivas podem estabelecer outra base de cálculo mais benéfica.

Por sua vez, considerando que se trata de salário-condição, como visto acima, dispõe o art. 194 da CLT que “o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho”.

4.2 Adicional de periculosidade

O recebimento do adicional de periculosidade também é assegurado pelo art. 7º, XXIII, da CR/88, regulamentado na forma da lei ordinária, destinando-se “à compensação pelo risco frequente à vida do trabalhador” (CORREIA; MIESSA, 2013, p. 345).

Nos termos do art. 193 da CLT,

“São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta”

Nesse sentido, há atualmente cinco hipóteses previstas para o recebimento de adicional de periculosidade, nos termos do supracitado art. 193 da CLT e da NR -16 da Portaria 3214/78 do Ministério do Trabalho, quais sejam: a) explosivos; b) inflamáveis; c) energia elétrica; d) roubo e violência física em atividades de segurança pessoal ou patrimonial; e) atividade em motocicleta.

Com relação ao adicional de periculosidade do motociclista, a sua regulamentação ocorreu por meio da Portaria do Ministério do Trabalho nº. 1565/2014, que alterou os itens 16.1 e 16.3 NR 16 da Portaria 3214/78 e acrescentou o anexo V. Ocorre que a Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas não alcóolicas (ABRT) obteve liminar suspendendo a aplicação da Portaria 1565/2014, motivo pelo qual o Ministério do Trabalho editou a Portaria MTE 1930/2014, suspendendo os efeitos da portaria anterior. Em 2015, foi editada a Portaria MTE nº. 5/2015, que revogou a Portaria 1930/2014 e determinou a suspensão dos efeitos da Portaria 1565/2014 para as empresas integrantes da ABRT e de outras duas confederações e, com as diversas liminares, foram acrescentadas outras suspensões por meio da edição de diversas outras portarias.

Da mesma forma que o adicional de insalubridade, o pedido de adicional de periculosidade requer a realização de perícia (art. 195, §2º, da CLT), salvo nos casos em que se postula o adicional do motociclista ou em que há o pagamento espontâneo^[17].

Nos termos do art. 193, §1º, da CLT, a constatação do labor em condições perigosas implica o pagamento de “adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa”. Importa destacar que se trata de salário-condição, devido unicamente no período em que o reclamante trabalha em condições perigosas previstas no art. 193, caput, da CLT.

Em face de sua natureza salarial, o pagamento habitual reflete no cálculo do 13º salário, das férias +1/3, do FGTS e do aviso prévio e integra a

base de cálculo das horas extras (Súmula 132 do TST)[18] e do adicional noturno (Orientação Jurisprudencial nº. 259 da SBDI-1 do TST)[19]

A jurisprudência do TST entende que a exposição eventual ao agente perigoso elide o direito ao recebimento do adicional ora analisado, consoante dispõe a Súmula 364:

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT)“.

Ressalte-se que foi alterado o item II da Súmula 364 do TST que permitia a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao do art. 193, caput, da CLT por meio de negociação coletiva, de forma proporcional ao tempo de exposição ao agente perigoso.

4.3 Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade

Como visto em linhas anteriores, o art. 7º, XXIII, assegura o direito ao recebimento de “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

Quanto à possibilidade de cumulação dos dois primeiros, o art. 193, §2º, da CLT, que trata do adicional de periculosidade, é expresso no sentido de que “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

Nessa esteira, a jurisprudência majoritária tradicional entende que os adicionais de insalubridade e de periculosidade não se cumulam. Isso porque a CR/88 emprega a conjunção “ou” que, embora possa ser usada com valor aditivo, no presente inciso tem o significado tradicional de alternatividade. Tanto é assim que o supratranscrito art. 193, §2º, da CLT dispõe que o empregado que tem direito ao adicional de periculosidade pode optar pelo adicional de insalubridade devido que lhe foi mais benéfico.

Para os defensores desta corrente, a CR/88 deixa para a lei ordinária a regulamentação dos adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade. Assim, não há nenhum óbice para que o empregado tenha que optar pelo adicional de insalubridade ou pelo adicional de periculosidade, na forma do texto de lei expresso, ressaltando-se novamente que o art. 7º, XXIII[20], da CR/88 utiliza uma conjunção alternativa.

Aqueles que adotam o posicionamento ora analisado defendem que o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, estabelecido no art. 7º, XXII, da CR/88, não conflita com o disposto no supratranscrito art. 7º, inciso XXIII, que assegura o direito ao recebimento dos adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade, pois deve-se fazer uma interpretação sistemática da Constituição, assegurando sua integridade, de forma que inexistem dispositivos conflitantes.

Assim, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho se dá por meio da adoção de diversas medidas protetivas do ambiente laboral e

da saúde e segurança do trabalhador, sendo desejável que o empregado não tenha que receber os adicionais, já que remuneram o labor em contato com agente insalubre ou perigoso e não evitam ou suprimem a condição mais gravosa.

Apenas quando é impossível evitar o trabalho em tais condições insalubres ou perigosas ou neutralizá-las, deve ser pago o adicional, na forma da lei que, como já explicitado, faculta ao empregado a escolha do adicional que lhe seja mais benéfico, quando labora em condições tanto perigosas quanto insalubres.

Em outras palavras, o ideal é que o empregado não tenha que laborar em condições prejudiciais à saúde ou que coloquem em risco sua vida, por meio de uma efetiva política de proteção do meio ambiente do trabalho e do uso de equipamentos de proteção (insalubridade), porém, caso isso não seja possível, o empregado deve receber o adicional que lhe for mais benéfico se tiver contato com agentes insalubres e perigosos, inexistindo incompatibilidade entre os incisos XII e XIII do art. 7º da CR/88.

Cite-se, por oportuno, as seguintes ementas do TST que corroboram a impossibilidade de cumulação dos adicionais em questão, sob o fundamento de que o art. 193, §2º, da CLT foi recepcionado pela CR/88:

“AGRAVO - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE - IMPOSSIBILIDADE 1.A C. SBDI-1 firmou o entendimento de não ser possível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, sendo assegurada ao empregado a opção por aquele que lhe seja mais vantajoso. Julgados. 2.A decisão agravada observou o artigo 932, III, IV e VIII, do NCPC e 5º, LXXVIII, da Constituição da República, não comportando reforma ou reconsideração. Agravo a que se nega provimento” (Ag-AIRR - 1321-22.2013.5.02.0006 , Relatora Ministra:

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 10/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIFERENÇAS SALARIAIS POR ACÚMULO DE FUNÇÃO. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. PROVIMENTO. O agravo de instrumento deve ser provido, a fim de que se verifique a existência de violação ao art. 456, parágrafo único, da CLT, assim como de divergência jurisprudencial nas matérias ora discutidas. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÚMULO DE FUNÇÕES. DIFERENÇAS SALARIAIS. FUNÇÕES DE "VIGILANTE DE ESCOLTA" E DE "CHEFE DE EQUIPE". COMPATIBILIDADE COM A CONDIÇÃO PESSOAL DO RECLAMANTE. Não havendo registro de que as atividades de "vigilante de escolta" e de "chefe de equipe" eram incompatíveis entre si ou com a condição pessoal do reclamante, não há falar em acúmulo de funções, nos termos do artigo 456, parágrafo único, da CLT, segundo o qual "à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal". Recurso de revista conhecido e provido. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. O art. 193, §2º, da CLT, ao conceder ao empregado a prerrogativa de optar pelo adicional que lhe for mais favorável, afastou a possibilidade de cumulação. Muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu no rol dos direitos sociais do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, a CLT já continha a previsão de pagamento dos adicionais em questão. Não há como se concluir que haja na atual Carta Constitucional qualquer disposição expressa ou

tácita acerca da não recepção do art. 193, §2º, da CLT, seja porque, ao prever o pagamento dos adicionais, usou a expressão "na forma da lei", sendo, portanto, norma constitucional de eficácia contida (regulamentada, portanto, pela CLT); seja porque se utilizou do conectivo "ou", e não "e", do que se conclui pela utilização de uma conjunção exclusiva, e não inclusiva. Não se ignora que as Convenções Internacionais sobre direitos humanos possuem status de norma supralegal, conforme entendimento do e. STF. No entanto, da leitura dos arts. 8º, III, da Convenção nº 145 e 11, b, da Convenção nº 155, ambas da OIT, não há como se chegar à conclusão de que há a determinação, previsão ou recomendação de pagamento cumulado dos adicionais em questão. As referidas normas tão-somente preveem que sejam considerados os riscos para a saúde do empregado decorrentes de exposição simultânea a diversas substâncias e agentes. Tratam, pois, da individualização dos riscos e não de cumulação de adicionais. Nesse contexto, tendo em vista o quanto expressamente disposto em lei, não há que se falar em cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Recurso de revista conhecido e provido" (RR - 10200-04.2015.5.08.0128 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 05/04/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017)

Com a devida vênia, a jurisprudência majoritária contraria a CR/88 e o status supralegal das convenções da OIT ratificadas pelo Brasil. Na mesma direção, é o posicionamento de Pena (2011, p.81), para quem

"A impossibilidade de cumulação dos adicionais (insalubridade e periculosidade), prevista nas normas aqui transcritas e referendada pela doutrina e jurisprudência, não resiste a uma análise mais acurada

sobre o assunto no sistema normativo brasileiro. Não há qualquer fundamento jurídico, biológico ou lógico que autorize concluir pela impossibilidade de cumulação dos adicionais”.

Os direitos trabalhistas são classificados como direitos humanos, conforme analisado anteriormente neste trabalho, já que intrinsecamente relacionados com a dignidade da pessoa humana. Por estarem preceituados na CR/88, são também direitos fundamentais, o que aumenta o seu grau de exigibilidade, de modo que o indivíduo tem direito subjetivo de requerer sua efetivação no caso concreto pelo Poder Judiciário, respeitado o princípio da inércia da jurisdição.

Ressalte-se novamente que, apesar de não estarem topograficamente elencados no rol do art. 5º da CR/88, os direitos trabalhistas são materialmente fundamentais em face da cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, da CR/88 sem excluir outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, caput, da CR/88), incluindo aqueles previstos nos tratados e convenções que a República Federativa do Brasil incorpore ao ordenamento jurídico interno.

Com relação aos empregados que laboram em condições insalubres e/ou perigosas, cumpre salientar que há sérios riscos à saúde, à segurança e à integridade física dos trabalhadores, o que torna sua tutela de suma importância.

Considerando que os tratados e convenções sobre direitos humanos que foram ratificados pelo Brasil possuem status de norma supralegal, consoante posicionamento adotado pelo STF e analisado em tópico anterior deste trabalho, deve-se atentar para o disposto nas Convenções da OIT nº. 148 e 155.

A Convenção nº. 148 da OIT, que trata da Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº. 93413/1986, estabelece em seu art. 8º, item 3, que:

“Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho” (grifo nosso).

Por sua vez, a Convenção nº. 155 da OIT sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº. 1254/1994 estatui em seu art 11:

“Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

(...)

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes” (grifo nosso).

Nessa esteira, embora a CR/88 nada disponha acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, deixando para a lei ordinária a regulamentação, o art. 193, §2º, da CLT é incompatível com as Convenções da OIT nº. 148 e 155 da OIT acima transcritas em parte. Assim, realizando-se o controle difuso de convencionalidade, o referido art. 193, §2º, da CLT é inválido em face dos

diplomas internacionais em questão, que são expressos no sentido de que o país deve considerar os riscos decorrentes da exposição a diversos agentes nocivos.

Cumpra destacar novamente que as normas devem guardar dupla compatibilidade material vertical para serem consideradas válidas, isto é, tanto com a CR/88 quanto com os tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Ainda que assim não fosse, a CR/88 tem como fundamento a dignidade de pessoa humana (arts. 1º, III[21] e 170[22]) e não restringe a cumulação dos adicionais e questão, até porque dispõe expressamente sobre a proteção à saúde do trabalhador (arts. 7º, XXII[23], 196[24], 197[25] e 200, II[26]).

Não bastasse, o adicional de insalubridade tutela a exposição a agente nocivo à saúde do trabalhador e o adicional de periculosidade remunera o risco acentuado de morte do empregado que presta serviço em ambiente perigoso, inexistindo “bis in idem” segundo Pena (2011, p.85):

“Além da forma de agressão, os adicionais tutelam bens jurídicos também diversos. O adicional de insalubridade busca compensar danos eventualmente impostos à saúde do trabalhador, enquanto o adicional de periculosidade tutela a própria vida e objetiva compensar danos à integridade física do prestador de serviços. Costuma-se falar que é sadio o ambiente de trabalho sem insalubridade e seguro aquele onde não há periculosidade. Vale observar, ainda, que a insalubridade é normatizada de acordo com o grau de nocividade do agente, que atinge o trabalhador em diferentes graus de agressividade. Por seu turno, a periculosidade não considera tal circunstância, sendo de igual ordem para todos os agentes agressores. Outra circunstância que não pode ser ignorada é que a insalubridade pode ser eliminada ou neutralizada - com utilização de EPIs ou adoção de medidas que ajustem o ambiente laboral

dentro dos limites de tolerância. A periculosidade não pode ser eliminada ou neutralizada de igual forma - a não ser que haja substituição dos produtos inflamáveis e eliminação das áreas de risco e atividades perigosas.¹⁴ Os adicionais, como se pode verificar, são devidos por causas e com fundamentos absolutamente diversos”.

Cumpra-se destacar que, nos termos do art. 944 do Código Civil, “a indenização se mede pela extensão do dano”. Ora, se o empregador não adotou as medidas capazes de reduzir ou neutralizar os riscos à saúde e à vida do empregado, deve pagar os adicionais de forma cumulativa, sob pena, inclusive, de violar o direito de redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XII, da CR/88), desestimulando o empregador.

Em idêntico sentido, era o posicionamento adotado pela Sétima Turma do TST:

“I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A CLT. CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT. A Sétima Turma, no julgamento do processo TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, da lavra do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, decidiu ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. No entanto, o Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário da Reclamada para declarar a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, facultando ao Autor a opção pelo adicional mais benéfico, na fase processual de liquidação. Demonstrada possível ofensa ao art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento, para determinar o

processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A CLT. CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT. A Sétima Turma, no julgamento do processo TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, da lavra do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, decidiu ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Portanto, admite-se a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, ante o reconhecimento de que a norma do art. 193, §2º, da CLT não é compatível com as regras e princípios carreados na Constituição Federal, gerando uma verdadeira incompatibilidade material entre o referido dispositivo e as normas constitucionais. Dessa forma, tendo o TRT declarado a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, verifica-se que o posicionamento adotado pela Corte de origem afronta o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido” (RR - 41-83.2013.5.04.0871 , Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 20/04/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016)

“RECURSO DE REVISTA - PROCESSO SOB VIGÊNCIA DA LEI Nº 13015/2014 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT - JURISPRUDÊNCIA DO STF - OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT - COMPENSAÇÃO INDEVIDA. No julgamento do RR-1072-72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio

Mascarenhas Brandão, a 7ª Turma do TST firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Além disso, a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Assim, não se aplica mais a mencionada norma da CLT, sendo possível o pagamento conjunto dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista não conhecido" (RR - 20184-08.2014.5.04.0403 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 13/04/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2016).

Em julgamento realizado em abril de 2016, a Subseção I de Dissídios Individuais do TST entendeu pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, salvo se derivados de causa de pedir distintas, como se verifica da leitura da ementa:

*"ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E
INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART.
193, § 2º, DA CLT. ALCANCE*

1. No Direito brasileiro, as normas de proteção ao empregado pelo labor prestado em condições mais

gravosas à saúde e à segurança deverão pautar-se sempre nos preceitos insculpidos no art. 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal: de um lado, a partir do estabelecimento de um meio ambiente do trabalho equilibrado; de outro lado, mediante retribuição pecuniária com vistas a “compensar” os efeitos nocivos decorrentes da incontornável necessidade de exposição do empregado, em determinadas atividades, a agentes nocivos à sua saúde e segurança.

2. No plano infraconstitucional, o art. 193 da CLT, ao dispor sobre o direito à percepção de adicional de periculosidade, assegura ao empregado a opção pelo adicional de insalubridade porventura devido (§ 2º do art. 193 da CLT).

3. A opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Os preceitos da CLT e da Constituição, nesse ponto, disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas: enquanto o art. 193, § 2º, da CLT regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo, o inciso XXII do art. 7º impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. O inciso XXIII, a seu turno, cinge-se a enunciar o direito a adicional “de remuneração” para as atividades penosas, insalubres e perigosas e atribui ao legislador ordinário a competência para fixar os requisitos que geram direito ao respectivo adicional.

4. Igualmente não se divisa descompasso entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções nos 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa

dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos. Não há, pois, em tais normas internacionais preceito em contraposição ao § 2º do art. 193 da CLT.

5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir.

6. Solução diversa impõe-se se se postula o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, concomitantemente, com fundamento em causas de pedir distintas. Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais – arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Do contrário, emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido a dois ou mais agentes nocivos, díspares e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional. Assim, se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado

e autônomo, em tese há direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais.

7. Incensurável, no caso, acórdão de Turma do TST que nega a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade se não comprovada, para tanto, a presença de causa de pedir distinta.

8. Embargos do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento". (TST, SDI-I, E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 28/04/2016, DEJT 17/06/2016).

Ocorre que, posteriormente, a SBDI-1 do TST reafirmou a jurisprudência majoritária no sentido da impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, sem qualquer ressalva:

"ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART. 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE 1. No Direito brasileiro, as normas de proteção ao empregado pelo labor prestado em condições mais gravosas à saúde e à segurança deverão pautar-se sempre nos preceitos insculpidos no art. 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal: de um lado, a partir do estabelecimento de um meio ambiente do trabalho equilibrado; de outro, mediante retribuição pecuniária com vistas a "compensar" os efeitos nocivos decorrentes da incontornável necessidade de exposição do empregado, em determinadas atividades, a agentes nocivos à sua saúde e segurança. 2. No plano infraconstitucional, o art. 193 da CLT, ao dispor sobre o direito à percepção de adicional de periculosidade, assegura ao empregado a opção pelo adicional de insalubridade porventura devido (§ 2º do

art. 193 da CLT). 3. A opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Os preceitos da CLT e da Constituição, neste ponto, disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas: enquanto o art. 193, § 2º, da CLT regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo, o inciso XXII do art. 7º impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. O inciso XXIII, a seu turno, cinge-se a enunciar o direito a adicional "de remuneração" para as atividades penosas, insalubres e perigosas e atribui ao legislador ordinário a competência para fixar os requisitos que geram direito ao respectivo adicional. 4. Igualmente não se divisa descompasso entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções nos 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos. Não há, pois, em tais normas internacionais, preceito em contraposição ao § 2º do art. 193 da CLT. 5. No que toca precisamente ao alcance da norma insculpida no artigo 193, § 2º, da CLT, a SbDI-1 do TST firmou entendimento segundo o qual o preceito legal em questão veda, em toda e qualquer circunstância, a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, independentemente de o pedido de cumulação de adicionais derivar de uma única causa de pedir ou de causas de pedir distintas (Precedente: ERR-1072-72.2011.5.02.0384, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, julgado em 13/10/2016). Ressalva de entendimento pessoal do Relator em sentido

contrário. 6. Embargos do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento" (E-ARR - 630-18.2012.5.03.0102 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 13/10/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 28/10/2016).

