BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 870

(Ano X)

(08/09/2018)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2018

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

05/09/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette
» A França legalizou a pedofilia na prática: isso não é "fake news"

ARTIGOS

06/09/2018 Rita de Cássia Brito Aragão
» Educação urbana: um olhar dentro do comportamento humano

06/09/2018 Waldeir Hamilton Azevedo Funayama

» Fake news e sua influência na corrida presidencial de 2018

06/09/2018 Mariana Gomes Rodrigues

» O E-Commerce e o direito do consumidor em uma abordagem da legislação brasileira

06/09/2018 Rodrigo Perrone

» O intermitente e seus reflexos no sistema previdenciário

06/09/2018 Thaisa Juliana Sousa Ribeiro

» Patrimônio de afetação à luz dos elementos que circundam as Entidades Fechadas de Previdência Complementar

05/09/2018 Newller Thiago Fernandes Mascarenha

» Alimentos gravídicos: responsabilidade civil da gestante e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos

05/09/2018 Mariana Gomes Rodrigues

» Uma abordagem multidisciplinar dos princípios do desenvolvimento sustentável e o Direito Ambiental

05/09/2018 Rodrigo Queiroz de Araújo

» A realização da justiça social através da inclusão previdenciária

04/09/2018 Mariana Gomes Rodrigues

» O tráfico de seres humanos sob a ótica da violação aos direitos humanos em uma perspectiva internacional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

04/09/2018 Alexandre Santos Sampaio

» Inadimplemento Mínimo: A teoria da substancial performance

04/09/2018 Newller Thiago Fernandes Mascarenhas

» Reality Show: a indisponibilidade dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

04/09/2018 Telma Aparecida Rostelato

» Proteção ambiental - breve abordagem constitucional acerca do CAR (Cadastro Ambiental Rural)

03/09/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» Princípio da insignificância deve ser aplicado com cautela nos crimes previstos na Lei de Drogas

03/09/2018 Telma Aparecida Rostelato

» A vida e o alcance jurídico dos direitos fundamentais

03/09/2018 Claudia Machado de Assis

» Imunidade tributária dos livros eletrônicos

03/09/2018 Elizangela Santos de Almeida

» O professor do curso de Direito: sua pós-graduação stricto sensu e os seus reflexos no ensino jurídico

MONOGRAFIAS

05/09/2018 Lucas José Mont'Alverne Frota
» Reforma trabalhista e a inafastabilidade jurisdicional: análise das principais alterações advindas com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017

04/09/2018 Thiago Helio Martins da Cunha
» O sistema acusatório e os poderes instrutórios do juiz no Processo Penal brasileiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A FRANÇA LEGALIZOU A PEDOFILIA NA PRÁTICA: ISSO NÃO É "FAKE NEWS"

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado, com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Recentemente foi divulgada na internet a notícia de que a legislação francesa, na prática, teria legalizado ou liberado a pedofilia**[1]**, ao não permitir o estabelecimento de idade mínima para que alguém possa manter relação sexual com uma criança ou adolescente.

Um dos vídeos sobre o tema foi elaborado e exposto por Bernardo P. Küster, onde o autor informa sobre o estabelecimento expresso na nova legislação francesa de que não pode haver uma idade mínima para que uma pessoa possa praticar atos libidinosos de qualquer espécie com um (a) jovem. [2]

Logo em seguida, notícias como essa acima foram tachadas como "fakenews" ou notícias falsas por veículos de aferição.

Afirma-se que a França não tinha na legislação anterior uma idade mínima para a liberação de atos sexuais com menores, embora houvesse o reconhecimento da idade de 15 anos na prática. Então, alega-se que o que a nova lei faz é "somente" estabelecer explicitamente que não existirá a possibilidade de um marco de idade mínimo para considerar "ipso facto" configurado o abuso sexual de menores, tudo dependendo da análise da inexistência de violência, grave ameaça, fraude, ou mesmo falta de discernimento do menor no momento do consentimento. Este seria o teor da chamada "Lei Schiappa" (Lei 703/18, de 03.08.2018).[3]Ocorre que no corpo dos próprios desmentidos há contradição. Em primeiro lugar, há a atribuição do rótulo de "fakenews", de forma arbitrária, a uma interpretação, que é subjetiva, dos efeitos práticos de uma medida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

legislativa que simplesmente proíbe a existência, seja legalmente, seja por jurisprudência, de um marco mínimo para atos sexuais entre adultos e crianças. Em segundo lugar, num dos próprios desmentidos, há a afirmação de que a legislação francesa nunca previu uma idade mínima, ao mesmo tempo em que se aponta o artigo 227 – 25 do Código Penal Francês, estabelecendo como "atteintesexuelle"qualquer prática sexual com menores de 15 anos. [4] E essa afirmação é a verdadeira. Em pesquisa na própria net é possível encontrar rapidamente a legislação penal francesa traduzida para o espanhol, onde se verifica claramente o estabelecimento, em lei, de uma idade mínima, senão vejamos a transcrição:

> "Artículo 227-25 CÓDIGO PENAL (Ley nº 98-468 de 17 de junio de 1998 art 18 Diario Oficial de 18 de junio de 1998) El hecho de cometer sinviolencia, coacción, amenazanisorpresaun atentado sexual **contra un menor de quinceaños** por parte de una persona mayor de edad será castigado con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros" (grifo nosso). [5]

A verdade é que o Código Penal Francês já previu sim uma idade mínima para atos sexuais com menores sem violência, fraude ou grave ameaça, a exemplo do que ocorre no Brasil com o chamado "Estupro de Vulnerável" (artigo 217 – A, CP).

E mais escandaloso ainda é o fato de que a atual redação reformada ainda cita a idade de 15 anos! Ou seja, a afirmação de que essa idade – limite "nunca existiu na França" (sic) é realmente mentirosa! Vejamos a atual redação do Código Penal Francês no original, eis que a acima transcrita era a anterior, que foi alterada:

> "Artigo 227 – 25- Horslecas de viol ou de touteautreagressionsexuelle, le fait, par unmajeur, d'exercer une atteintesexuelle**surunmineur de quinze ans** est puni de septansd'emprisonnement et de 100 000 € d'amende". ("Exceto no caso de estupro ou qualquer outra agressão sexual, o fato, por um maior, de exercer uma agressão sexual **a um menor de quinze anos** é punido com sete anos de prisão e 100.000 € de multa". Tradução livre. Grifos nossos.).[6]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Observe-se que as penas sobem de cinco para sete anos de prisão, mas o afastamento por outros dispositivos do marco etário seguro faz com que o aumento seja inócuo em relação à baixa expectativa de efetiva punição de grande parte dos casos de abusos de menores. Sabe-se desde Beccaria, no século XVIII, que a gravidade da pena prevista não inibe e sim a sua efetiva aplicação aos culpados. Em suas palavras:

"Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo".[7]

No seguimento, vem a definição de violência sexual, em que, novamente, é desmentido o alegado de que o Código Penal Francês nunca tratou de idade – limite de 15 anos. Senão vejamos no original:

> "Artigo 222-22 – 1 - La contrainteprévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peutêtrephysique ou morale. Lorsquelesfaitssontcommissurlapersonne d'unmineur, lacontraintemoralementionnéeau premier alinéaduprésentarticle ou lasurprisementionnéeau premier alinéa de l'article 222-22 peuventrésulter de ladifférence d'âgeexistant entre lavictime et l'auteurdesfaits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce surlavictime, cetteautorité de fait pouvantêtrecaractérisée par une différence d'âgesignificative entre lavictimemineure et l'auteurmajeur. Lorsquelesfaitssontcommissurlapersonne d'unmineur de quinze ans, lacontraintemorale ou lasurprisesontcaractérisées par l'abus de lavulnérabilité de lavictime ne disposantpasdudiscernement nécessaire pourcesactes". ("A restrição prevista no primeiro parágrafo da seção 222-22 pode ser física ou moral. Quando os fatos são cometidos sobre a pessoa de um menor, a restrição moral mencionada no primeiro parágrafo deste artigo ou a surpresa mencionada no primeiro parágrafo do artigo 222-22 pode resultar da diferença de idade entre a vítima e o autor dos fatos e da autoridade de jure ou de fato que exerce sobre a vítima, esta autoridade de fato pode ser caracterizada por uma diferença de idade significativa entre a vítima

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> menor e o autor principal. **Quando os fatos são cometidos sobre a pessoa de um menor de quinze anos, a restrição moral ou a surpresa são caracterizadas pelo abuso da vulnerabilidade da vítima, não possuindo o discernimento necessário para esses atos**". Tradução livre. Grifo nosso.).[8]

Muito embora ainda se mencione o marco de 15 anos, já se inicia claramente neste ponto a abertura de um tortuoso e largo caminho para a legitimação da pedofilia. Ocorre que a lei passa a erigir um inseguro critério de uma "diferença de idade *significativa* entre a vítima e o autor". Ora, isso se presta a elastérios os mais variados. Um rapaz de 20 anos se relacionar sexualmente com uma menina de 11 ou 12 anos seria ou não possível? Não há solução ou segurança legal. Um homem de 18 anos se relacionar sexualmente com um garoto de 10 ou 11 anos é adequado? A lei não é conclusiva e abre espaço para juízes "progressistas" ou "liberais" (até mesmo para os libertinos). Mais perigosa ainda é a parte final do dispositivo que diz claramente que no caso de suposto abuso a um menor de 15 anos, isso somente ficará caracterizado se for apurada concretamente a "vulnerabilidade" da vítima e sua falta de "discernimento para os atos" sexuais. Ou seja, conforme corretamente noticiado e rotulado errônea e injustamente como "fake news", o marco etário existente sim na lei francesa, foi praticamente apagado ou, no mínimo, extremamente relativizado, de forma que, doravante, a constatação da idade da vítima, por si só, não é suficiente para responsabilizar o adulto perante ela em condutas sexuais.