E este é o entendimento que vem prevalecendo:

"EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ARTIGO 894, §2º, DA CLT. INCIDÊNCIA. 1. Acórdão embargado em que foi rechaçada a pretensão de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. 2. A SBDI-1, na sessão de 13/10/2016, no julgamento do processo nº E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, por apertada maioria, firmou o entendimento no sentido da impossibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Conquanto vencido, este Relator não está convencido da tese ampla abraçada pela SBDI-1, que veda a cumulação inclusive quando o agente perigoso e o insalubre decorram de fatos geradores distintos. Nessa hipótese, ressalvo meu entendimento, pois a cumulação não importaria em remuneração em duplicidade, haja vista que os fatos geradores apurados em concreto são oriundos de causas eficientes autônomas, de modo que não deve incidir o art. 193, § 2º, da CLT. 3. No caso em exame, não há notícia de que, em concreto, os fatos geradores do adicional de insalubridade e de periculosidade possuam causas eficientes autônomas, razão pela qual deve o empregado optar por um dos adicionais. Assim, como o acórdão da Turma está em consonância com a iterativa e notória jurisprudência do TST, o recurso de embargos não alcança

conhecimento, incidindo o óbice do § 2º do artigo 894 da CLT. Recurso de embargos não conhecido” (E-ARR - 23-41.2014.5.17.0006 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 24/08/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 01/09/2017)

Em outubro de 2017, foi acolhida proposta de afetação para instauração de Incidente de Recurso Repetitivo pela Subseção I de Dissídios Individuais do TST (Tema 17: “Cumulação de Adicionais de Periculosidade e de Insalubridade amparados em fatos geradores distintos e autônomos”), estando ainda pendente de julgamento.

Com a devida vênia, as Convenções da OIT nº. 148 e 155, embora não sejam expressas quanto à possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, determinam que a legislação do país leve em consideração a exposição do empregado a diversos agentes nocivos. Via de consequência, se não for possível a redução ou neutralização do risco à saúde e à vida do empregado, deve este ser remunerado pela exposição de forma cumulativa.

Portanto, trata-se de uma decorrência lógica do disposto nas convenções da OIT acima mencionadas a possibilidade do recebimento cumulativo os adicionais de periculosidade e insalubridade.

Nesse sentido, considerando que tais convenções possuem status supralegal, nos termos da jurisprudência majoritária adotada pelo STF, não pode prevalecer o posicionamento no sentido de que o empregado, caso labore concomitantemente exposto a agente perigoso e insalubre, tenha que optar pelo adicional mais benéfico.

CONCLUSÃO

Os direitos trabalhistas são classificados como direitos humanos, conforme analisado anteriormente neste trabalho, já que intrinsecamente relacionados com a dignidade da pessoa humana. Por estarem preceituados na CR/88, são também direitos fundamentais, o que aumenta o seu grau de exigibilidade, de modo que o indivíduo tem direito subjetivo

de requerer sua efetivação no caso concreto pelo Poder Judiciário, respeitado o princípio da inércia da jurisdição.

A CR/88 estabelece, em seu art. 7º, inciso XXIII, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o recebimento de “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

O adicional de insalubridade é devido em razão do desempenho das atividades laborais em condições mais gravosas à saúde do empregado pelo contato com agentes químicos, físicos e biológicos acima dos limites de tolerância.

Quanto à possibilidade de cumulação, o art. 193, §2º, da CLT, que trata do adicional de periculosidade, é expresso no sentido de que “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

Nessa esteira, a jurisprudência majoritária tradicional entende que os adicionais de insalubridade e de periculosidade não se cumulam. Isso porque a CR/88 emprega a conjunção “ou” que, embora possa ser usada com valor aditivo, no presente inciso tem o significado tradicional de alternatividade. Tanto é assim que o supratranscrito art. 193, §2º, da CLT dispõe que o empregado que tem direito ao adicional de periculosidade pode optar pelo adicional de insalubridade devido que lhe foi mais benéfico.

Ocorre que o Brasil ratificou as Convenções da OIT nº. 148 e 155, segundo as quais devem ser considerados os diversos riscos a que os empregados são expostos no ambiente laboral.

Para a jurisprudência atual do STF, os tratados que não são aprovados segundo o quórum qualificado das emendas constitucionais, ainda que sejam relativos a direitos humanos, possuem eficácia supralegal.

As normas supralegais são hierarquicamente superiores às leis ordinárias e complementares. Partindo dessa premissa, possuem eficácia paralisante dos efeitos da norma legal incompatível com os tratados e

convenções internacionais. Ou seja, embora os tratados e convenções incorporados ao direito interno não revoguem as leis ordinárias com eles conflitantes, por estarem em planos normativos distintos, suspendem sua eficácia.

Diante do exposto, com a devida vênia ao entendimento consubstanciado na jurisprudência dominante do TST, o art. 193, §2º, da CLT é incompatível com as Convenções da OIT nº. 148 e 155 da OIT acima transcritas em parte. Assim, realizando-se o controle difuso de convencionalidade, o referido dispositivo é inválido em face dos diplomas internacionais em questão, que são expressos no sentido de que o país deve considerar os riscos decorrentes da exposição a diversos agentes nocivos.

Cumprido destacar novamente que as normas devem guardar dupla compatibilidade material vertical para serem consideradas válidas, isto é, tanto com a CR/88 quanto com os tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Ainda que assim não fosse, a CR/88 tem como fundamento a dignidade de pessoa humana (arts. 1º, III e 170) e não restringe a cumulação dos adicionais e questão, até porque dispõe expressamente sobre a proteção à saúde do trabalhador (arts. 7º, XXII, 196, 197 e 200, VIII, todos da CR/88).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais no século XXI**. Disponível em: < Acesso em: 14 de março de 2017.

BARBOSA JÚNIOR, Márcio Mateus. Incorporação de tratados e o entendimento brasileiro sobre o direito internacional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em:

artigos_leitura&artigo_id=12077>. Acesso em 10 abr 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 30 set. 1994. Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09ago. 1943. Disponível em: . Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SÚMULA VINCULANTE Nº 4. Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Disponível em:

sumula=1195>. Acesso em:12 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal do Trabalho. Súmula nº 80. INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional. [guest/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>](#). Acesso em: 10 jun. 2017

BRASIL. Tribunal do Trabalho. Súmula nº 132. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 174 e 267 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras (ex-Prejulgado nº 3). (ex-Súmula nº 132 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982/ DJ 15.10.1982 - e ex-OJ nº 267 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002). II - Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas. (ex-OJ nº 174 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000). Disponível em: . Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 248. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial. Disponível

em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/busca?q=Insalubridade.direito+A+dquirido>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 289. INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado. Disponível em: +FORNECIMENTO

+DO+APARELHO+DE+PROTE%³%⁸⁷%³%⁸³>. Acesso em: 10 jun. 2017

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 293. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade. Disponível em: [sumula.asp?idmodelo=296](#)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 453. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 453) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a

realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>>. Acesso em: 15 jul. 2017

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ-SDI1-47. HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) – Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade. Disponível em: .Acesso em: 10 jun. 2017

BRASIL. Tribunal do Trabalho. OJ-SDI1-259 ADICIONAL NOTURNO. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO (inserida em 27.09.2002). Disponível em: . Acesso em: 7 jul. 2017

BRASIL. Tribunal do Trabalho. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A CLT. CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jjurisprudencia/>

359241150/recurso-de-revista-rr-5738020155190059/inteiro-teor-359241170?ref=juris-tabs. Acesso em: 7 jun. 2017

BRASIL. Tribunal do Trabalho. AGRAVO - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE - IMPOSSIBILIDADE 1.A C. SBDI-1 firmou o entendimento de não ser possível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, sendo assegurada ao empregado a opção por aquele que lhe seja mais vantajoso. Julgados. 2.A decisão agravada observou o artigo 932, III, IV e VIII, do NCP e 5º, LXXVIII, da Constituição da República, não comportando reforma ou reconsideração. Agravo a que se nega provimento (Ag-AIRR - 1321-22.2013.5.02.0006 , Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 10/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017). Disponível em:

<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/487882094/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-17808920155180141/inteiro-teor-487882094#>>. Acesso em 7 jun. 2017.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. 525 p.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os direitos sócio-trabalhistas como dimensão dos direitos humanos**. In ALVARENGA, Rubia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coordenadoras). *Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT Comentadas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 63/64.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. 1536p.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988**. Disponível em: Acesso em: 24 de julho de 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Gen Jurídico, 2013. 1079 p.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal**. Disponível em : . Acesso em: 27 jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: Valério Mazzuoli “versus” STF**. Disponível em:. Acesso em: 10 abr 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 79, no 3, jul/set 2013. 258p. Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/50181>>. Acesso em: 8 jun.2018

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496913>>. Acesso em: 26 jun. 2017

MEDEIROS, Fábio Andrade. **Monismo e dualismo no direito internacional e a jurisprudência do supremo tribunal federal sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional**. Direito internacional e direitos humanos III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Alessandra Correia Lima Macedo Franca, Eugenia Cristina Nilsen Ribeiro Barza. – Florianópolis : CONPEDI, 2014. p.181-195 Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=259>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A OIT no Brasil. Trabalho decente para uma vida digna**. Disponível em:

SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/Relatório.%20OIT%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo**. Preâmbulo. Disponível em:

www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>.

Acesso em: 5 jul.2017

OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. SILVA, Lucas Sávio Oliveira. O sistema brasileiro de incorporação de tratados. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, p. 11-40, jan./jun. 2011.

PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de adicionais na relação de emprego – respeito ao direito humano à saúde do trabalho. **Revista do**

Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Região. Belo Horizonte, v.54, n.84, p.79-106, jul./dez.2011. p. 81-85.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. Revista dos Tribunais. ANO 7- N. 29 – OUT/DEZ 1999. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.** São Paulo, n. 29, p. 55-65, out-dez 1999. p. 55

NOTAS:

[1] Art. 193, §2º, da CLT “O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”.

[2] Art. 60, §4º, da Constituição: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

[3] Art. 5º da Constituição: “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: (...) LVI- são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

[4] Art. 19 da Constituição da OIT: “5. Tratando-se de uma convenção: a) será dado a todos os Estados-Membros conhecimento da convenção para fins de ratificação; b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza; c) os Estados-Membros darão conhecimento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho das medidas tomadas, em virtude do presente artigo, para submeter a convenção à autoridade ou autoridades competentes, comunicando-lhe, também, todas as informações sobre as mesmas autoridades e sobre as decisões que estas houverem tomado; d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal

da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção”.

[5] Art. 84 da Constituição: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”

[6] Art. 98 do CTN: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

[7] Art. 5º, §3º, da Constituição: “ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

[8] Art. 60 da Constituição: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros” (...)

[9] Art. 102 da Constituição: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

[10] Art. 102, § 2º, da Constituição: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

[11] Art. 103 da Constituição: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o

Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

[\[12\]](#) Súmula nº 80 do TST INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

“A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional”.

Súmula nº 289 do TST INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

“O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado”.

[\[13\]](#) Súmula nº 293 do TST ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

“A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade”.

[\[14\]](#) Súmula nº 248 do TST ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

“A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial”

[\[15\]](#) OJ-SDI1-47 HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008)

– Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. “A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade”.

[16] SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

[17] ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 453) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. “O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas”.

[18] ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 174 e 267 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

“I - O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras (ex-Prejulgado nº 3). (ex-Súmula nº 132 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982/ DJ 15.10.1982 - e ex-OJ nº 267 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002)

II - Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas. (ex-OJ nº 174 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)”

[19] ADICIONAL NOTURNO. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO (inserida em 27.09.2002). “O adicional de periculosidade deve compor a base de cálculo do adicional noturno, já que também neste horário o trabalhador permanece sob as condições de risco”.

[20] Art. 7º da Constituição: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”

[21] Art. 1º da Constituição: “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”.

[22] Art. 170 da Constituição: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

[23] Art. 7º da Constituição: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei”.

[24] Art. 196 da Constituição: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

[25] Art. 197 da Constituição: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

[26] Art. 200 da Constituição: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”.

O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DA UE ANALISADO A PARTIR DE VISÕES HABERMASIANAS E KANTIANAS.

**PEDRO HENRIQUE FACHINI
LUSTOSA DA COSTA:**
Bacharelado pela Faculdade de
Direito - UnB

Resumo: O presente artigo busca, a partir das ideias de Habermas e Kant, analisar o problema da representatividade na UE. Utilizando-se de uma análise sistêmica para perceber quais as causas de problemas atuais, como o aumento dos eurocéticos, e como esse sistema pode ser alterado para superar esses problemas.

Palavras-chave: Legislativo; União Europeia; Euroceticismo; Habermas; Kant; Democracia.

Sumário: 1. Introdução. 2.Desenvolvimento. 3.Conclusão. 4.Referências Bibliográfica

Introdução

O déficit democrático é uma expressão que faz referência às situações em que a participação popular não está presente nas decisões tomadas pelos representantes eleitos. Essa expressão foi cunhada pelo cientista político britânico David Marquand. As decisões tomadas pelos representantes costumam ser executivas ou legislativas, mas esse problema de representação costuma ser mais perceptível na esfera legislativa, logo, essa será a esfera focalizada neste artigo.

As causas para esse déficit são diversas. O presente artigo, no entanto, focará principalmente nas relações interpessoais e sociais entre esfera Estatal e privada como causa dessa falta de participação popular no processo legislativo.

No intuito de fazer com que a análise não seja tão distante da realidade e de facilitar o entendimento, a União Europeia será utilizada como exemplo. A UE foi escolhida para ser a base dos exemplos pois a

discussão sobre déficit democrático, após o BREXIT principalmente, vem sendo muito abordada. Para utilizar a UE como exemplo, no entanto, é preciso compreender como funciona o processo legislativo e como é feita a escolha dos membros que compõem as instituições atuantes no processo legislativo.

Existem dois tipos de processos legislativos na UE: o Procedimento Legislativo Ordinário, que é o mais utilizado, e o Procedimento Legislativo Especial. O PLO é caracterizado pela colegislação feita pelo Parlamento e pelo Conselho de Ministros. Nesse processo, a Comissão tem a iniciativa legislativa e cria uma proposta de lei. Essa proposta segue para o Parlamento que pode aprovar ou alterá-la e que depois envia a proposta, com ou sem alterações, para o Conselho. Cabe ao Conselho aceitar ou não a posição do Parlamento, caso não aceite, a proposta retorna ao Parlamento que a altera e a reenvia ao Conselho. Esse movimento pendular repete-se no máximo três vezes e a proposta de lei é abandonada caso não seja aprovada nessas três leituras. O PLE é utilizado para a elaboração de leis que abordam temas específicos e ele não é um processo de colegislação. No PLE, a Comissão elabora a proposta e cabe ao Conselho aprová-la, enquanto o Parlamento pode apenas proferir pareceres a respeito desse processo.

A composição dos membros das instituições participantes no processo legislativo é feita de forma diferente em cada uma. No Parlamento, os parlamentares são escolhidos por eleição direta em que cada país, de acordo com a população, tem uma quantidade determinada de parlamentares para eleger. No Conselho de Ministros, os membros são os ministros de Estado – como ministros de finanças, agricultura, saúde e meio ambiente - dos países membros da UE, logo, eles são escolhidos pelo chefe do Executivo de cada país. Na Comissão, o Conselho Europeu, composto pelos chefes de Governo e de Estado da UE, escolhe um presidente, que escolhe o restante dos membros que comporão a Comissão. Tanto o presidente, quanto os demais membros, têm de ser sabatinados e aprovados pelo Parlamento.

A análise desse problema enfrentado por diversas nações será feita a partir das ideias desenvolvidas por Habermas e Kant em suas obras.

Baseando-se nas visões a respeito da forma com que as leis e o processo de elaboração delas relacionam-se com a sociedade.

Desenvolvimento

Kant entende que as leis jurídicas são uma categoria das leis morais. Isso significa que as leis jurídicas também precisam ser necessárias e precisam ter uma base *a priori* para ter força de lei. (KANT, 2014, p. 57)

Nas leis morais, além das leis jurídicas, há também as leis éticas. Elas se diferenciam porque as leis éticas são o próprio fundamento para as ações que estão de acordo com essa lei, enquanto as leis jurídicas são dirigidas a ações externas e são observadas porque há um temor a respeito da sanção. Dessa forma, o autor define que uma ação moral está de acordo com a lei ética, enquanto uma ação legal está de acordo com a lei jurídica. (KANT, 2014, p. 63)

As leis jurídicas, para Kant, buscam retirar a sua validade da garantia da liberdade. Isso significa que as leis têm de garantir a liberdade de cada um perante outros indivíduos e perante o Estado, logo, cabe à legislação sancionar aqueles que atentarem contra a liberdade de terceiros. (HABERMAS, 1997, p. 49)

Após a concentração do poder coercitivo nas mãos do Estado, tornou-se necessário estabelecer uma forma de garantir que as leis criadas fossem voltadas para a manutenção das liberdades. Kant entende que a imposição do Direito pelo Estado e as leis são válidas quando há o processo de normatização, que pressupõe garantir a liberdade e fundar legitimidade. Essa definição do que é válido é importante para que haja um ente responsável por solucionar conflitos de liberdades e evitar que as pessoas resolvam os conflitos entre si e para que esse ente não abuse do poder. (HABERMAS, 1997, p. 48)

Habermas tem uma visão de sociedade diferente da de Kant. Aquele, influenciado pelas ideias de Luhmann, entende que a sociedade se organiza em sistemas funcionalmente específicos que se relacionam a partir da razão comunicativa. (HABERMAS, 1997, p. 18) Kant, no entanto, tem a visão de

sociedade que predominava na época dele, a visão de que o Estado tem o papel central e mais importante na organização social.

A razão comunicativa abarca todas as comunicações intersubjetivas para estabelecer a base de uma ordem social. Essa base resulta do engate contínuo dos planos de ações de diversos indivíduos. Isso significa que os indivíduos se comunicam e, a partir da forma com que eles entenderam que os outros vão agir, definem como irão agir. Seguindo a ideia de um efeito dominó, uma definição de ação comunicada influencia a outra, que influencia a outra e assim por diante, logo, a consequência é que se estabelece uma estrutura de ações coordenadas que vai ser a base da sociedade. (HABERMAS, 1997, p. 36)

Essa base, no entanto, é frágil e volátil demais para erigir uma sociedade. Surge então o Direito como um dos atores principais nesse processo de estruturação da sociedade. Isso acontece porque o Direito positivo permite a criação de estruturas artificiais a partir do temor às sanções e a partir do respeito a um suposto pacto social. (HABERMAS, 1997, p. 25)

A comunicação, por ser o começo da base da sociedade e por continuar sendo o meio de relação intersubjetivo, gera um pano de fundo consensual no mundo da vida. Isso significa que no mundo da vida, que é o contexto em que se dão as comunicações, de certa sociedade há uma série de pontos em que, por motivos culturais e históricos, há um posicionamento comum e geral. Esse consenso geral permite maior integração social e a consequente manutenção das sociedades. (HABERMAS, 1997, p. 40)

A partir dessa exposição das ideias de Habermas, surge uma conexão interessante entre os conceitos expostos e a organização da UE. Essa conexão é a de se é possível estabelecer uma sociedade europeia sólida considerando que essa sociedade representa a união de diversas culturas diferentes, ou seja, diversos panos de fundo consensuais. A dúvida aparece porque o pano de fundo, que resulta da comunicação, age como base inicial da sociedade e age na manutenção da sociedade, logo, questiona-se

a possibilidade de manutenção de uma sociedade com panos de fundo tão diferentes.

Eu entendo que é possível estabelecer uma sociedade europeia forte e duradoura mesmo com diversos panos de fundo, no entanto, para isso acontecer, alguns requisitos são necessários. A compensação da falta de um pano de fundo consensual deve ser feita pelo Direito. De forma mais específica, a compensação deve ser feita por uma organização institucional democrática e representativa que elabore leis consideradas legítimas pela população.

Os dois autores concordam na definição da legitimidade do Direito. Ambos entendem que, para o Direito ser legítimo, ele tem de ter a função de garantir liberdades e tem de seguir o *pensamento democrático*. (HABERMAS, 1997, p. 53)

Garantir liberdades, como já exposto, é a ideia de que os sujeitos podem agir livremente, desde que não restrinjam a liberdade de outros. Além disso, cabe ao Estado usar o poder de coerção contra os indivíduos que estão restringindo a liberdade de outros. Essa busca de garantir a liberdade, então, é uma das formas de garantir legitimidade ao Direito.

Na situação da UE, a garantia de liberdades não é um problema. Isso acontece porque, desde os primeiros tratados, o bloco sempre teve a intenção de seguir um caminho liberal. Dessa forma, os princípios base da EU são a livre circulação de serviços, pessoas, mercadorias e capitais e eles fazem com que a questão da restrição de liberdades não seja um problema.

O outro ponto necessário para garantir a legitimidade do Direito é o do respeito ao *pensamento democrático*. Isso significa que é necessária uma vontade comum a todos os cidadãos para que seja construída uma ordem jurídica legítima. Essa noção comum aos dois autores dá a entender que é necessária a democracia direta para gerar essa legitimidade, no entanto, a forma direta de participação não é viável nos atuais Estados nação, logo, utiliza-se o sistema representativo. No sistema representativo, para haver a vontade comum e para gerar a legitimidade ao Direito, é necessário que os indivíduos sintam-se representados pelos representantes.

Esse ponto da representatividade que gera problemas na UE. Isso acontece porque o modelo de organização dessa união preza mais pela democracia do que pela participação popular. Esse menosprezo pelo povo fica claro na forma com que são elaboradas as normas que regem a UE. Enquanto a elaboração das propostas fica a cargo de um grupo de pessoas escolhidas pelo Executivo dos Estados membros, o povo só participa, por meio do Parlamento, fazendo alterações e aprovando ou recusando a proposta. Ainda há casos em que o Parlamento apenas dá pareceres, logo, a participação da população é praticamente nenhuma.

Esse pouco espaço que a participação popular tem nas definições dos caminhos da UE gera o déficit democrático. O déficit acontece porque as pessoas veem que não é efetivo ir votar em representantes para o Parlamento, pois essa instituição tem pouca força na hora de definir o destino da união e as decisões importantes acabam sendo tomadas pelas instituições que não foram eleitas pelo povo independente do posicionamento do Parlamento. Uma evidência do crescimento desses desinteresse é o de que os europeus votam menos para as eleições da UE do que votam nas eleições nacionais. Dessa forma, as pessoas se distanciam da união e entendem que as decisões tomadas pela UE não são as que elas tomariam se fossem realmente representadas. Dessa forma, o Direito produzido pela UE tem falta de legitimidade por ter falta de democracia.

A crítica às decisões tomadas pela UE gera o enfraquecimento da estrutura social europeia. Esse enfraquecimento pode ser entendido como resultado de um efeito cascata que começa no desenho institucional da UE, que afasta a participação popular. A cascata funciona assim: o desenho institucional da UE dá pouca força para o Parlamento; a pouca força do Parlamento faz com que as pessoas não tenham motivos para votar nas eleições para representantes europeus; não votar faz com que as pessoas entendam que as decisões tomadas pela união não representam o povo, mas representam a vontade dos burocratas; o Direito então perde legitimidade pois é uma representação apenas da vontade dos burocratas; e, como consequência da falta de legitimidade do Direito, há o enfraquecimento do sistema social europeu.

Conclusão

O enfraquecimento da sociedade europeia é o principal motivo para o aumento das críticas à UE. Além do caso extremo de abandono do bloco, como foi o caso do Reino Unido, há o crescimento do descontentamento da população com a organização da união. A maior parte da população europeia, como evidenciado em um estudo feito pelo Pew Research Center, entende que alguns poderes da UE deveriam retornar para os países, pois os europeus não estão de acordo com as decisões que estão sendo tomadas. O descontentamento cresce ainda mais quando se trata de assuntos mais sensíveis, como a questão dos refugiados e a situação econômica da Europa.

A democracia, mesmo estando presente na grande maioria dos países, ainda é um tema que merece ser aprofundado. Isso é necessário porque ela ainda pode ser a solução para diversos problemas atuais. A relação entre a falta de democracia e os problemas vividos pela UE fica evidente como o exposto a partir das teorias de Kant e Habermas. Cabe agora portanto buscar formas viáveis de intensificar a participação popular para garantir a manutenção desse bloco.

Referências Bibliográficas

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel. *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MARTIN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Linán. *Instituciones y Derecho de la Union Europea*. Madrid: Tecnos, 2012.

RANKIN, Jennifer. **Is the EU undemocratic?**. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/world/2016/jun/13/is-the-eu-undemocratic-referendum-reality-check#img-1> >. Acesso em: 13 Jun. 2017.

STOKES, Bruce. **Euroskepticism Beyond Brexit**. Disponível em: < <http://www.pewglobal.org/2016/06/07/euroskepticism-beyond-brexit> >. Acesso em: 14 Jun. 2017.

BOMBONS COM LARVAS GERAM INDENIZAÇÃO

VERONICA BETTIN SCAGLIONI:

Graduada em Bacharel em Direito pela Ucpel, Pós Graduada em Direito Público pela Uniderp. Advogada atuante nas áreas cível e trabalhista.

Um alerta aos consumidores que muitas vezes desconhecem seus direitos ao comprarem um bombom de chocolate e verificarem a presença de larvas vivas. A responsabilidade do fabricante do produto é objetiva, ou seja, afasta a necessidade da comprovação de culpa pelo evento danoso, advindo do nexo de causalidade do defeito do produto e do dano causado ao consumidor, nos termos do art. 12 do CDC. O alegado vício do produto teria ocorrido durante o processo de fabricação ou ser decorrente do armazenamento do produto no estabelecimento comercial.

Quando é configurada a responsabilidade solidária do fabricante e do comerciante, porquanto originada em fato ou vício do produto, nos temos firmados pelo art. 18 do CDC:

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

Cabe lembrar que a responsabilidade pelo fato do produto, em razão de acidente de consumo, inaplicável ao caso as regras do art. 26 do CDC, uma vez que tal instituto diz respeito aos casos de reclamação de vício aparente.

O consumidor ajuíza nos juizados especiais cíveis uma ação indenizatória, pois o produto adquirido não ofereceu a segurança que dele se esperava, tendo em vista a existência de larvas no chocolate.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. LARVAS E TEIAS EM BARRA DE CHOCOLATE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO COMERCIANTE AFASTADA. DEFEITO DE SEGURANÇA ALIMENTAR. INGESTÃO DO PRODUTO PELOS CONSUMIDORES. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO ESPECÍFICO. QUANTUM MANTIDO. 1. Ilegitimidade passiva do comerciante. Tendo em vista que se está diante de responsabilidade por vício do produto, toda a cadeia de fornecedores responde solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo. Inteligência do art. 18, caput e § 6º, do CDC. No caso, sendo a corré Companhia Zaffari Comércio e Indústria a responsável pelo armazenamento, conservação e exposição do produto em suas gôndolas, é igualmente responsável por eventual inadequação deste produto ao fim a que se destina, notoriamente porque a perícia sanitária não foi conclusiva quanto ao momento em que ocorrida a contaminação da barra de chocolate. 2. Regime de responsabilidade do fornecedor. Tratando-se de defeito de segurança alimentar, a responsabilidade dos fornecedores é objetiva, na forma do art. 12 do CDC. 3. Danos morais. 3.1. Caso no qual o conjunto probatório respalda a tese inicial quanto à presença de larvas e teias na barra de chocolate e a respectiva ingestão do alimento contaminado, fazendo jus à reparação por dano moral ante a natural repulsa e nojo por ingestão de alimento impróprio. Indenização que atende à função compensatória e punitivo/pedagógica da reparação. 3.2. Quantum fixado na sentença (R\$ 8.000,00, metade para cada autora) que vai mantido, observados os postulados

da razoabilidade, proporcionalidade e parâmetros da Câmara no enfrentamento de situações similares. PRELIMINAR REJEITADA, APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70072903016, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 24/05/2017)

Convém ressaltar que a relação havida entre as partes é de consumo, incidindo as disposições da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, como também é aplicável o disposto no art. 6º inc. VIII, que coloca entre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus interesses em juízo, inclusive com direito à inversão do ônus da prova.

A demanda fundada em defeito do produto incide a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos a que, por ação ou omissão tiverem dado causa.

Nesse sentido, para a vítima basta a comprovação do evento lesivo e do nexo etiológico entre este e a conduta do agente, ao passo que o fornecedor somente se livrará da responsabilidade se comprovar que não colocou o produto no mercado, que o defeito não existe ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Cabe, portanto, ao consumidor levar ao poder judiciário nos juizados especiais cíveis e requerer os seus direitos. Na maioria dos casos a empresa é condenada a restituir o valor pago pelo consumidor e ainda indenizá-lo.

A NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO "DIÁLOGO COMPETITIVO" CRIADA PELO PROJETO DE LEI Nº 6.814/2017 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES)

EDUARDO ANDRÉ CARVALHO SCHIEFLER:
Bacharelando do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC).

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a criação da nova modalidade de licitação "diálogo competitivo", prevista no Projeto de Lei nº 6.814/2017, que pretende modernizar a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993) e que está em trâmite no Senado Federal. O diálogo competitivo é uma modalidade de licitação inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, que muito se assemelha ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), mas que com ele não se confunde. Trata-se de uma previsão que pretende conferir eficiência ao atual sistema brasileiro de contratações públicas. A metodologia utilizada é a bibliográfica e legislativa, com método dedutivo.

Palavras-chaves: Nova Lei de Licitações; Projeto de Lei nº 6.814/2017; Lei Federal nº 8.666/2017; Diálogo competitivo; Nova modalidade de licitação.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Projeto de Lei nº 6.814/2017: a criação da modalidade de licitação "Diálogo Competitivo"; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva explorar a nova modalidade de licitação, denominada "diálogo competitivo", prevista no Projeto de Lei nº 6.814/2017, que está sendo discutido no Congresso Nacional e que tem por objetivo a modernização da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em comparação com a Lei Federal nº 8.666/1993, ainda vigente.

O Projeto de Lei 6.814/2017, se aprovado, será responsável por revogar, após decorridos dois anos da sua publicação, a Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei Federal nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47

da Lei Federal nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Os defensores do projeto de lei argumentam que a atual legislação de contratação pública está defasada e não consegue mais atender às necessidades da Administração Pública e, conseqüentemente, da sociedade civil. Isso porque as relações público-privadas se tornaram deveras complexas e a necessidade de permear o processo de contratação pública com publicidade e transparência se apresenta como uma medida extremamente desejada pela população.

É imperioso ressaltar que este trabalho não pretende esgotar o extenso – e importante – tema das licitações. Pelo contrário, ao estudar uma das principais novidades trazidas pela norma, o autor deste trabalho visa ao fomento da discussão sobre o assunto, justamente por ainda estar tramitando o processo legislativo, sendo a participação (e informação) da comunidade acadêmica e jurídica primordial na legitimação da nova Lei que pode ser – e provavelmente será – promulgada.

2. PROJETO DE LEI Nº 6.814/2017: A CRIAÇÃO DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO “DIÁLOGO COMPETITIVO”

O presente trabalho tem como objetivo analisar uma das principais novidades trazidas pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017, que é a criação de uma nova modalidade de licitação, denominada “diálogo competitivo”.

O diálogo competitivo consiste, segundo o inciso XLI do artigo 5º do mencionado projeto de lei, numa modalidade de licitação em que “a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo”.

Como mencionado, trata-se de uma nova modalidade de licitação,^[1] que não existe atualmente no ordenamento jurídico brasileiro da forma como está prevista no projeto de lei. Embora muito semelhante com

o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), instituto presente no ordenamento jurídico brasileiro, com esse não se confunde.

Isso porque o Procedimento de Manifestação de Interesse foi inicialmente previsto para ser uma fase prévia das concessões comuns e das parcerias público-privadas, embora atualmente seja utilizado para contratações comuns, sendo um “procedimento administrativo consultivo, [...] por meio do qual a Administração Pública organiza em regulamento a oportunidade para que particulares, por conta e risco, elaborem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas”.^[2]

Veja-se que, nesse caso, o edital de licitação propriamente dito sequer foi elaborado pela Administração Pública, de forma que não se pode falar em “licitantes”, mas em “particulares”, que apresentam “estudos e projetos específicos, conforme diretrizes predefinidas, que sejam úteis à licitação pública e ao respectivo contrato, sem que seja garantido o ressarcimento pelos respectivos dispêndios, a adoção do material elaborado ou o lançamento da licitação pública, tampouco qualquer vantagem formal do participante sobre outros particulares”.^[3]

O diálogo competitivo previsto no Projeto de Lei nº 6.814/2017, por sua vez, é uma modalidade de licitação, não uma fase prévia da própria elaboração do edital, mas que também serve para que a Administração Pública reúna informações para melhor informar a sua atuação. Uma das principais diferenças é a previsão de que o licitante apresente proposta ao final do diálogo competitivo, o que não é permitido no Procedimento de Manifestação de Interesse.

Além disso, o artigo 29 do Projeto de Lei nº 6.814/2017 restringe o âmbito de aplicação dessa nova modalidade de licitação, dispondo que o diálogo competitivo é restrito a contratações públicas em que a Administração Pública vise a contratar objeto que envolva “inovação tecnológica ou técnica”, “possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado”, quando se verifique a “necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a satisfazer suas necessidades”, que podem ser soluções técnicas, jurídicas ou financeiras do

contrato, ou quando se considere que “os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas”.

Repita-se que não se trata de uma fase prévia do processo licitatório como no Procedimento de Manifestação de Interesse, mas de uma modalidade propriamente dita de licitação, onde existe a figura do instrumento convocatório de licitação.

Por esse motivo, os incisos do § 1º do artigo supracitado dispõem que, nos casos de diálogo competitivo, a Administração Pública divulgará, no momento da publicação do instrumento convocatório, “apenas suas necessidades e as exigências já definidas [...], os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes”, não podendo veicular informações que possam implicar vantagens para algum licitante.

Ademais, a Administração Pública “não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento” e o diálogo “poderá ser mantido até que a Administração identifique a solução que atenda às suas necessidades”. Também é permitido ao edital do diálogo competitivo prever “a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas”.

Ao final do diálogo, a Administração Pública deverá abrir prazo não inferior a 20 (vinte) dias, para que os licitantes possam apresentar as suas propostas finais (procedimento inexistente no Procedimento de Manifestação de Interesse), “que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto”. Em seguida, a Administração Pública poderá “solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas”, desde que seja respeitado o princípio da isonomia entre as propostas dos participantes da licitação.

A proposta vencedora será definida de acordo com os critérios previstos no momento da abertura do prazo para que os licitantes apresentem as suas propostas finais.

Os incisos do § 1º do artigo 25 do Projeto de Lei nº 6.814/2017 também preveem a possibilidade de os órgãos de controle poder acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, o que pode ser uma medida benéfica para prevenir o cometimento de irregularidades ou até mesmo a judicialização do processo licitatório, prática bastante recorrente durante a vigência da atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993).

Por fim, cumpre salientar a observação do professor Murilo Jacoby Fernandes, que entende o diálogo competitivo como sendo uma modalidade de licitação mais informal, mas que “tem que ser muito ostensiva e transparente, pois tudo tem que ser público”. Ao olhar do professor, o diálogo competitivo “tem que ser bem regulamentado para não acabar sendo uma ferramenta que atraia a corrupção”.^[4]

O diálogo competitivo, portanto, é uma nova modalidade de licitação prevista no Projeto de Lei nº 6.814/2017, que permite à Administração Pública apresentar as suas necessidades e buscar, juntamente com os licitantes, propostas de soluções técnicas, jurídicas ou financeiras do contrato, que atendam às suas necessidades, diminuindo a assimetria informacional entre o interesse público e o objeto da licitação.

3. CONCLUSÃO

Como se viu, o objetivo do presente estudo foi analisar a nova modalidade de licitação prevista pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017, denominada “diálogo competitivo”. Para o autor, trata-se de uma previsão legal positiva, que atinge a finalidade perseguida pelo Projeto de Lei, que é modernizar a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993).

A modalidade diálogo competitivo, portanto, é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro e busca trazer eficiência ao sistema de contratações públicas, de modo que, sem sombra de dúvidas, merece ser alvo de análise e pesquisa por parte dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm> Acesso em 27 mai. 2018.

_____. *Projeto de Lei n. 6.814, de 3 de fevereiro de 2017*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>> Acesso em 27 mai. 2018.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. p. 123.

NOTAS:

^[1] PL 6.814/17: Art. 25. São modalidades de licitação: I – concorrência; II – convite; III – concurso; IV – leilão; V – pregão; VI – diálogo competitivo.

^[2] SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. p. 123.

^[3] SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. p. 123.

^[4] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-11/projeto-lei-altera-licitacao-convite-cria-dialogo-competitivo>> Acesso em: 27 mai. 2018.

DIFERENTES VISÕES CONTRATUALISTAS SOBRE O DIREITO DA UE

PEDRO HENRIQUE FACHINI LUSTOSA

DA COSTA: Bacharelado pela Faculdade de Direito - UnB

Resumo: O intuito deste artigo é - a partir das principais obras de Hobbes, Rousseau e Locke – comparar as características da União Europeia com as definições de sociedade civil que esses autores apresentaram. A partir disso, veríamos se esses autores seriam favoráveis ou desfavoráveis a esse tipo de organização e quais mudanças eles iriam sugerir para que a UE se tornasse mais próxima da sociedade ideal que eles apresentaram nos livros deles. Para poder fazer essa análise, é necessário primeiro apresentar o objeto de análise, ou seja, descrever a UE.

Palavras-chave: Rousseau; Hobbes; Locke; União Europeia; Filosofia do Direito; Norma; Sociedade.

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

Introdução

Os autores contratualistas, para explicar o surgimento e a manutenção da sociedade, argumentam que esse surgimento resulta de um acordo geral entre pessoas. Esse acordo geral é o contrato social. Dessa forma, há um período pós contrato social e um período pré, que é o estado de natureza. Essa é a concepção geral para os autores contratualistas, no entanto, cada autor tem visões diferentes sobre as especificidades do contrato social e do estado de natureza.

A UE é uma união econômica e política composta por 28 países. Essa união tem o objetivo de, por meio da integração entre os membros, gerar o fortalecimento político e econômico do bloco perante os demais países. Dessa forma, são características fundamentais da UE a livre circulação de serviços, pessoas, mercadorias e capitais para que haja a maior integração entre os países.

Essa união tem seu começo, no ano de 1957, com a assinatura do Tratado de Roma, que envolvia a França, Alemanha Ocidental, Itália e os países do Benelux. A partir desse tratado, outros tratados foram sendo assinados com o passar do tempo para garantir a maior integração e maior desenvolvimento do bloco. Entre os diversos tratados, merecem destaque os tratados de Maastricht e o de Lisboa.

O Tratado de Maastricht foi assinado em 1992. Ele é um dos mais importantes pois criou a União Econômica e Monetária, estabeleceu a cidadania europeia e definiu os pilares que assentam a UE. Esses pilares são as Comunidades Europeias, a Política Externa e de Segurança Comum e a cooperação policial e judiciária em matéria penal. Dessas conquistas, as consequências que mais influenciaram na vida dos europeus foram o direito à livre circulação e residência na Comunidade, que resultou do estabelecimento da cidadania europeia, e o estabelecimento do euro como moeda única, que resulta da União Econômica e Monetária.

O Tratado de Lisboa não teve uma influência tão grande na vida dos europeus, mas afetou a organização da própria UE. Isso acontece porque, no Tratado de Lisboa, estabeleceu-se o Tratado sobre funcionamento da União Europeia (TFUE), que definiu competências para os estados membros e para a UE.

Desenvolvimento

A partir dessa breve apresentação de características da UE, pode-se notar que a UE aumentou a sua influência e suas competências, enquanto as nações passaram a ser mais submissas às decisões da UE.

Eu entendo que, para ser possível essa análise da UE a partir das ideias dos autores, é preciso estabelecer uma forma de igualdade para aproximar essas ideias do objeto real analisado, que é a UE. O ponto de igualdade então tem de ser o de equiparar os países às pessoas. Essa ideia surgiu a partir de um trecho da obra *Leviatã* de Hobbes: "Tal como então faziam as pequenas famílias, assim também fazem hoje as cidades e os reinos, que não são mais do que famílias maiores..." (HOBBS, 2003, p. 103)

Dessa forma, temos de passar a ver todos os países como se eles fossem pessoas. Isso significa que um país está em estado natural até que ele assine um tratado, ou algum outro documento que restrinja a sua liberdade em relação a outros países, e passe a fazer parte de uma sociedade civil além dos países. Do mesmo jeito que, para os três autores, a pessoa tem ampla liberdade no estado de natureza até que estabelece o contrato social. Resumindo, então: os países têm de ser entendidos como pessoas; os tratados, ou algum outro documento que restrinja a sua liberdade em relação a outros países, têm de ser entendidos como contratos sociais; o período em que um país fica sem ser signatário de algum tratado tem de ser entendido como o estado de natureza; e o período em que um país é signatário de um tratado tem de ser entendido como uma sociedade civil com os demais países signatários.

Hobbes tem a visão de que o ser humano, em seu estado natural, está em uma situação de guerra de todos contra todos. Nesse estado, todos os indivíduos são livres e se guiam pela lei da natureza de que tudo é válido para que a integridade do indivíduo seja preservada. Como só quer preservar seus interesses, o ser humano teme as ações dos demais, que podem prejudicá-lo, e acaba optando por agir antes do que os outros ajam. O efeito dessa tentativa de ação prévia é o de que todos estarão tentando se antecipar aos demais, logo, cria-se um cenário de constantes ações de pessoas que, para não se prejudicarem, prejudicam os outros. Cria-se então uma condição de guerra no estado natural. A saída da condição de guerra depende da saída do estado de natureza. Para sair do estado de natureza, precisa-se então de um contrato social para estabelecer um Estado. (HOBBS, 2003, p. 75)

O contrato, para Hobbes, é uma transferência de direitos entre partes. Dessa forma, o contrato social é uma transferência de direitos entre as pessoas e o responsável por governá-los. A partir disso, o soberano, que pode ser uma assembleia, tem de garantir que haja uma condição de paz ao invés de uma condição de guerra. Para manter o estado de paz, esse governante deve propiciar a possibilidade de obtenção das coisas necessárias para haver uma vida confortável, ele deve garantir que essas coisas sejam obtidas pelo trabalho e ele deve sempre ser temido pelos

súditos. Além disso, o soberano é responsável por proteger a sociedade das ameaças externas. (HOBBS, 2003, p. 77)

O argumento utilizado pelo autor para ilimitar o poder do soberano é o de que ele é apenas um ator enquanto toda a sociedade é autora. Isso significa que, no contrato social, as pessoas abriram mão de alguns direitos para que o soberano estivesse autorizado a fazer tudo desde que seja com o intuito de manter a condição de paz, logo, qualquer ação do soberano é de autoria do povo mas executada por ele. (HOBBS, 2003, p. 131)

A visão de Hobbes a respeito da UE, creio eu, seria a de intensificá-la. Isso porque, como já há um soberano a todos os países, ele defenderia que esse soberano tem de cada vez ser mais poderoso para evitar uma condição de guerra. Dessa forma, ele seria a favor de que a UE concentrasse as atribuições dos Estados, porque os países ao assinarem os tratados permitiram que a UE fosse atora, enquanto os países são autores, e pudesse fazer de tudo para a preservação da situação de paz.

Outro ponto da teoria de Hobbes que dá a entender que ele defenderia que apenas a UE fosse soberana é o de que não pode haver concomitância de soberania. Isso significa que não pode haver mais de um soberano no mesmo espaço. Dessa forma, a atual estrutura não estaria de acordo com as ideias dele, pois ele defenderia que os judiciários, executivos e legislativos de todos os países passassem a ser apenas um judiciário e um executivo-legislativo para toda a Europa.

Sobre a questão da defesa contra ameaças externas, Hobbes elogiaria a união dos países em um grupo que se defende conjuntamente caso algum dos membros seja atacado. Ele, no entanto, sugeriria que essa cooperação fosse elevada e passasse a haver um grande exército comum para toda a UE.

Em suma, pode-se crer que Hobbes, caso analisasse a UE, afirmaria que ela deve ser potencializada até que se torne uma nação abarcando toda a Europa. Uma nação centralizada nas mãos do soberano que tomaria as ações necessárias para garantir a paz internamente e para se proteger das ameaças externas.

Locke afirma que o ser humano, em seu estado de natureza, encontra-se numa situação de perfeita liberdade, pois o indivíduo pode regular as ações dele com bem entender, e igualdade, pois todos têm o mesmo poder e jurisdição. O estado de natureza é assim pois foi assim que Deus dispôs as criaturas na Terra. (LOCKE, 1998, p. 382)

O comportamento dos seres humanos no estado de natureza também é consequência da vontade divina. Deus estabeleceu a lei da natureza, assim como estabeleceu as leis da natureza em Hobbes, que a todos obriga e que afirma que: "...ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses." (LOCKE, 1998, p. 384) Essa lei, no entanto, às vezes é desobedecida e cabe a cada homem punir os transgressores dessa lei da natureza para garantir a paz e para garantir que essa lei seja executada no futuro.

Esse comportamento baseado na lei da natureza passa a falsa ideia de que não há conflitos no estado de natureza. Os conflitos no estado de natureza, na verdade, resultam dessa responsabilidade que cada ser humano tem de punir aqueles que violam a lei da natureza. Isso acontece porque o homem, quando vai punir, não está livre de paixões e teria de ser juiz em causa própria, logo, ele geraria mais confusão e desordem quando tivesse de agir como um juiz. Esse período, resultante da necessidade de cada um ter de executar a lei da natureza, em que há inimizade, violência e destruição mútua é entendido como um estado de guerra que acontece durante o estado de natureza. O governo civil então é a ferramenta que deve ser utilizada para evitar essas inconveniências, que são breves momentos de estado de guerra, do estado de natureza. (LOCKE, 1998, p. 391)

Um ponto interessante abordado pelo autor durante o texto é o de que ainda há homens em estado de natureza. Esses homens são os chefes de governos independentes, pois não estão submissos a algo que restrinja a liberdade deles em relação aos demais países. (LOCKE, 1998, p. 392)

Trazendo a obra de Locke para a realidade da UE, pode-se perceber a característica que chamaria mais a atenção desse autor. Essa característica é a de que, com o estabelecimento de um Judiciário para todo o bloco que

vincula os países membros, há a superação do estado de natureza entre os países que fazem parte dessa união. Isso acontece porque agora há uma entidade superior aos países que fica responsável pela aplicação das leis e não há mais a necessidade de os países imporem punições aos outros, visto que a UE agora fará isso. Dessa forma, pela superação do estado de natureza entre esses países, não há mais a possibilidade de haver um estado de guerra.

Rousseau afirma que o contrato social é uma convenção cujo objetivo é proteger as pessoas e os bens delas, mas que, ao mesmo tempo, garanta a liberdade que a pessoa tinha antes do contrato. (ROUSSEAU, 1999, p. 21) Esse é um ponto paradoxal, pois os demais contratualistas afirmam que participar do contrato social obriga que a pessoa ceda direitos para os soberanos, enquanto Rousseau afirma que isso não é necessário.

A forma proposta pelo autor para que haja a mesma liberdade de antes do contrato, é a de que a vontade geral deve dirigir as forças do Estado. Essa vontade geral tenderá para o bem comum, que é o propósito do estabelecimento do Estado. A partir disso, o autor afirma que a soberania advém da vontade geral e somente dela, logo, a soberania não pode ser separada da vontade do povo. (ROUSSEAU, 1999, p. 33)

Comparando as características da UE com as da sociedade ideal para Rousseau, pode-se notar pontos que ele aprovaria e reprovava. O primeiro ponto que ele aprovaria é o de que, tanto a sociedade civil rousseauiana quanto a UE, surgem com o objetivo de: "... arrebatam ao homem suas próprias forças para lhe dar outras que lhe sejam estranhas e das quais não possa fazer uso sem o auxílio de outrem.". (ROUSSEAU, 1999, p. 50) Essa parte do texto relaciona-se com um dos motivos da criação do bloco, que foi o fortalecimento econômico e político de todos os membros.

Outro ponto que ele aprovaria da UE é o de que ela surge com o intuito de, além de beneficiar os membros, criar uma situação de paz. (ROUSSEAU, 1999, p. 60) Isso acontece porque ela surge da CECA, um projeto de dependência entre países que haviam sido protagonistas na Segunda Guerra Mundial. Essa dependência faria com que eles tivessem

mais laços entre si, logo, em caso de desentendimentos, esses laços dificultariam alguma espécie de rompimento.

Um problema que ele provavelmente veria na UE é o da extensão. Isso acontece porque Rousseau afirma que as mesmas leis não são efetivas para povos de cultura tão distinta. (ROUSSEAU, 1999, p. 57) Logo, é de se esperar que ele veja problema em as mesmas leis, que são elaboradas pela Comissão, serem aplicadas para povos com línguas, colonizações e crenças diferentes.

O principal problema que eu creio que ele veria seria o do não favorecimento igual para todos os cidadãos, que é um dos preceitos da sociedade civil para Rousseau. (ROUSSEAU, 1999, p. 41) Ele estranharia que os membros desse bloco contribuem com valores muito diferentes e que os investimentos são destinados para alguns países mais do que para outros. Isso faz com que a UE receba críticas dos eurocéticos, em sua maioria são dos países ricos do bloco, que acreditam que o bloco está servindo como uma forma de transferir renda dos ricos para os países mais pobres.

Conclusão

Mesmo os objetos de análise nesse ensaio estando tão distantes um dos outros no tempo, pode-se notar que é possível fazer conexões entre eles. Conexões que mostram como os grandes clássicos podem trazer luz para discussões atuais e que mostram como textos, que são insignificantes no tamanho mas ricos em conteúdo, são capazes de influenciar na construção de estruturas sociais e políticas tão grandes.

Conclui-se então que os autores, por terem diferenças conceituais no próprio contratualismo, teriam diferentes críticas e elogios a fazer à União Europeia. Essas opiniões, mesmo vindo de filósofos antigos, ainda assim seriam de grande valia.

Referências Bibliográficas

HOBBS, Thomas. *Leviatã- ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROUSSEAU, Jean – Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ARISTÓTELES. "Ética a Nicômaco" in. *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1984.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARTIN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Linán. *Instituciones y Derecho de la Union Europea*. Madrid: Tecnos, 2012.

CONSTANT, Benjamin, "Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos" in. *Filosofia Política*. Porto Alegre: L&PM,

GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

CURIA. **Apresentação do Tribunal de Justiça**. Disponível em: < http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/ >. Acesso em: 15 Abr. 2017.

CURIA. **Apresentação do Tribunal Geral**. Disponível em: < http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/pt/ >. Acesso em: 15 Abr. 2017.

ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A IMUNIDADE RECÍPROCA DAS EMPRESAS PÚBLICAS E A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA O REGIME DE SUBMISSÃO

VICTOR DAVID DE AZEVEDO

VALADARES: Advogado. Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

RESUMO: O presente artigo aborda o contexto jurídico e social no qual se encontram as empresas públicas e se debruça sobre as premissas que levaram ao Supremo Tribunal Federal a estender ou não a imunidade recíproca para as empresas públicas. Ato contínuo, expõe os diferentes critérios utilizados caso a caso e analisa a possibilidade de criação de uma regra objetiva sobre o regime.

Palavras-chaves: Imunidade recíproca. Empresas públicas. Supremo Tribunal Federal. Livre-iniciativa. Livre-concorrência.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A IMUNIDADE RECÍPROCA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1.1. Primeiras premissas. 1.2. Alcance da imunidade recíproca. 1.3 Ausência de capacidade contributiva das empresas públicas. 2 EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. 3 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

As origens da imunidade recíproca remontam ao movimento federalista norte-americano que, com a intenção de unificar as antigas treze colônias da Inglaterra e criar um único ente federal, promoveu, através dos seus líderes, diversas convenções e manifestações publicadas na imprensa (sobretudo de Nova Iorque) em defesa da adoção da Constituição da Filadélfia de 1787 e responsáveis por difundir ideias que estimularam aquele novo movimento [\[1\]](#) [\[2\]](#).

O movimento federalista, assim como qualquer grande reviravolta política, surgiu acompanhado de diversas mudanças tanto na legislação

como nos precedentes judiciais. Na legislação, a feitura, pelo Congresso federal, de uma nova Constituição, reafirmou o crescimento da autonomia deste poder em âmbito federal (já que, no regime anterior, o poder descentralizado distribuía a autonomia entre os estados-membros), e a supremacia que o governo federal agora exercia sobre as unidades federativas. Na jurisprudência, o emblemático caso *McCulloch v. Maryland* da Suprema Corte Norte-Americana simboliza uma mudança de orientação que comprova a orientação do congresso e do judiciário americano em direção à federalização.

A Constituição de 1787 previa, em seu Artigo 1º, Seção 8, a notória “necessary and proper clause” [3], no rol das competências de atuação do novo Congresso Nacional americano, que autorizava o Congresso a editar leis que se fizessem necessárias para a execução dos poderes ali previstos, ou quaisquer outros assegurados por atos normativos federais, vejamos:

To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof [4].

A previsão da referida cláusula conferia ao poder Legislativo Federal uma dose de discricionariedade nunca antes percebida, justificada, inclusive, pela autonomia que esta instituição legislativa agora possuía, que se mostrava inconcebível no modelo anterior, de maior autonomia dos Estados. A existência da cláusula “necessário e adequado” provava a nova autoridade que gozava o Congresso federal, competente para a execução de poderes não tipificados na Constituição.

A propósito, a dita cláusula inaugurou a denominada “teoria dos poderes implícitos”, também foi reconhecida pela jurisprudência brasileira, de modo que o Ministro Celso de Mello, no julgamento do MS 25.457-MC/DF, afirmou que “ [...] a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos” [5].

As ex-colônias inglesas fizeram a sociedade americana herdar um considerável grau de independência dos Estados-membros que perdurou até o movimento federalista, através do qual os estados abdicaram de sua soberania em prol do governo nacional. Com a necessidade de aprovação da Constituição Federal por parte dos estados, antes autônomos, foram previstos vários mecanismos de integração nacional, dentre eles a criação de um banco nacional (Second Bank of the United States - BUS), subsidiado pelo governo federal [6].

O *BUS*, que atuava em concorrência com os bancos privados, era imune de impostos e, em contrapartida, atuava na concessão de empréstimos que turbinavam a circulação de capital na economia americana [7]. Em 1816, o congresso americano aprovou uma lei que permitia os bancos federais operarem nos estados-membros mediante a instalação de filiais das respectivas instituições financeiras.

Ocorre que em 1818, o estado americano de Maryland, ao acreditar que a atuação do *BUS* (que gozava de privilégios fiscais em virtude de seu caráter não apenas mercantil como também político, já que foi criado para integrar o país), prejudicava a atividade das outras instituições, que enfrentavam grande crise econômica em 1818, e sofriam mais encargos do governo, resolveu aprovar uma lei que subordinava todos os bancos existentes no estado ao modelo de tributação de Maryland, entre os quais se incluía o banco público.[8]

Posteriormente, em 1819, a recusa de Andrew James McCulloch (funcionário do banco *BUS*) em efetuar o pagamento de tributo estadual deu origem ao *leading case McCulloch vs. Maryland*, ao passo que o estado-membro acreditava que deveria ser cumprida a lei estadual, e o conseqüente pagamento do tributo.

Com o então novo modelo federal, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu por não permitir que o estado de *Maryland* tributasse o patrimônio do banco nacional, de forma que, naquele momento, os estados ainda se mostravam mais fortes política e economicamente, já que o poder federal ainda engatinhava. Foi afirmado que, caso se possibilitasse a tributação, todos os cidadãos americanos iriam estar pagando para que apenas parte

deles (os habitantes daquele estado-membro) usufríssem dos serviços do banco[9].

A propósito, um dos argumentos do Justice Marshall foi o de que a lei estadual não poderia contrariar o dispositivo previsto na Constituição, nem tampouco usurpar a legitimidade do governo federal em subsidiar o *Bank* para incrementar a economia [10]. O referido caso também representou grande avanço no fortalecimento do congresso americano, já que, no regime anterior, onde os estados possuíam mais independência, o poder era mais descentralizado e o poder do Legislativo estadual era maior.

A imunidade recíproca é corolário do consagrado pacto federativo e o caso *McCulloch v. Maryland* é referência para qualquer estudo sobre o tema. E não poderia ser diferente. Como é sabido, a forma federativa de Estado e todas suas implicações no ordenamento jurídico tem inspiração no surgimento norte-americano, que, entre outros institutos, inspirou também o controle difuso de constitucionalidade brasileiro, através do *judicial review*. Dessa forma, enquanto houver pacto federativo, há imunidade recíproca.

1 A IMUNIDADE RECÍPROCA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Primeiras premissas

Diante de tal inspiração, a imunidade recíproca é prevista desde a primeira Constituição Republicana, em 1891. Porém, diferentemente do federalismo americano, o caso do Brasil expõe a peculiaridade dos municípios. Se nos Estados Unidos os municípios são tratados com subordinação ao poder estadual, na conjuntura brasileira, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, os municípios brasileiros foram agraciados com autonomia financeira, administrativa e orçamentária nunca antes vista (arts. 1º e 18, CF). Com isso, foram alçados a um patamar comparável ao dos Estados e da União, garantindo para si, com isso, direitos e as prerrogativas inerentes àqueles.

Não há como conceber, portanto, a emancipação política, administrativa e financeira do município se ele se sujeitasse, por exemplo, a tributações advindas da União ou do Estado ao qual pertence. Esse cenário refletiria uma clara influência de um ente político sobre o outro, propiciando desequilíbrios federativos e manipulações políticas indesejáveis em uma república federativa democrática.

Ademais, no julgamento do RE 601.392/PR, o STF reafirmou que a imunidade recíproca exerce, além da função “emancipatória” descrita acima, duas outras de extrema importância na ordem constitucional: a proteção de atividades desprovidas de poder econômico e a não interferência em interesses meramente particulares (livre iniciativa e livre concorrência)[11].

Ao contrário do nascimento do direito americano, no qual o caso *McCulloch vs. Maryland* fez surgir a necessidade de previsão constitucional, afirmando o poder dos precedentes da Suprema Corte, no nosso ordenamento ela foi prevista, pela primeira vez, no art. 10 da Constituição de 1891[12], sem que se tenha notícia de um caso anterior à norma constitucional que tenha demandado por regulamentação.

Em outras palavras, a importação da imunidade recíproca dos Estados Unidos foi um trabalho de prevenção de conflitos judiciais (tal qual o ocorrido nos EUA), como também um instrumento de afirmação do pacto federativo que ganhava corpo naquela época.

Na ordem jurídica atual, a imunidade recíproca encontra-se assegurada no art. 150, VI, *a* da Constituição Federal, o a qual foi, inclusive, considerada cláusula pétrea pelo STF[13], e consiste na impossibilidade de um ente político tributar patrimônio, rendas ou serviços de outro ente. Vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;" [14]

Outrossim, embora não seja entendimento uníssono, a concepção corrente é de que a imunidade recíproca se aplicam unicamente aos impostos [15]. Como bem explica Aliomar Baleeiro [16], a aplicação exclusiva aos impostos se justifica por essa espécie tributária representar, mais do que as outras, uma manifestação do poder de império do Estado. Assim, enquanto que taxas, contribuições de melhoria e contribuições sociais, por exemplo, estão vinculadas a uma contraprestação direta identificável pelo contribuinte, os impostos tributam por tributar. Tal entendimento é justificado pela interpretação literal do art. 150, VI, a, da CF.

Além disso, a imunidade recíproca não pode representar uma obtenção de vantagem indevida pelo ente político, ao passo que, já que os entes da Administração não possuem capacidade econômica, não podem ser tributados em seu patrimônio. A imunidade recíproca concedida para prestadores de serviços públicos se dá justamente por, em tese, nem o serviço propriamente dito, nem o ente prestador visa obter lucro com aquela atividade.

Desta forma, concebendo os impostos como as espécies tributárias que atingem os sujeitos que manifestam poder econômico, é totalmente inviável a cobrança desta espécie tributária aos que não ostentam lucro ou outra manifestação de riqueza. Nesse sentido, o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal: "A imunidade tributária recíproca – CF, art. 150, VI, a – somente é aplicável a impostos, não alcançando as taxas" [17], e, no mesmo sentido: "A imunidade tributária diz respeito aos impostos, não alcançando as contribuições" [18].

1.2. Alcance da imunidade recíproca

A primeira leitura do art. 150, VI, a, e parágrafo 2º da Constituição Federal conduz a interpretação de que o benefício da imunidade recíproca se restringe aos órgãos da Administração Direta e às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público. De cara, deduz-se que a imunidade está vinculada ao regime jurídico assumido pela pessoa

jurídica, já que todos ali previstos se apresentam como pessoas jurídicas de direito público.

Ocorre que, como bem diagnosticou Aliomar Baleeiro, “a interpretação literal, por si só, se mostra insuficiente e perigosa, nesse terreno, mais do que em qualquer outra área constitucional”^[19]. Dessa forma, valendo-se da interpretação extensiva, o STF concedeu a empresas públicas e sociedades de economia mista imunidades tributárias em virtude da atividade que estas realizam.

A concessão de imunidade requer, além de uma observância da compatibilidade com o sistema constitucional, a verificação das implicações da concessão no caso concreto. No julgamento do RE 285.716, por exemplo, o STF levou em consideração critérios não previstos taxativamente no Texto Maior. Assim afirmou o Pretório Excelso:

O alcance da salvaguarda constitucional pressupõe o exame (i) da caracterização econômica da atividade (lucrativa ou não), (ii) do risco à concorrência e à livre-iniciativa e (iii) de riscos ao pacto federativo pela pressão política ou econômica^[20].

Foi nessa esteira que o STF estendeu à empresas como Correios e Infraero o referido benefício, afastando a aplicação do art. 150, § 3º da CF. Evidente que, por determinação normativa do art. §2º, a imunidade apenas alcança bens, patrimônio e serviços correlatos às finalidades essenciais da respectiva empresa. É abusiva, conforme se pretende demonstrar, a extensão indiscriminada a todos os serviços prestados pela pessoa beneficiada sem levar em conta a natureza de todas as atividades desempenhadas pelas mesmas. Este problema se mostra mais manifesto no caso dos Correios, que é o que se pretende discutir.

O STF, em um precedente que corrobora com esse entendimento, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, afirmou:

[...] Assim, a imunidade recíproca não se presta a assegurar ao ente federado vantagens contratuais ou de mercado para, pura e simplesmente, permitir-lhe

contratar e remunerar em condições mais vantajosas. Se o Poder Público age com intuito preponderantemente lucrativo, em favor próprio ou de terceiro, a imunidade recíproca não se aplicará. Afinal, a atividade lucrativa em si mesma constitui signo de capacidade contributiva, ao mesmo tempo em que afasta o risco de pressão econômica. Por outro lado, a imunidade recíproca também não deve ter como função auxiliar particulares em seus empreendimentos econômicos [21].

Igualmente, o entendimento foi reafirmado no julgamento que foi conferido aos Correios o gozo da imunidade, no qual o relator do caso, Ministro Carlos Velloso, afirmou que a imunidade somente incidirá sobre o serviço que o Estado presta, mediante a empresa pública, em regime de monopólio e exclusividade, e apenas alcançará ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes [22].

A conclusão não poderia ser diversa. Apesar de empresas públicas e sociedades de economias mista serem pessoas jurídicas de direito privado regidas pelas normas aplicáveis aos empreendimentos de mercado, enquanto estas desempenharem atividade de interesse público, fazem jus aos benefícios que perseguem tal atividade. Não se pode, pois, ignorar a atividade que beneficia a coletividade e apenas considerar a forma com que é regida a pessoa jurídica. Nesse sentido:

[...] a regra da proibição de privilégios fiscais às empresas públicas e sociedades de economia mista somente incide se se verificar atividade econômica estatal, em um contexto de preservação da livre concorrência. A contrario sensu, as empresas públicas e as sociedades de economia mista poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis às do setor privado, se prestadoras de serviço público, exercido em regime de exclusividade [23].

A despeito de todas essas conclusões, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do RE 601.392 (será aprofundado no capítulo 3), acabou por conceder a imunidade recíproca integral (a todos os serviços prestados pela referida empresa), sem considerar que a mesma também desempenha atividades estranhas àquela que exerce em monopólio por determinação constitucional (art. 21, X, CF). Conseqüentemente, tal entendimento contraria o respeito à livre concorrência e os escopos precípuos da imunidade recíproca extensiva às empresas públicas.

1.3 Ausência de capacidade contributiva das empresas públicas

Em conjunto com o princípio da legalidade, presente em todo campo do estudo do direito positivo, o princípio da capacidade contributiva rege a atuação do direito tributário, sendo um dos mais importantes nesta seara. Sua aplicação, inclusive, se mostra altamente relevante em virtude de estar relacionado, desta feita, com outros princípios e postulados jurídicos, tais como razoabilidade e proporcionalidade [24].

Além disso, a aplicabilidade da capacidade contributiva no âmbito tributário nada mais é do que mera decorrência da aplicação da isonomia nesta seara jurídica. A capacidade contributiva serve, desta forma, para balizar o tratamento diferenciado a cada pessoa, sem deixar que se configurem excessos ou lacunas. Não à toa, o ordenamento brasileiro elegeu a capacidade contributiva como guia para grande parte da atuação da incidência tributária, sendo o princípio em tela previsto no §1º do art. 145 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 145. [...]

§ 1º **Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifo nosso).

A redação genérica e indiscriminada do art. 145 demonstra a necessidade de promoção da justiça tributária, já que aqueles que possuem mais capacidade econômica (e contributiva) devem pagar mais tributo e contribuem mais para o sustento do Estado. Assim, o dever de pagar impostos (e principalmente essa espécie tributária, por representar a contribuição sem contraprestação estatal direta) decorre essencialmente da capacidade para tanto. O fato gerador da obrigação, não obstante, é a manifestação de riqueza do contribuinte.

No mesmo sentido é a lição de Gilmar Mendes:

A capacidade contributiva, em primeiro lugar, determina que só fatos que denotem riqueza podem compor o critério material da hipótese da regra matriz de incidência tributária. Em segundo lugar, funciona como critério para graduação das exações, ao determinar que os tributos sejam fixados de acordo o potencial econômico dos contribuintes [25].

O Estado, atuando como prestador de serviços à sociedade, não desempenha suas atividades visando lucro ou obtenção de riqueza. O escopo da prestação de serviços públicos é a satisfação coletiva. Assim, não há que se falar em existência de capacidade contributiva naquele que presta serviços com *munus* público.

A incidência de tributação sobre serviços públicos contraria todas essas lições, já que, conforme demonstrado, a capacidade contributiva, pressuposto da incidência tributária, é verificada no momento de demonstração de riqueza. Tanto a prestação do serviço público quanto o próprio prestador são desprovidos de riqueza pecuniária atingível por tributação. Em outras palavras, a prestação do serviço público e o seu prestador, enquanto prestador unicamente daquele serviço, não perseguem finalidade econômica naquela atividade.

Do mesmo modo, a diferenciação entre prestação de serviço público e desempenho de atividade econômica se mostrou de grande relevância para efeitos tributários, conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal:

[...] 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a da Constituição Federal [...] [\[26\]](#).

O que enseja a tributação no desempenho de atividades por entes da Administração é a atuação em atividades econômicas. Conforme se verá adiante, o Estado pode criar empresas públicas (pessoas jurídicas de direito privado) para a prestação de serviços – quando ela se assemelha ao próprio Estado – e para o desempenho de atividades econômicas – que são feitas em regime excepcional por entes públicos. Logo, apenas ostentam capacidade econômica (e, portanto devem ser tributadas) as atividades econômicas, desempenhadas no regime de mercado, em concorrência com particulares, não havendo que se falar em tributação de empresas públicas enquanto prestadoras de serviço público.

2 EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO.

O Estado, para a consecução das suas finalidades, desempenha atividades de forma direta ou indireta, através da administração pública centralizada, descentralizada ou em parceria com particulares. No nosso modelo de Estado, federalizado, a administração direta (ou centralizada) compreende apenas os entes políticos (União, Estados e Municípios) e seus órgãos, enquanto que a Administração indireta abrange as autarquias, as fundações, as associações e as empresas públicas, criadas ou autorizadas por lei para fins específicos, de acordo com a sua natureza.

A personificação do Estado em outras pessoas jurídicas se justifica, entre outros motivos, pela busca de maior eficiência na prestação de serviços públicos ou na exploração de atividades econômicas. Transferindo tal responsabilidade para um ente da administração indireta, a intenção do Estado é pôr o prestador do serviço mais próximo do cidadão (seu destinatário final), desburocratizar os procedimentos internos inerentes

à sua atuação e, conseqüentemente, realizar os objetivos de forma mais célere e mais bem sucedida. Conceder o benefício da imunidade a empresa pública prestadora de serviço público é proteger o Estado em sua instrumentalidade, já que, quando este se vale dessa pessoa jurídica, o faz para prestar serviços de sua competência.

A definição de serviço público, embora nunca tenha sido uniformizada na doutrina, possui grandes ser a de Hely Lopes Meirelles: "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado" [27].

Ocorre que, muito embora essa definição seja tenha orientado o desenvolvimento da doutrina e do pensamento jurídico sobre o tema, deve ser preciso considerar que mudanças na ordem jurídica e social impõem um conceito dinâmico de serviço público, principalmente após o advento da nova ordem jurídica de 1988, que consagrou a livre iniciativa como um dos fundamentos da República [28] e a parceria entre Estado e iniciativa privada na prestação de serviços.

Tal concepção pode ser afirmada pela existência de diversas previsões tanto constitucionais (art. 175 [29]) quando pelos institutos de concessão e permissão de serviço, parcerias público-privadas, entre outras.

No mesmo sentido, a Constituição de 1988 claramente delimitou os campos de atuação do poder público e dos particulares na prestação de serviços. Enquanto estes são responsáveis pela atividades que compreendem a "ordem econômica" [30], o Estado é agente responsável, em regra, pela prestação dos serviços públicos. Assim, a participação do Estado na atividade econômica foi excetuada, admitida apenas nas hipóteses de relevante interesse social, necessária aos imperativos nacionais (art. 173, CF) e em regimes de monopólio (art. 175, CF).

É evidente que o constituinte originário, ao por em lados opostos os interesses do Estado e dos particulares, não o fez à toa. Enquanto que aquele cuida de atividades relacionadas ao bem público, este atua mirando

lucro e capital, configurando naturezas diametralmente opostas. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

Assim, em nosso direito constitucional percebe-se nitidamente que as noções de “serviço público”, de um lado, e “domínio econômico” ou “exploração de atividade econômica”, de outro, expressam uma fundamental antinomia.^[31]

Em igual entendimento, afirmou o STF, com o objetivo de minar quaisquer dúvidas sobre a distinção dos regimes jurídicos aplicáveis nos dois casos:

A submissão do regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, iv), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, §1º, da Constituição às empresas públicas (Caso da Infraero), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos ^[32].

Portanto, a extensão, às empresas públicas, de privilégios típicos de Estado, só se mostra justa quando aquelas empresas atuam como *longa manus* utilizado pelo Estado na prestação de serviços públicos, que é o caso excepcional dos Correios. Em pertinente lição, Roque Antônio Carrazza ^[33] afirma que as empresas públicas delegatárias de serviços públicos, porquanto não concorram com os particulares no respectivo campo de atuação, não se submetem aos ditames do art. 173 e merecem a equiparação ao Estado para fins de privilégios (como o da imunidade recíproca).

Não se olvida, pois, que a extensão da imunidade recíproca, típica dos entes políticos, suas autarquias e fundações, é concedida às empresas

públicas em virtude da interpretação extensiva do art. 150, VI, a, CF, justificada unicamente pela prestação de serviço público de caráter exclusivo do Estado. Outrossim, a prestação de serviços públicos típicos de Estado por essas empresas não pode ser comprometida pela incidência de tributação, o que poderia prejudicar os cidadãos beneficiários do serviço e, conseqüentemente, o interesse público.

A imunidade tributária recíproca se justifica, quando extensiva a empresas públicas, enquanto estas são prestadoras de serviço público, em virtude de carregarem o *munus* público em sua atuação. Igualmente, a concessão de imunidade tributária não pode, em nenhuma hipótese, beneficiar particulares que atuam em atividades econômicas típicas de mercado.

3 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Sobre o tema, o primeiro caso que vem à tona é o da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT que, muito embora tenha sido criada como empresa pública, ao longo dos anos recebeu tratamento equiparado às autarquias, pelo qual passou a gozar das prerrogativas processuais de prazo em dobro, impenhorabilidade dos bens, regime de precatórios, entre outros.

No caso da Companhia das Docas de São Paulo – CODESP, o STF firmou o seguinte entendimento: “a Codesp é instrumentalidade estatal, pois [...] a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União.” [34]

Portanto, no caso em tela a Suprema Corte considerou como determinante a função exercida pela empresa pública em questão. Fundado nas mesmas premissas, o STF garantiu a imunidade recíproca da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, na oportunidade em que afirmou: “A imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é da espécie recíproca (art. 150,VI, a, da Constituição), na medida em que a OAB desempenha atividade própria de Estado” [35]

Outrossim, no julgamento do Recurso Extraordinário 285.716, o Supremo fixou algumas premissas que clarearam sobremaneira a análise do alcance da imunidade recíproca. Vejamos:

“É irrelevante para definição da aplicabilidade da imunidade tributária recíproca a circunstância de a atividade desempenhada estar ou não sujeita a monopólio estatal. O alcance da salvaguarda constitucional pressupõe o exame (i) da caracterização econômica da atividade (lucrativa ou não), (ii) do risco à concorrência e à livre iniciativa, (iii) de riscos ao pacto federativo pela pressão política ou econômica. A imunidade tributária recíproca não se aplica à Petrobrás, pois trata-se de sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de seus acionistas, pessoas de direito público e privado, e a salvaguarda não se presta a proteger aumento patrimonial dissociado de interesse público primário; a Petrobrás visa à distribuição de lucros.”

É necessário pontuar que tais conclusões expõem algumas incongruências com o próprio posicionamento do Supremo em alguns outros casos, o que escancara a necessidade de se estabelecer premissas objetivas aplicáveis aos futuros casos submetidos à análise da Corte.

Em primeiro lugar, o Supremo afirma que o fato de a atividade ser desempenhada em regime de monopólio é irrelevante, mas foi justamente esse fato, aliado a outros, já expostos, que favoreceu os Correios (pessoa jurídica de direito privado) quando este obteve a seu favor a imunidade recíproca.

No mesmo caso, o STF garantiu a imunidade recíproca em favor dos Correios em todas as suas atividades, com base, igualmente, no fato de que a receita obtida nas atividades não-concorrenciais serem utilizadas para amenizar o prejuízo verificado nas atividades sujeitas ao monopólio.

Novamente, levou em conta aspectos específicos daquela empresa para estender a imunidade a serviços que particulares exercem em livre-

mercado, de forma que a ofensa à conclusão "(ii)" acima exposta é evidente. Da mesma forma, quando a Corte analisou a ACO 503, firmou a seguinte tese:

"Natureza jurídica do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE) (...) No mérito, esta corte não tem natureza jurídica de autarquia, mas é, sim, empresa com personalidade jurídica de direito privado. Consequentemente, não goza ele da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, e seu §2º da CF, não fazendo jus, portanto, à pretendida declaração de inexistência de relação jurídico-tributária resultante dessa imunidade." [36]

Dessa vez, a personalidade jurídica do postulante foi determinante para a negativa de sua pretensão, de modo que a imunidade não lhe foi estendida. O uso do conectivo "consequentemente", acima exposto, foi inegavelmente mal utilizado. Isso porque se a Suprema Corte quis dizer que o fato de ser pessoa jurídica de direito privado é incompatível com a imunidade recíproca, tal conclusão contraria as outras empresas que gozam do benefício pelo fato de serem prestadoras de serviço público exclusivo de Estado. E, se for por isso, contraria, de uma forma ou de outra, a premissa fixada no julgado anteriormente colacionado, quando o tribunal afirmou que tal circunstância era irrelevante.

CONCLUSÕES

Diante do cenário exposto, conclui-se que a análise da compatibilidade do sistema de imunidade tributária com o seu contribuinte, no caso das empresas públicas, é casuística, de modo que o Supremo Tribunal Federal, quando provocado, se debruça sobre características particulares dos requerentes para determinar se o benefício tributário é devido ou não.

Considerando que o número de empresas públicas utilizadas pela Administração encontra-se em franco crescimento, em virtude de o gestor público ter percebido as vantagens de sua utilização (menos burocracia,

especialização), bem como a diversidade de suas áreas de atuação é cada vez maior, faz-se necessário o estabelecimento de diretrizes objetivas sobre quais seriam os requisitos para que tal entidade passasse a gozar da imunidade recíproca.

A criação de parâmetros específicos devem levar em conta sobretudo o impacto da imunidade no mercado privado (nos casos em que a empresa desempenha atividade também franqueada ao mercado privado), de modo a resguardar a proteção aos princípios constitucionais da livre-iniciativa e livre-concorrência, sendo tal circunstância decisiva para a verificação da compatibilidade entre o regime desfrutado pela empresa pública e proteção tributária garantida pela imunidade constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Cândida Monteiro de. A imunidade recíproca e sua extensão às empresas públicas: um exemplo eloquente de mutação constitucional. *In Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 170, p. 31-42, nov./2009, p. 40.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Derzi. 12 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 125.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 98.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao poder de tributar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 258.

CARRAZZA, Roque Antonio. *A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos: um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 39-40.

Federalist Papers. History.com Staff, A+E Networks, 2009. Disponível em: <http://history.com/topics/federalist-papers>. Acesso em: 25 jun. 2015.

McBRIDE, Alex. Landmark Cases: McCulloch v. Maryland (1819), Dez. 2006. Disponível em: <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark_mcculloch.html>. Acesso em: 25 jun. 2015.

McCulloch v. Maryland. Legal Information Institute [LII], Cornell University Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316#writing-USSC_CR_0017_0316_ZO>. Acesso em: 11 jun. 2015.

McCulloch v. Maryland. Legal Information Institute [LII], Cornell University Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316#writing-USSC_CR_0017_0316_ZO>. Acesso em: 11 jun. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40 ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 387.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 302.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1479.

SANTOS, Paulo Rogério Silva dos. Federalismo: origem e fundamentos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul-RPGE*, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 67-79, jul./dez., 2004.

NOTAS:

[1] SANTOS, Paulo Rogério Silva dos. Federalismo: origem e fundamentos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul-RPGE*, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 67-79, jul./dez., 2004.

[2] Federalist Papers. History.com Staff, A+E Networks, 2009. Disponível em: <http://history.com/topics/federalist-papers>. Acesso em: 25 jun. 2015.

[3] "Cláusula necessário e adequado" (tradução nossa).

[4] “Para elaborar todas as leis que se façam necessárias e adequadas para executar os poderes precedentes, além de todos os outros conferidos pela Constituição ao Governo Federal, ou em qualquer departamento legal do mesmo.” (tradução nossa).

[5] STF, Mandado de Segurança n. 26.547-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 23.05.2007. DJ de 29.05.2007.

[6] McCulloch v. Maryland. Legal Information Institute [LII], Cornell University Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316#writing-USSC_CR_0017_0316_ZO>. Acesso em: 11 jun. 2015.

[7] McBRIDE, Alex. Landmark Cases: McCulloch v. Maryland (1819), Dez. 2006. Disponível em: <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/antebellum/landmark_mcculloch.html>. Acesso em: 25 jun. 2015.

[8] Idem.

[9] BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 98.

[10] McCulloch v. Maryland. Legal Information Institute [LII], Cornell University Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316#writing-USSC_CR_0017_0316_ZO>. Acesso em: 11 jun. 2015.

[11] STF, Recurso Extraordinário n. 601.392, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 12.11.2009, DJe-228, 04.12.2009, repercussão geral reconhecida.

[12] “Art. 10 - É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente.”

[13] STF, Tribunal Pleno, ADIn n. 939/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 15.12.1993. Dj 18.03.1994.

[14] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

[15] STF, RE 378.144-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJE de 22-4-2205.

[16] BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atualizada por Misabel Abreu Derzi. 12 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 125.

[17] STF, Segunda Turma, RE 364.202, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.10.2004, DJ 28.10.2004.

[18] STF, Primeira turma, RE 378.144-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 30.11.2004, DJ 22.04.2005.

[19] BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao poder de tributar. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 258.

[20] STF, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 285.716- AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 02-03-2010, DJE de 26-03-2010.

[21] STF, RE 601392, op. cit.

[22] STF, Segunda Turma, RE 428.821/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 21.09.2004.

[23] ALMEIDA, Maria Cândida Monteiro de. A imunidade recíproca e sua extensão às empresas públicas: um exemplo eloquente de mutação constitucional. *In Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 170, p. 31-42, nov./2009, p. 40.

[24] Humberto Ávila classifica a razoabilidade e a proporcionalidade como postulados formais, já que são "deveres estruturantes, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre *elementos* e impõem determinada *relação* entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais para sua aplicação. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 179-180.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1479.

[26] STF, Tribunal Pleno, ACO 959, Rel. Min. Menezes Direito, j. 17.03.2008, Dje 088, publicado em 16.05.2008.

[27] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40 ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 387.

[28] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa."

[29] "Art. 175. 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."

[30] Nesse sentido, art. 170, CF: "A ordem econômica é fundada na [...] livre iniciativa".

[31] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1 ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 302.

[32] STF, Segunda Turma, RE 363.412-AgR, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 7-8-2007, DJE de 19-9-2008.

[33] CARRAZZA, Roque Antonio. *A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos: um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 39-40.

[34] STF, Tribunal Pleno, RE 253.472, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 25.08.2010, Dje de 01.02.2011.

[35] STF, Segunda Turma, 259.976-AgR, Rel. Joaquim Barbosa, j. 23.03.2010, Dje de 30.04.2010.

[36] STF, Tribunal Pleno, ACO 503, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25.10.2001, Dje de 05.09.2003.

GESTÃO DO SISTEMA PRISIONAL DO ESTADO DO AMAZONAS: BREVES CONSIDERAÇÕES E O CASO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM - COMPAJ

JEANNE ALMEIDA BEZERRA:

Advogada e Mestranda do curso de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

RESUMO: O Sistema prisional passou por várias transformações que acarretaram a sua progressiva evolução. O objetivo do presente artigo é abordar a situação do sistema prisional do estado do Amazonas e apresentar um breve relato do episódio ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ, no dia 01 de janeiro de 2017. Para tanto, a pesquisa faz uma análise sistema carcerário amazonense desde sua implantação até aos dias atuais. Alude conceituações dos estabelecimentos prisionais, busca identificar as diferenças entre os modelos de gestão adotados, discute brevemente a atual falência do sistema penitenciário brasileiro, buscando situar o leitor no caso do COMPAJ, suscitando questões que assolam as diversas casas de recuperação e ressocialização do país. Nessa perspectiva, tece algumas considerações e reflexões acerca do fenômeno da privatização do sistema prisional no estado, igualmente, analisando o surgimento, evolução e, por fim, o atual estágio.

Palavras-chave: Gestão prisional. Sistema prisional. Privatização penitenciária.

ABSTRACT: The prison system underwent several transformations and led to its progressive evolution. The objective of this article is to address a situation of the prison system of the state of Amazonas and to present a brief report of the episode observed in the Anísio Jobim - COMPAJ Penitentiary Complex, on January 1, 2017. For this, a research plus a prison system analysis Amazonense from its implementation to the present day. Alludes conceptualizations of prisons, seeks to identify how the differential between the management models adopted, briefly discusses the current bankruptcy of the Brazilian penitentiary system, looking for situation or

reader in the case of the COMPAJ, raising questions that rage as several houses of recovery and resocialization of the country . In this perspective, he makes some considerations and reflections on the phenomenon of privatization of the prison system in the state, also analyzing the emergence, evolution and, finally, the current stage.

Keywords: Prison management. Prison system. Penitentiary privatization

1. INTRODUÇÃO

O sistema prisional, historicamente, tem sido cenário de graves conflitos sociais e nítida falência gerencial, destarte necessitado de profundas reformas. Essa forma geral de aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, tal qual Foucault pregava, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a famigerada instituição-prisão, antes mesmo que a lei a definisse como a pena devida e, por excelência, necessária.

Atualmente, o modelo de gestão prisional privado trilha um caminho polêmico, alvo de muitos questionamentos, principalmente, após a carnificina ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ em Manaus, que marcou a chegada do ano de 2017 e reiniciou uma antiga discussão quanto ao funcionamento do sistema, inserindo em pauta uma "crise" que na realidade persiste desde épocas remotas, trazendo à tona diversos problemas e violações de direitos persistentes no sistema prisional do estado do Amazonas.

Nesse sentido, mais uma vez, os poderes do Estado tentam se organizar para responder emergencialmente à crise. Volta-se à discussão da eficiência quanto ao gerenciamento dos presídios. Portanto, na sequência deste trabalho serão explanados um breve historicismo do sistema prisional brasileiro, os modelos de gestão aplicados, relato sobre o sistema prisional estadual para ao final serem apresentadas considerações acerca da pesquisa.

2. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Conforme dados divulgados pelo Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), constatou-se que o Brasil tinha nos seus estabelecimentos penais 622.202 mil presos encarcerados até dezembro de 2014. O Brasil atualmente ocupa o 4º lugar no mundo em quantidade de encarceramento, ficando atrás tão somente dos Estados Unidos, China e Rússia.

O Brasil encarcera mais do que qualquer outro país da América Latina. A realidade do sistema carcerário é representada por celas sujas, insalubres, e superlotadas. Ressalta-se que esse último representa um dos maiores problemas das prisões, resultando em troca de experiências, conflitos, motins, rebeliões e violência.

A superlotação carcerária não oferece condições básicas, como por exemplo, o simples fato de precisar dormir. Muitas vezes o preso dorme no chão da cela ou no chão do banheiro, isso ocorre enquanto estiver sobrando o espaço físico dentro da cela. As prisões possibilitam um processo de desumanização e ferem todas as garantias individuais constitucionais.

Conforme Foucault (2015, p. 218), "sabe-se que as prisões são perigosas, quando não inúteis, e, entretanto não "vemos" o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão".

De fato, não se pode abrir mão do estabelecimento prisional, contudo, todos têm conhecimento da crise, se não melhor dizer da falência do sistema prisional brasileiro. Os presos são tratados com descaso, tanto pelas autoridades competentes quanto pela sociedade, que preferem virar as costas ao problema do sistema carcerário. Sobre o assunto, Rogério Greco (2011, p. 25):

Por mais que o Estado tenha o poder/dever de fazer valer o seu *ius puniendi*, este deverá ser levado a efeito preservando-se, sempre, os direitos inerentes à pessoa, que não cederam em virtude da prática da infração penal. Assim, por exemplo, se alguém for

condenado a uma pena de privação de liberdade por ter praticado determinado crime, somente esse direito é que será limitado através do *ius puniendi*, vale dizer, o direito de ir, vir e permanecer aonde bem entenda. Os demais, a exemplo da sua dignidade, intimidade, honra, integridade física e moral etc., devem ser preservados a todo custo.

O Estado buscou a privatização e terceirização dos presídios com objetivo de resolver muitos problemas, tais como, viabilizar melhores condições a essas pessoas as quais tem suas liberdades restritas.

3. OS MODELOS DE GESTÃO PRISIONAL

Termos centrais do debate político e econômico no país são os modelos de gerenciamento prisional através de Privatizações ou Concessões. Os defensores da privatização indicam que a necessidade de privatizar boa parte do patrimônio público advém do reconhecimento de ineficiência do Estado, incapaz de gerir tudo, além de ser fonte de corrupção, devendo, portanto, vender, transferir em definitivo órgãos e estatais, tanto a execução quanto a titularidade, para empresas privadas.

Difere-se da Concessão pois esta é quando o poder público concede temporariamente um serviço público à iniciativa privada, e este setor assume um serviço com um plano de investimentos definido, obtendo retorno através da cobrança de tarifas dos usuários.

A Parceria Público-Privada (PPP) é uma forma de Concessão especial, regulada pela lei 11.079/2004. É um contrato de prestação de obras ou serviços firmado pelo poder público com uma empresa privada no valor superior a R\$ 20 milhões e com duração mínima de cinco anos e prazo máximo de 35 anos. Enquanto na Concessão comum o retorno é obtido através das tarifas cobradas dos usuários dos serviços concedidos, na PPP o agente privado é exclusivamente remunerado pelo governo ou em uma combinação de tarifas cobradas dos usuários dos serviços com subsídio público.

O art. 2º da referida lei conceitua a PPP como contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa. A concessão especial patrocinada envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Ou seja, tem-se a tarifa do usuário, somada ao recurso público. Já a concessão especial administrativa, muito criticada pela doutrina, ocorre quando a própria Administração é a usuária, direta ou indireta, do serviço, como no caso dos presídios, em que os presos são usuários diretos e a Administração é a usuária indireta.

Nestes casos, o parceiro privado é integralmente pago pelos recursos transferidos pelo parceiro público. Celso Antônio Bandeira de Mello a designa como "falsa concessão", dispondo que o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços - e não uma concessão - segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos. Como oposição a essa forma de administração, Ferreira comenta:

"A principal oposição apresentada a essa forma de administração penitenciária tem a ver com a natureza jurisdicional da execução penal, embora, a nosso ver, a atividade jurisdicional não sofra qualquer restrição diante do modelo adotado, visto que o processo de execução da pena ou a atividade de fiscalização por parte do juízo competente permanecem intactos, funcionando conforme previsto na legislação nacional. Doutrinariamente, vendo a atividade de execução da pena como a *longa manus* do juízo de execução, diante da indelegabilidade da atividade jurisdicional, inviável seria qualquer participação privada na administração privada. Contudo, a discussão acerca de ser ou não possível a separação da atividade administrativa da execução da pena, exercida pelo poder executivo, da atividade jurisdicional, não pode obstaculizar as

tentativas que se fazem urgentes de amenização da situação carcerária. (FERREIRA, p. 180)

Outro argumento é de que a empresa preocupada com os lucros dê pouca ou nenhuma ênfase ao combate à criminalidade, relegando para segundo plano o fim da prevenção especial da pena.

A pena de prisão mostrou-se inapta, não trazendo qualquer vantagem à sociedade. A empresa privada pouco pode fazer e é oriunda da mesma sociedade que tenta fazer da pena privativa de liberdade solução para todos os males. Em suma: se é o poder judiciário o responsável pela ordem de prisão e se a pena de prisão não contribui para evitar a reincidência, é indiferente que a empresa privada possua a ideologia do lucro em detrimento da ressocialização, bastando que a atuação dessa empresa dê o mínimo de dignidade ao cumprimento da pena, o que pode ser facilmente observado. [...] O tema ressocialização parece um paliativo para a caótica situação prisional, resultado da falência do Estado. O investimento em educação serviria como meio de combate à criminalidade e ao mesmo tempo poderia mudar mentalidades e ideologias enraizadas no seio social para fazer com que todos enxerguem a inutilidade da pena de prisão, mas é medida que demora a surtir efeitos e, enquanto cresce o número de encarcerados no país, necessário é que sejam tomadas medidas que amenizem a inoperância da enferrujada máquina estatal. (FERREIRA, p. 183).

No Amazonas, o sistema prisional vem sendo gerido através de PPPs há alguns anos, sendo responsável pela gestão do COMPAJ, a empresa Umanizzare.

4. O SISTEMA PRISIONAL NO AMAZONAS

O Estado do Amazonas acompanhou, embora mais tardiamente que os demais Estados da federação, as mudanças e evoluções pelas quais o sistema punitivo atravessou no decorrer da história: repleto de crueldade, dos teatros de suplício, de tortura e morte.

A prisão estabelecida como pena foi uma evolução e negação do antigo formato bárbaro. Os primeiros conceitos de sistema penitenciário eram utilizados como substituição de pena corporal por pena privativa de liberdade: punição ou tratamento da alma do indivíduo. A inovação vida pelo Sistema Penitenciário se propunha à intenção de conseguir correção, ressocialização ou regeneração dos condenados através de uma atuação assistencial. Foucault relata de forma clássica este momento:

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis

penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por

todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência. No fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de

coerção já elaborados em outros lugares. Os "modelos" da detenção penal -- Gand, Gloucester, Walnut Street -- marcam os primeiros pontos visíveis dessa transição, mais que inovações ou pontos de partida. A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à "humanidade". (FOUCAULT, 1987, pg. 260)

Os presos no Brasil, da era colonial até o império, eram mantidos em cadeias improvisadas, nas chamadas Casas de Câmara, sem possuir qualquer planejamento de sistema penitenciário, conforme narra Carlos Lélío Ferreira:

O panorama carcerário do crepúsculo da fase colonial consistia em prisões sem o mínimo de segurança, muitas funcionando em casas construídas de barro e cobertas de palha, sem qualquer preocupação com higiene, prevalecendo arbítrio dos castigos escolhidos discricionariamente pelo carcereiro ou quem fizesse suas vezes, mesmo quando o quartel era a única prisão da localidade, para quartel era alugada uma casa particular qualquer, não obstante as celas desses estabelecimentos militares tivessem sempre o nome de calabouço. (FERREIRA, 2006)

No Amazonas, em 1821, a primeira cadeia do Estado pegou fogo devido sua cobertura feita de palha. O governo não possuía qualquer prédio com condições para instalar cadeias, necessitando de uma nova construção. A obra foi a arrematação pública, e gerou um escândalo à época ao descobrirem que o dinheiro recolhido aos cofres públicos para custeio da obra foi composto de notas falsas. (FERREIRA, 2006). Outras cadeias foram improvisadas, mas a precariedade das construções impossibilitou a precisão dos locais das construções.

Em 1852, permanecia a desordem do período colonial, com indivíduos variados presos por diferentes crimes em um mesmo compartimento insalubre. A situação era extremamente precária e urgente, e o primeiro presidente da província do Amazonas, Tenreiro Aranha, conseguiu um local para abrigar os presos: um imóvel onde havia funcionado uma fábrica de fiar e tecer algodão, na praça do quartel, tendo a intenção de alocar a Câmara municipal e sala de audiências no mesmo local. Em 1853, a quantidade de presos na cadeia era de 17 homens, 2 mulheres e 3 escravos fugitivos. (FERREIRA, 2006).

O art. 179, XXI, da Constituição do Império determinava que as cadeias fossem seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes. Apesar disso, era crescente a população carcerária, a cadeia continuamente insalubre, sem espaço, remendada e com poucas garantias de custódia. Ficando a cadeia até meses sem carcereiro, pois ao ser considerado um cargo humilhante com salário mesquinho não havia quem ocupasse o emprego, restava ao estabelecimento ser entregue aos presos.

Ferreira narra ainda que, em 1873, morreram 8 internos devido a epidemia de varíola na cidade (entre 15 ou 20 presos). Em 1876, tentaram ocupar os presos escoltados em faxinas no depósito de artigos bélicos e outros serviços, mas os guardas responsáveis acabavam indo beber com os presos em tabernas, não merecendo confiança.

Em 1882, a Lei 582 reconheceu a necessidade de construir uma penitenciária, com construção ao estilo do sistema panóptico, observando a ciência penitenciária que começava a chegar no Estado. Foi um planejamento rudimentar que criou a hoje conhecida como Cadeia Pública Raimundo Vidal Pessoa, no centro da cidade. Deveria ter 200 celas para 200 presos, mas o projeto foi concluído apenas 20 anos depois e sem a capacidade pretendida.

Com a abolição da escravatura, em 1888, foram suprimidos alguns delitos do Código Penal, e no decorrer dos anos outras penas foram abolidas e novos tipos de detenção surgiram, como a prisão domiciliar, além do surgimento embrionário do regime progressivo de penas.

Promulgou-se nova Constituição para o país, em 1891, e a República revigorou garantias processuais.

O Código Penal de 1940 amadurecia nossa ciência penitenciária com princípios até hoje norteadores do sistema, com o princípio da legalidade e dignidade humana. O Código Penal de 1969 inovou com a prisão albergue, e em 1984, mesmo ano da Lei de Execução Penal, a parte geral do Código Penal foi totalmente reformulada obtendo a feição atual. Conforme Ferreira:

O princípio da culpabilidade hoje é fortalecido, impedindo que a pena seja incerta em sua aplicação e execução, punindo-se com base no fato praticado e na culpabilidade do agente, denominando-se Direito Penal do Fato, superando o Direito Penal do Autor que teve seu auge nos anos 30, e hoje encontra-se rechaçado pela maioria da doutrina, o qual suprime a exatidão que os tipos penais e penas devem ter a fim de cumprir com eficiência o princípio constitucional da legalidade. A punibilidade não pode ultrapassar o teor literal da lei, em virtude do mandamento constitucional de precisão e certeza, assim como a execução penal não pode extrapolar o conteúdo da sentença, em nome da garantia da coisa julgada e igualmente em nome do princípio da legalidade. (FERREIRA, 2006)

Apesar de novas garantias, as condições da cadeia da capital pioraram a tal ponto que passaram a enviar os presos de volta as cadeias do interior, que sempre foram mais precárias que a da capital. Em 1905, Constantino Nery desativa o antigo prédio da cadeia com finalidade de construir algo mais adequado, e o caos impera. Os presos seriam transportados para cadeias dos municípios de onde já tinham vindo, alguns muito piores do que a da capital, outros para prisões do quartel do regimento militar e da antiga prefeitura de segurança (FERREIRA, 2006).

A nova cadeia é inaugurada em 1907, chamada de "Casa de Detenção", sendo a atual Cadeia Raimundo Vidal Pessoa, na Avenida 7 de

Setembro, que tão logo se deteriora. Pela Lei 957/1908, teve sua direção e guarda entregues a agentes da força policial do Estado, época em que a construção começava a apresentar problemas.

Devido as péssimas condições do prédio, no ano seguinte os presos começariam a ser mandados para outros lugares, como um prédio igualmente deteriorado em Paricatuba, do outro lado do Rio Negro, considerada esta deportação uma política de exclusão, pois logo em seguida instalaram na Casa de Detenção uma "escola de aprendizes e artificies", o que fez com que as justificativas para toda a deportação da comunidade de encarcerados não convencesse, sendo apenas desculpas para excluir a massa dos encarcerados. (FERREIRA, 2006).

Em 1926, o governador Ephigênio Salles iniciou obras que mantiveram perene até hoje a Casa de Detenção, e sancionou lei que modificava a denominação para Penitenciária do Estado do Amazonas, determinando que o estabelecimento fosse dirigido por técnico que lhe pudesse dar administração conforme as regras e preceitos da moderna ciência penal, formado em direito, de preferência magistrado. Porém nada ficou como Ephigênio Salles idealizou:

A ideia de colocar magistrado na administração era ótima, e até há quem defenda essa experiência até hoje, evitando que o judiciário não permaneça frio às intempéries por que passa a população carcerária, igualmente de sua responsabilidade. Afinal, não podemos nos esquecer que o Estado é um só, apesar da divisão de poderes, e suas mazelas devem ser suportadas. (FERREIRA, 2006).

Após e durante o período de militarismo, em 1930, não houve avanços ou contribuições ao sistema penitenciário amazonense. Por volta de 1944 já se fazia necessário construir uma nova penitenciária, mas que, por alegações de falta de verba, só veio ocorrer após 50 anos. Em 1955, ao assumir o poder, Plínio Rodrigues relata uma realidade da penitenciária que não pode ser atribuído a um governo só, mas a uma sequência de omissões. Fala-se pela primeira vez em construir uma penitenciária agrícola:

"O quadro do sistema penitenciário amazonense permanecia o mesmo de sempre, dependendo de diretores ousados, humanos e, às vezes, mágicos, para avançar lentamente no sentido de ressocialização do condenado, mendigando trabalho ou criando serviços temporários para ocupar o interno. [...] Muitas das dificuldades de nossos governadores são compreensíveis se considerarmos que o problema prisional não é de exclusiva responsabilidade do Poder Executivo, ou até mesmo do Estado, mas cabia a esse mesmo Poder Estatal despertar na comunidade o sentimento de utilidade que deve nortear o trato com os presos, pois inútil, principalmente para a sociedade é uma prisão deformadora de caráter. Buscar a participação da sociedade sinceramente interessada aumentaria o empenho dos demais poderes, o legislador em busca de ganho político e o judiciário cada vez mais cobrado, e, com isso, muitos dos problemas estariam afastados, desde a dificuldade na obtenção de recursos até a morosidade da justiça, esta que contribui para a superlotação carcerária." (FERREIRA, 2006)

Assim, no governo de Gilberto Mestrinho em 1982, é inaugurada a Colônia Agrícola Anísio Jobim (CAIAJ), atual Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), uma evolução no sistema penitenciário do Amazonas, pois até então só havia a "Casa de Detenção" funcionando como cadeia e penitenciária, sem qualquer critério de individualização e classificação de pena.

Originariamente construída para 340 detentos, em 2004, com a população em torno de 480 pessoas, aumentou-se um pavilhão. Entre os vários defeitos, que havia na muralha, era de possuir um alicerce profundo a fim de impedir a confecção de túneis e não foi edificada dessa forma, proporcionando fugas, além da deficiência na classificação, baseada em critérios de segurança de presos "mais perigosos" divididos dos "menos perigosos". (FERREIRA, 2006).

Em 24.05.2002, um detento simulando doença tentou render uma funcionária na enfermaria, mas acabou detido por agentes penitenciários. No dia seguinte morreu no hospital, o que ocasionou uma revolta geral e alguns presos aproveitaram para fazer um "acerto de contas", resultando em 14 mortes.

5. O COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM (COMPAJ)

Na tarde do dia 1º de janeiro de 2017, deu-se início a uma das rebeliões que entraria para história do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), palco de uma carnificina, que ocasionou 56 mortes, todos presidiários. A Secretária de Segurança Pública - SSP/AM considera a maior rebelião do sistema prisional que o Estado do Amazonas já presenciou.

Todavia, o cenário do massacre ocorrido no COMPAJ foi estarrecedor, ocorreram mortes cruéis, fugas e constantes ameaças. Segundo, o Secretário da Secretaria de Segurança Pública o Centro Integrado do Comando do Controle planejava minuciosamente a melhor solução para encerrar a rebelião.

A sociedade com a sensação de medo e insegurança acompanhava as informações divulgada pela mídia, e muitas pessoas se perguntavam por que o policiamento não invadia o Complexo Anísio Jobim. Para os cidadãos, o Estado representa o Monopólio legítimo do uso da força, nos dizeres de WEBER, (2004, pág.225), "particularmente um "Estado", não pode ser definido pelo conteúdo daquilo que faz e sim por um *meio* específico que lhe é próprio, como também a toda associação política: o da coação física".

As reações da sociedade diante das notícias do massacre, fugas e violência dentro do sistema carcerário, demonstram insatisfação quanto à incapacidade de o Estado controlar as facções.

A disputa entre líderes de facções criminosas rivais que motivou a chacina teve repercussão nacional e até mesmo Internacional, foi considerado o segundo maior massacre da história do sistema penitenciário no Brasil.

Ressalta-se que o Massacre do Carandiru, ocorrido em 1992, em São Paulo, ocasionou a morte de 111 (cento e onze) presos, conclui-se que após 25 (vinte e cinco) anos o sistema carcerário só mudou de cenário e personagens, contudo, a violência e o ambiente desumano permanecem dentro do sistema prisional.

O sistema carcerário brasileiro teve e continua tendo em sua história diversos focos de tensão, mas a rebelião que teve maior repercussão aconteceu no dia 02 de Outubro de 1992. Neste fatídico dia, foram mortos oficialmente 111 presos da Casa de Detenção Professor Flamínio Fávero, mais conhecida como Carandiru que se situa em um dos maiores centros urbanos brasileiros: São Paulo. ONODERA, (2005, pag. 2).

Repercutia na mídia que integrantes da Família do Norte (FDN), grupo criminoso aliado ao Comando Vermelho, atacaram membros do Primeiro Comando da Capital. Segundo LIMA (2017) da Carta Capital, o jurista Luis Carlos Valois, convocado pelo secretário da Secretária de Segurança Pública do Amazonas, Sérgio Fontes, a pedido dos presos, participou das negociações que finalmente concordaram com a libertação dos reféns.

As medidas sucederam o [lançamento do Plano Nacional de Segurança Pública](#), que prevê ações conjuntas de segurança pública e inteligência por parte dos governos federal e estaduais com o objetivo de reduzir o número de homicídios dolosos, feminicídios e violência contra a mulher.

Ainda, na semana da rebelião o ex-ministro da Justiça e cidadania Alexandre de Moraes, afirmou que houve "falha" por parte da empresa Umanizzare - que administra o Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ). Conforme, CARAM e AMARAL (2017), o titular da Justiça ressaltou que a empresa tinha a responsabilidade de verificar a entrada de armas e celulares.

"A responsabilidade vai ser analisada pela força tarefa que está fazendo a investigação. **O presídio é terceirizado**. Não é uma PPP. É uma terceirização dos serviços. De cara, óbvio, houve **falha da empresa. Não é possível que entre armas brancas, facões, pedaços de metal, armas de fogo inclusive escopeta**", declarou o ministro. (grifo nosso).

Conforme, MINTZBERG (1978), o papel de informação (monitor, disseminador e porta voz), como administrador, relaciona-se com a obtenção e transmissão de informações, de dentro para fora da organização.

1) **Como monitor**, o executivo esquadrinha permanentemente seu meio ambiente em **busca de informações, interrogando seus contatos e seus subordinados, além de receber informações não solicitadas, em grande parte como resultado da rede de contatos pessoais formada por ele**. Não se pode esquecer que uma boa parte das informações coletadas pelo executivo em seu papel de monitor é verbal, **frequentemente sob a forma de fofocas, boato e especulações**. Por meio desses contatos, o executivo possui uma vantagem natural na obtenção de informações para sua organização. 2) Como disseminador precisa **compartilhar e distribuir grande parte dessa informação**. As informações reunidas por ele através de contatos pessoais externos podem ser necessárias dentro de sua organização. 3) Em seu papel de **porta-voz** o executivo **envia algumas de suas informações a pessoas não pertencentes à sua unidade**. MINTZBERG (1978). (grifo nosso).

Não se pode desprezar os papéis que MINTZBERG classifica no folclore e o fato, portanto, saber trabalhar com as **informações**

coletadas poderá fazer toda diferença em uma gestão, aliás, no ambiente do sistema carcerário, até as fofocas devem ser analisadas.

Os agentes de segurança penitenciária são aqueles que realizam serviços de vigilância, bem como de disciplina dos encarcerados, considerada por muitos uma ocupação arriscada e estressante, uma atividade nada fácil, ademais, são pagos para desconfiar. Um bom gestor nunca se afasta de sua equipe, e muito menos de seus agentes e das informações que os mesmos carregam.

Quanto as declarações do ex-ministro da Justiça e cidadania Alexandre de Moraes, a empresa Umanizzare se manifestou com as seguintes declarações:

Umanizzare reafirma que seu papel na cogestão das unidades prisionais nas quais atua, limita-se ao que permite a Lei de Execução Penal (Lei 7.210), a saber: "poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais", **tais como prestar "serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos externos"**. A mesma lei, que regula inclusive o contrato da empresa com o Estado aponta, em seu artigo 47, que "o poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares" e esclarece o artigo 83-B que "são indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia". CARAM e AMARAL (2017). (grifo nosso).

O Estado ao privatizar não pode deixar de fiscalizar se a empresa está cumprindo suas obrigações. Ademais, a co-gestão deve estar presente

entre o Estado e a empresa terceirizada. Caso contrário, os problemas do sistema carcerário no Brasil continuará crescendo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os modelos de gestão prisional trilham um caminho polêmico durante o tempo, e tem sido alvo de muitos questionamentos. O Brasil é o 4º país com o maior número de encarcerados no mundo e a administração do sistema penitenciário brasileiro é bastante preocupante, pois acompanha inúmeros problemas, tais como a superlotação. A pena é aplicada, contudo, cumprida em péssimas condições.

Constatou-se que o Estado procurou resolver, ao menos tentou resolver o problema do sistema carcerário com o sistema de gestão privada. Acreditava-se que a parceria entre a administração pública e a iniciativa privada, pudesse auxiliar a administração do sistema prisional, não interferindo na questão judicial da execução penal.

No entanto, a empresa Umanizzare administra 6 (seis) unidades prisionais no Estado do Amazonas, inclusive o Complexo Penitenciário Anísio Jobim que tornou-se palco de uma rebelião e teve repercussão internacional marcada com violência e mortes, deixando claro a real ineficiência do processo.

Nota-se que em resposta ao massacre a empresa Umanizzare confirma que seu dever é administrar, porém, não apresenta nenhuma estratégia de gestão ou de liderança interna no estabelecimento prisional, apenas fundamenta suas alegações na responsabilidade do Estado em executar a pena.

A "gestão" da empresa privatizada responsável em administrar o sistema carcerário parece não fazer qualquer diferença, embora o investimento seja muito alto. Por outro lado, o Estado é omissivo, e a privatização não retira do Estado os deveres e obrigações definidas no preceito constitucional.

Quanto ao preso, sob a condição de ressocialização, a sua condenação estaria focada na perda da liberdade para reeducação, contudo observa-se que a ineficiência do sistema prisional somente retira o direito de ir e vir, a esperança da reinserção social, da dignidade da pessoa humana quanto as condições a que são submetidos diariamente, e no pior cenário, a perda da vida, o que torna inviável a finalidade última do sistema de ressocialização idealizado.

Destarte, certifica-se que o grande desafio do sistema prisional brasileiro baseia-se a curto prazo na necessidade de criação de novos postos de reclusão, e, a médio e longo prazo, na implantação de medidas de ressocialização efetivas. De modo algum haverá plano de ressocialização efetivo sem que o reeducando receba as condições mínimas de ressocialização, tais como as de dignidade constitucionalmente resguardadas e de atividades profissionais que ocupem o seu tempo enquanto recluso, permitindo exercer uma atividade profissional quando posto em liberdade.

Por isso, é de extrema importância que a ressocialização ocorra conforme a proposta idealizada de intervenção e medida sócio-educativa. Dessa forma, o índice de presos, realmente preparados à reintegração na sociedade aumentará não só em quantidade, mas principalmente em qualidade. Provando para a sociedade que a ressocialização é possível, e justificando os altos investimentos necessários que são parte integrante da vida não só do preso, e de sua família, mas sim, de todos os indivíduos da sociedade.

7. REFERÊNCIAS

CARAM, Bernardo; **Ministro diz que houve 'falha' da empresa que administra presídio de Manaus**, 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/ministro-diz-que-houve-falha-da-empresa-que-administra-presidio-de-manaus.ghtml>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. JusPodium, 4a ed. 2017

Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824.

Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>
Acesso em 20 Maio 2017

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora: Livraria Freitas Bastos S.A. - 2006

FERREIRA, Carlos Lélío Lauria. VALOIS, Luís Carlos. **Sistema Penitenciário do Amazonas**. Curitiba: Juruá, 2006. pg. 43-45.

OUCAULT, Michel. Vigiar e punir: **O Nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, José Antônio. Luís Carlos Valois, **O juiz garantista de Manaus que virou alvo após massacre**, 2017. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/juiz-que-negociou-com-presos-relata-ameacas-apos-reportagem-do-estado>. Acesso em 25 de maio de 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 26a ed. 2009

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, **Departamento penitenciário Nacional** - DEPEN- População carcerária. Secretária de Segurança Pública e Administração Penitenciária.
Disponível: <http://www.justica.gov.br/Acesso/participação-social/subpaginasconsultas-publica/departamento-penitenciario-nacional-depen>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, **Relatórios do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT)** - Relatório de visitas a unidades do presídio de Manaus - Janeiro/2016. Disponível em:

<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/tortura/relatorios-mnpc/pg>.
Acesso em: 24 de maio de 2017.

MINTZBERG, Henry, **The Manager's Job: Folklore and Fact. Publicado originalmente pela Harvard Business, 1978.**

OJEDA, Igor. **Por que a privatização só piora a crise nos presídios brasileiros**, 2017. Disponível em: <http://ponte.cartacapital.com.br/por-que-a-privatizacao-so-piora-a-crise-nos-presidios-brasileiros>. Acesso: 23 de maio de 2017.

ONODERA, Iwi. **Estado e violência: Um Estudo sobre o Massacre do Carandiru**. 2005. Disponível em: <http://cdsa.academica.org/000-006/407.pdf>. Acesso: em 25 maio 2017.

Secretária de Segurança Pública do Estado do Amazonas - SSP/AM.
Disponível em: <http://www.ssp.am.gov.br/> Acesso: em 22 de maio de 2017.

FERREIRA, Carlos Lélío Lauria. VALOIS, Luís Carlos. **Sistema Penitenciário do Amazonas**. Curitiba: Juruá, 2006. pg. 43-45

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

A INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO TRAZIDA PELO PROJETO DE LEI Nº 6.814/2017 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES)

EDUARDO ANDRÉ CARVALHO SCHIEFLER:
Bacharelado do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC).

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da inversão das fases de habilitação e julgamento, atualmente previstos na Lei do Pregão, na Lei do RDC e na Lei de PPPs, mas que também está previsto no Projeto de Lei nº 6.814/2017, que pretende modernizar a atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993) e que está em trâmite no Senado Federal. Analisando-se o atual sistema brasileiro de licitação pública, cujas regras gerais estão previstas na Lei Federal nº 8.666/1993, verifica-se que o instituto da inversão das fases de habilitação e julgamento previsto no Projeto de Lei nº 6.814/2017 causará efeitos benéficos às contratações públicas, como a celeridade e a eficiência. A metodologia utilizada é a bibliográfica e legislativa, com método dedutivo.

Palavras-chaves: Nova Lei de Licitações; Projeto de Lei nº 6.814/2017; Lei Federal nº 8.666/2017; Inversão de fases; Habilitação e julgamento.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A inversão das fases de habilitação e julgamento trazida pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho configura-se tem como objetivo abordar a inversão das fases de habilitação e julgamento, que é uma das mudanças legislativas previstas no Projeto de Lei nº 6.814/2017, que está sendo discutido no Congresso Nacional e que tem por objetivo a modernização da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em comparação com a Lei Federal nº 8.666/93, ainda vigente.

Nesse sentido, tem-se que o Projeto de Lei 6.814/2017, se aprovado, será responsável por revogar, após decorridos dois anos da sua

publicação, a Lei Federal nº 8.666/93, a Lei Federal nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47 da Lei Federal nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC).

Os defensores do projeto de lei argumentam que a atual legislação de contratação pública está defasada e não consegue mais atender às necessidades da Administração Pública e, conseqüentemente, da sociedade civil. Isso porque as relações público-privadas se tornaram deveras complexas e a necessidade de permear o processo de contratação pública com publicidade e transparência se apresenta como uma medida extremamente desejada pela população.

É imperioso ressaltar que este trabalho não pretende esgotar o extenso – e importante – tema das licitações. Pelo contrário, ao uma das principais novidades trazidas pela norma, o autor deste trabalho visa ao fomento da discussão sobre o assunto, justamente por ainda estar tramitando o processo legislativo, sendo a participação (e informação) da comunidade acadêmica e jurídica primordial na legitimação da nova Lei que pode ser – e provavelmente será – promulgada.

2. A INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO TRAZIDA PELO PROJETO DE LEI Nº 6.814/2017

Inicialmente, é importante salientar que a inversão das fases de habilitação e julgamento é uma das principais mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº 6.814/2017, tendo em vista que afetará diretamente o *modus operandi* da Administração Pública na promoção de grande parte das modalidades de licitação atualmente vigente.

Como é cediço, a regra geral estabelecida pela Lei Federal nº 8.666/93, e atualmente válida, determina que a fase de habilitação preceda a de julgamento e classificação das propostas, de modo que o licitante precisa, antes de apresentar a sua proposta, habilitar-se no processo licitatório.

Com o decorrer dos anos, percebeu-se que essa prática faz com que o objetivo principal da licitação – que é obter a proposta mais

vantajosa para a Administração Pública e, conseqüentemente, para o interesse público – ficasse em segundo plano.

Isso porque antes de toda licitação, cuja modalidade exige a habilitação prévia, serviria como palco de uma batalha administrativa e judicial entre os licitantes para impugnar a habilitação dos concorrentes ou obter a sua própria.

Nessa lógica, a Lei Federal nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, inverteu essa lógica com o objetivo de tornar o processo de licitação mais célere e eficiente, impondo-se que, “encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital”.

Segundo o professor Marçal Justen Filho, “[u]ma das características do pregão reside precisamente na chamada ‘inversão das fases’, que consiste no exaurimento da etapa competitiva e no exame das condições de licitação exclusivamente em face do licitante que apresentou a proposta aparentemente mais vantajosa”.^[1]

A Lei Federal nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, também seguiu essa lógica, como é possível verificar pela leitura do seu artigo 12. Contudo, o parágrafo único desse mesmo artigo prevê uma exceção para a ordem de fases, dispondo que é possível a antecipação da fase de habilitação, hipótese que “dependerá de expressa previsão no instrumento convocatório e de motivação”.^[2]

Também, a Lei Federal nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, em seu artigo 13, também prevê a hipótese de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

Pois bem. Como mencionado anteriormente, o Projeto de Lei nº 6.814/2017, se aprovado, revogará integralmente a atual Lei de Licitações e

a Lei do Pregão, bem como os artigos 1º ao 47 da Lei do RDC. A revogação dessas legislações se justifica diante do fato de que o Projeto de Lei incorpora as suas disposições, instituindo uma espécie de estatuto geral de licitações, em resposta às críticas contra a existência de legislações de contratações públicas esparsas.

Uma das consequências dessa incorporação, como se viu, é a vinculação da modalidade concorrência à sequência de fases do processo licitatório. Nos termos do artigo 15 do Projeto de Lei nº 6.814/2017, *in verbis*:

Art. 15. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I – preparatória;

II – publicação do edital de licitação;

III – apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV – julgamento;

V – habilitação;

VI – recursal;

VII – homologação.

§ 1º A fase de que trata o inciso V do caput poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput, desde que expressamente previsto no edital de licitação. [Grifou-se]

Diferentemente da atual Lei de Licitações, o Projeto de Lei nº 6.814/2017 optou como regra geral a inversão de fases prevista na legislação do pregão e do RDC, antecipando a fase de apresentação das propostas e julgamento para que, somente depois, proceda à fase de habilitação dos licitantes.

Além disso, da mesma forma que na Lei do RDC, o § 1º do artigo 15 do Projeto de Lei nº 6.814/2017 prevê a exceção que possibilita a antecipação da fase de habilitação, “mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, [...] desde que expressamente previsto no edital de licitação”.

Veja-se, portanto, que, além de incorporar a modalidade pregão e o regime diferenciado de contratação, o projeto de lei também incorpora a inversão das fases de habilitação e julgamento previstos naquelas legislações.

Essa inversão de fases é vista com bons olhos pela comunidade jurídica e também pela própria Administração Pública, tendo em vista que se verificou, com o decorrer dos anos, que a regra geral imposta pela Lei Federal nº 8.666/93 é uma das responsáveis pela demora dos processos licitatórios, fazendo com que, em alguns casos, as licitações fiquem suspensas até o fim da discussão sobre a habilitação das licitantes, que pode demorar anos, cuja principal prejudicada é a sociedade brasileira.

3. CONCLUSÃO

Objetivou-se, com o presente estudo, explorar um pouco mais a inversão das fases de habilitação e julgamento nos procedimentos licitatórios, instituto que já é previsto pela Lei de Pregão e pela Lei do Regimento Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, e que está previsto na versão atual do Projeto de Lei nº 6.814/2017, em trâmite no Senado Federal.

Trata-se de uma previsão legal encarada positivamente por grande parte da academia, que vê na atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993) um sistema defasado e que deixa, muitas vezes, o interesse público em segundo plano.

O Projeto de Lei nº 6.814/2017, portanto, pretende instituir um estatuto geral de licitações públicas, de modo que a inversão das fases de habilitação e julgamento nos procedimentos licitatórios se torne regra geral

em todas as modalidades licitatórias previstas, afastando-se da incidência atualmente restrita aos pregões e ao RDC.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm> Acesso em 26 mai. 2018.

_____. *Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm> Acesso em 26 mai. 2018.

_____. *Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> Acesso em 26 mai. 2018.

_____. *Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm> Acesso em 26 mai. 2018.

_____. *Projeto de Lei n. 6.814, de 3 de fevereiro de 2017*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>> Acesso em 26 mai. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 535.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NOTAS:

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 535.

[2] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ASSÉDIO MORAL

VERONICA BETTIN SCAGLIONI:

Graduada em Bacharel em Direito pela Ucpel, Pós Graduada em Direito Público pela Uniderp. Advogada atuante nas áreas cível e trabalhista.

O presente estudo tem como principal objetivo avaliar o Assédio Moral na Relação do Trabalho bem como mostrar os avanços alcançados com a instituição da Consolidação das Leis Trabalhistas- CLT.

Para melhor elucidação do assunto, mister é que nos socorramos no inciso X do art. 5^oCF, que traz um rol daquilo que poderíamos conceituar como valores internos ou íntimos da personalidade e que se confundem com o próprio ser, consubstanciando-se em *intimidade, vida privada, honra e imagem* da pessoa humana os quais, pelo grau de importância, de que se revestem, são considerados como invioláveis.

De início, compete nos lembrar, diversamente do que ocorre em todas as demais relações jurídicas e/ou negociais, onde as partes convenientes se colocam em equilíbrio, no âmbito do direito individual do trabalho, encontra-se o empregado num estado de constante subordinação em relação ao empregador.

O assédio moral é uma exposição prolongada e repetitiva do trabalhador a situações humilhantes e vexatórias no trabalho, atenta diretamente contra a dignidade física e psíquica, traz com isso conseqüências terríveis para este, bem como para a empresa e a sociedade. O assédio moral que antes era estudo do ramo da Psicologia passou a ser também interesse do ramo jurídico devido aos seus reflexos no campo da Responsabilidade civil(danos morais), não existe uma forma de exteriorização deve ser analisado o caso concreto de cada situação em que o empregador abusa de direitos ao exercer seu poder diretivo e disciplinar.

O objetivo desse artigo é analisar as conseqüências jurídicas desse comportamento, ensejando, em alguns casos, o direito do assediado de ser ressarcido.

A metodologia é uma revisão bibliográfica, com base em estudo em revistas, internet, artigos já publicados, livros e a constituição.

As relações de trabalho com um mundo globalizado que tem a perspectiva de competição é caracterizado pela insuficiência de trabalho e mão de obra em demasia principalmente em épocas de crise econômica e enorme desemprego encontra-se uma facilidade da propagação do assédio moral em que a política do mercado são submetidos por comportamento desumanos prevalecendo a arrogância e o interesse individual.

Cabe ressaltar que esse individualismo pela busca do lucro acima de tudo, viola a dignidade da pessoa humana. Os sentimentos gerados como medo e insegurança são efeitos da globalização que facilitam a manipulação do empregado.

Nas relações de trabalho, não raro, as agressões e humilhações partem do autoritarismo partindo de chefes e dirigidas aos subordinados durante um longo período. Tal atitude, atinge a vítima, desestabilizando esta com o próprio ambiente de trabalho, forçando o empregado em muitos casos a chegar a desistir do emprego.

Atualmente o assédio moral no âmbito das relações de trabalho é alarmante, pois causa graves conseqüências ao empregado e a sociedade.

O ambiente do trabalho é um conjunto de condições, existentes no local de trabalho, relativos à qualidade de vida do trabalhador.

Conforme o inciso VIII do art.200 da Constituição Federal, o meio ambiente do trabalho pode ser conceituado como “o conjunto de fatores físicos, climáticos ou qualquer outro que interligados, ou não, estão presentes e envolvem o local de trabalho da pessoa”.

Consoante, a proteção ao meio ambiente do trabalho tem abrangência constitucional e ao abrigo do Princípio da Dignidade da pessoa humana.

O trabalho é direito fundamental social previsto no art.6º da CF-88.Sendo que os empregadores têm o dever jurídico para assegurar,a saúde,a segurança e o bem-estar dos seus trabalhadores.

Convém ressaltar que o empregado se submete à ordem e à desordem, ao mando e desmando do empregador.

Existe muita dificuldade na definição do termo assédio moral até mesmo por ser utilizada de maneira equivocada para identificar práticas de mal-estar no ambiente de trabalho como exemplo stress, legítima utilização do poder diretivo do empregador ou até mesmo do assédio sexual.

Importante frisar que o conceito contém, em geral, quatro pressupostos para a sua tipificação do assédio moral. Sendo elas: Conduta grave e intensa, prolongamento no tempo com a intenção de causar dano psíquico ou moral à vítima e o dano versus resultado causado conforme a doutrina e jurisprudência tem se manifestado.

Há diversos doutrinadores que entende que se não houver a presença simultânea, desses quatro elementos não há que se falar em assédio moral, mas apenas condutas que geram mal-estar no ambiente de trabalho.

Convém salientar que o dano causado versus resultado um dos pressupostos caracterizadores do assédio moral não parece essencial até mesmo por questão de quebra de isonomia mesmo estando presente na maioria dos casos. A avaliação somente poderá ser realizada através do caso concreto até mesmo porque o ser humano reage de maneira diversa uns dos outros a qualquer investida do empregador ou preposto.

Salienta-se serem sérios os riscos de doenças desenvolvidas mediante o assédio moral. Isso ocorre problemas muitas vezes irreversíveis na vida do trabalhador. Na maioria dos casos as principais doenças são de cunho psicológico tais como distúrbios alimentares e do sono, ansiedade, insegurança, pressão arterial, depressão, medo, crises do pânico, alcoolismo e até mesmo a morte através do suicídio.

Nesta fase do desenvolvimento do contrato, é que costuma aparecer a figura do assédio moral que se revela de várias formas, sendo elas:

- a) Ociosidade forçada do empregado – ao empregador incube a obrigação de distribuir o trabalho que deva ser desenvolvido por seus empregados, não podendo impor a nenhum deles qualquer espécie de ociosidade forçada, ainda que sob o pagamento de salário, sob pena de colocar o obreiro em situação vexatória e submetida ao crivo de comentários maldosos, além de lesivos ao seu patrimônio moral.
- b) Rebaixamento funcional – o rebaixamento funcional ou a colocação do empregado em qualquer outra situação que lhe cause desconforto, que o ridicularize perante os demais empregados, constitui inequívoca agressão ao patrimônio moral do primeiro enseja a correlata obrigação de indenizar por parte do empregador.
- c) Assédio sexual – o ambiente de trabalho indiscutivelmente facilita a aproximação das pessoas, quer em função da duração prolongada da jornada de trabalho; quer em razão contato freqüente imposto pelo desenvolvimento das tarefas cotidianas; quer, finalmente, pelo processo natural entre homem e mulher. Não são raros os casos em que o relacionamento profissional entre homem e mulher transforma-se em relacionamento afetivo, derivado da vontade de ambos e livremente estabelecido pelos mesmos, o que não trás nenhuma implicação para o presente estudo e retrata uma circunstância natural da vida privada íntima do ser humano.

De outro lado, casos existem em que o relacionamento afetivo pretendido por um dos trabalhadores (ou pelo empregador) não é correspondido pelo outro (em que pese a insistência do primeiro), gerando conseqüências na vida pessoal dos envolvidos e, de maneira significativa no mundo laboral. Aliás, quando esta circunstância se dá entre trabalhadores de nível hierárquico diferente e/ou entre empregador e empregado (quando uma das pessoas tem o poder de decidir sobre a permanência ou não da outra no emprego, como também de influir nas promoções ou na

carreira da mesma), temos que a situação (nada obstante seja extremamente desconfortável e prejudique o rendimento profissional) gera humilhação, insulto e intimidação do subordinado, notadamente quando a conduta do assediante se traduz em pressões ou ameaças (explícitas ou implícitas), objetivando obter a capitulação do assediado e traduzindo-se num evidente prejuízo moral.

Muito embora, em geral, seja a mulher a principal vítima do assédio, no âmbito das relações individuais de trabalho, nada impede que a verificação da referida figura tenha o homem na condição de assediado, tampouco que ocorra entre pessoas do mesmo sexo.

Ademais, é preciso haver muita cautela, pois os empregados na maioria dos casos não denunciam ao setor de recursos humanos, ou ao Ministério Público do Trabalho a ocorrência do assédio sofrido sem esse sofrimento calados com receio de terem seu contrato de trabalho rescindido.

Convém ressaltar que o empregado costuma reclamar quando há o desfazimento do vínculo empregatício, procura um advogado, denúncia ao MPT se procura buscar se houve ou não o assédio.

Sem dúvida, o assédio moral causa um prejuízo muitas vezes irreparável ao empregado e esses atos do empregador devem ser coibidos. O MPT deve fiscalizar as empresas que cometem o assédio moral abrir um termo de ajustamento de conduta e se necessário multar a empresa para que não haja desrespeito com o empregado.

A exteriorização do assédio moral se dá através do comportamento inadequado dos prepostos das empregadoras, os quais utilizam tratamento ofensivo aos empregados, acarretando constrangimento e humilhação no ambiente de trabalho.

Vale lembrar que caso o empregado ingresse com uma reclamação trabalhista o assédio moral, como espécie do gênero dano moral deve ser cabalmente comprovada pelo reclamante nos termos dos arts. 818, da CLT.

No entanto importante frisar que prática do assédio moral está pendente de previsão em legislação específica, atenta contra inúmeros direitos positivados em nosso ordenamento jurídico, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, o da inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e o direito a saúde, em específico a saúde mental, tal como constam nos artigos 1º, III, 5º, X e 6º, todos da Constituição Federal.

Existe diferença entre o assédio moral, assédio sexual e o dano moral. O assédio sexual atenta contra a liberdade sexual, enquanto que o assédio moral fere a dignidade psíquica do ser humano.

Por sua vez, essas duas condutas assediadoras tem como consequência o dano podendo ser de natureza patrimonial ou extra patrimonial.

A verdade é que o dano moral é o dano extra patrimonial, portanto, uma consequência do assédio moral sofrido seja ele moral ou sexual.

Com relação ao assédio moral considera-se uma violência de natureza psicológica sofrida pelo empregado, implicando lesão de um interesse extra patrimonial (sem equivalência econômica), porém juridicamente protegido, ou seja, dano moral.

Importa salientar que a reparação do dano moral tem por objetivo compensar o lesado pelo prejuízo sofrido, de modo que lhe assegure confiança, equilíbrio e conforto moral para o retorno à atividade laboral conforme jurisprudências do TST.

De acordo com os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, ensejadores do dever de reparar o dano.

Com relação à fixação do valor da indenização, têm que se levar em consideração uma série de circunstâncias entre elas as condições do ofensor, o local onde ocorreu o fato, a extrapolação deste em relação a terceiros e principalmente não se pode permitir que o valor estabelecido importe na insolvência do ofensor, como uma loteria para o ofendido.

As empresas deveriam inserir treinamentos especiais nas áreas de gestão para que seus responsáveis saibam efetivamente lidar com conflitos de maneira mais produtiva.

Ocorre que na maioria das vezes os superiores hierárquicos são excelentes técnicos em sua área, mas jamais conseguiram compreender a gestão de pessoas. Se as empresas adotassem um processo positivo que iria gerar mais respeito entre o subordinado e a chefia direta conquistando respeito e admiração.

A dignidade da pessoa humana de acordo com a Constituição Federal da Republica de 1988 ganhou um patamar de princípio foi inserida pelo artigo 1º inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito ao lado de outros fundamentos.

A carta magna ao valorizar o direito do trabalho e ao proteger a dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, bem como posição privilegiada no texto constitucional, são, sem sombra de dúvidas, manifestações inequívocas de que para o nosso constituinte este princípio é basilar e informa todo o ordenamento jurídico. A dignidade, como valor inerente à pessoa, é inalienável e irrenunciável. Como princípio fundamental, goza de *status* de norma jurídica e reclama proteção e promoção pelo poder público e particulares.

As empresas precisam criar meios de prevenção quanto ao assédio moral, que não se resume em cumprir a lei, mas envolve ações afirmativas sobre todo e qualquer negócio jurídico praticado. Sendo necessário mecanismos internos e de políticas de liderança com responsabilidade na empresa, para que se destinem a disseminar a compreensão das diferenças existentes entre os colaboradores.

Cabe-se lembrar que, a prevenção é uma postura que atinge a todos, sendo que o Estado é financiado por todos nós, pode-se gastar menos com

doentes. Principalmente a empresa mantém sua imagem de ambiente produtivo conseqüentemente terá um sucesso econômico. O funcionário saudável é parte da função social da empresa em tratar o empregado com dignidade.

O presente artigo abordou o assédio moral no ambiente do trabalho. A partir de uma visão mais humana.

Constatou-se, no entanto, ainda não haver legislação específica para o assédio moral que tenham como escopo resguardar e assegurar a dignidade da pessoa humana de maneira de evitar a degradação da relação de emprego e combatendo o assédio moral.

É certo que o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho é de suma importância, sem dignidade o trabalhador perde a sua cidadania.

Ressalta-se que uma das maneiras pelas quais se poderá coibir o assédio moral no trabalho relaciona-se diretamente à indenização a ser percebida pelo agredido.

Desse modo, deve haver um ressarcimento do assédio moral a atribuição de valor pecuniário é feito para desestimular a prática de novos constrangimentos e humilhações por parte do assediador.

Por conseguinte, a fixação de um valor pecuniário compatível com o dano sofrido pela vítima servirá de óbice para pratica de novas infrações por parte do empregador. Vale lembrar que o montante fixado deverá representar um valor suficiente para inibir futuras práticas dessas condutas lesivas. Deve ser ponderado a intensidade dos conflitos em questão para que se atinja efetivamente o patrimônio do lesante para que esses atos não venham a serem praticados.

Por conseguinte, o contexto econômico de enorme desigualdade social somada a implantação de novas tecnologias que precisam cada vez menos mão de obra, cresce o desemprego, assim como se acirrou a competição no mercado de trabalho faz-se alteração do perfil do

empregado, sendo cada vez mais exigido capacidade, qualificação, agressividade e competência.

Dessa forma torna-se imprescindível que medidas efetivas sejam tomadas de proteção ao trabalhador. No assédio moral, como foi constatado, a vítima é atingida no seu íntimo, na condição de ser humano e na complexidade de sentimentos que lhe são inerentes.

Portanto, caberá à justiça expulsar este comportamento através de medidas punitivas.

Embora inexista legislação específica sob o tema, a [Constituição Federal](#) além de ter o Princípio da Dignidade Humana como fundamento da República e finalidade da ordem econômica, assegura o meio ambiente do trabalho sadio, além de proteger a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, entre outras, com a possibilidade de ressarcimento do dano moral. Ademais nossos Tribunais já são pacíficos no sentido de indenizar a prática de Assédio Moral.

Cabe salientar que a consolidação das leis do trabalho [CLT](#), trata sobre o tema, ainda que superficialmente, tendo em vista que segundo o disposto no art. [483](#), aquele que sofre a humilhação moral poderá obter a extinção contratual indireta, com fundamento no descumprimento das obrigações por parte do empregador.

A conclusão é no sentido de que o dano moral decorrente de assédio, deve ser analisado e indenizado pela Justiça do Trabalho. O quantum indenizatório variará para cada caso, em virtude da situação concreta, e se possível, levando em consideração o salário do empregado, multiplicado por fatores diversos.

A "dor" mais do que nunca merece o ressarcimento, especialmente nos dias atuais, onde a moral deve ser enaltecida e elevada de todas as formas.

Desse modo, a elaboração do presente estudo permitiu obter maiores informações acerca do assédio moral na relação de trabalho,

constatando-se que este é um problema que pode afetar qualquer trabalhador, trazendo consequências sérias à saúde do trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Constituição** (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, 1988

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.^a ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 83.

MIRANDA Jorge **Manual de Direito Constitucional** 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

PEREIRA Caio Mário da Silva **Responsabilidade Civil**. Editora Forense. 2002 p. 60).

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. (**A reparação do dano moral no direito do trabalho**/São Paulo: LTr, 2004, p. 103).

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. *Trabalho. O assédio moral no trabalho e a responsabilidade da empresa pelos danos causados ao empregado*. Disponível em: Acesso em: 04/08/2015.

GUIA de direitos. Assédio Moral. Disponível em: Acesso em: 04/08/2015.

LIMA, João Paulo Maia. **O Abalo psicológico decorrente do assédio moral suportado pelo empregado na relação de emprego: um dano moral indenizável**. Disponível em: Acesso em: 04/08/2015.

BEGUOCI, Leandro. **Pressão cotidiana ou humilhação continuada?** *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 jul. 2005. Caderno Sinapse. Disponível em: .

CAIXETA, Sebastião Vieira. O assédio moral nas relações de trabalho. *Revista do MPT*, Brasília, Ed. LTr, n. 25, p. 90-112, mar. 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. **O assédio moral, o estresse e os portadores de DDA**. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, v. 21, n. 1003, p. 7-9, fev. 2004.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Tradução Maria Helena Kühner. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **Assédio moral e seus efeitos jurídicos**. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 68, n. 3, p. 189-195, jul./dez. 2002.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **O assédio moral no ambiente do trabalho**. *Revista LTR*, São Paulo, v. 68, n. 8, p. 922-930, ago. 2004.

NOGUEIRA, Sérgio. O uso das palavras estrangeiras. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 14 fev. 2005. Disponível em: . Acesso em: 29 nov. 2006.

SALVADOR, Luiz. Assédio moral: doença profissional que pode levar à incapacidade permanente e até à morte. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 15, n. 470, p. 13-17, jan. 2003.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. **O assédio moral no Direito do Trabalho**. *Revista TRT 9ª Reg.*, Curitiba, n. 47, p. 177-226, jan./jun. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

in O Dano **Moral**, o Assédio **Moral** e o Assédio Sexual nas Relações de Trabalho, São Paulo : LTr, 2006, p. 171/172).

<http://www.tst.jus.br/>

<http://portal.mpt.mp.br/>

<http://www.trt4.jus.br>