A cereja do bolo, como se diz popularmente, vem ainda com uma alteração no Código de Processo Penal Francês:

> « Art. 351.-S'il résultedesdébats que le fait comporte une qualificationlégaleautre que celledonnée par ladécision de miseenaccusation, leprésident pose une ou plusieursquestionssubsidiaires. « Lorsquel'accusémajeur est mis enaccusationdu chef de violaggravé par laminorité de quinze ans de lavictime, leprésident pose laquestionsubsidiaire de laqualification d'atteintesexuellesurlapersonne d'unmineur de quinze ans si l'existence de violences ou d'une contrainte, menace ou surprise a étécontestéeaucoursdesdébats. » ("Se resultar dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> debates que o fato envolve uma qualificação legal diferente da dada pela decisão de indiciação, o presidente faz uma ou mais perguntas subsidiárias**."Quando ao acusado é imputado estupro agravado pela menoridade de quinze anos da vítima, o presidente levanta a questão alternativa de classificar uma pessoa com menos de 15 anos como violentada sexualmente, se a existência de violência ou coerção, ameaça ou surpresa foi contestada durante o processo."** Tradução livre. Grifo nosso). [9]

A repetida menção do marco etário de 15 anos na legislação francesa, apresentada em seu original, vai se tornando cada vez mais constrangedora para aqueles que disseram ser "fake news" a afirmação da existência desse marco. Também se torna constrangedor perceber que o Código de Processo Penal reafirma o que o Código Penal erigiu. Ou seja, o marco dos 15 anos é obliterado ou ao menos fortemente relativizado. A contestação de existência de violência, coação, ameaça ou fraude, já serve para trazer à discussão a possível legitimidade de relações sexuais entre maiores responsáveis e menores, mesmo menores de 15 anos. A questão da anuência passa a fazer parte da lei, afastando a proibição de envolvimento sexual de adultos com menores, desde que com consentimento. E, na verdade, na prática, inexiste marco mínimo, porque cada caso concreto ficará ao alvedrio, nem sempre razoável, de cada juiz, mais ou menos "progressista", mais ou menos "liberal", mais ou menos "libertino", mais ou menos equilibrado, justo e moralmente íntegro. Ao fim e ao cabo, a verdade é que, sutilmente as portas são abertas de fresta em fresta à pedofilia. Agora na França, quem sabe, mais tarde, em outras bandas, inclusive no nosso Brasil.

Ora, nesse passo, com o devido respeito, parece que os veículos de aferição é que estão propagando "fakenews", seja na medida em que apresentam textos absolutamente contraditórios e autofágicos, tornando a informação duvidosa para o leitor, seja porque apontam como "fakenews" a interpretação subjetiva ou a avaliação ou prognóstico dos efeitos de uma legislação, coisa passível de livre e aberta discussão, não sendo possível simplesmente calar tal discurso com o rótulo de "fakenews", num chamado "efeito silenciador do discurso", nada democrático, conforme descreve Fiss. [10] Seja finalmente porque veiculam informação efetivamente falsa,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

objetivamente falsa, não se tratando de uma discussão sobre os efeitos de uma alteração legislativa.

O sentido da justificada reação de revolta e preocupação contida em manifestações como a de Bernardo P. Küster, decorre do fato de que a legislação, ao remover um limite objetivo de idade com uma simples e reta proibição de atos sexuais, impondo aos maiores uma relação de responsabilidade e dever para com os menores, passa a equiparar as responsabilidades entre adultos e crianças ou adolescentes na prática do ato sexual, o que é, para além de imoral, uma violação óbvia ao Princípio da Legalidade em seu aspecto material (desiguais estão sendo tratados igualmente). A relação entre um adulto e uma criança ou adolescente não é de igualdade, de reciprocidade, mas de responsabilidade por parte do adulto. Cabe ao adulto conduzir essa relação com exercício de responsabilidade e dever de cuidado para com o menor. Nunca, jamais pode haver uma situação de equiparação moral, legal e de poder entre essas pessoas no que tange às práticas sexuais, a não ser realmente após certa idade que pode variar de acordo com os costumes e grau de informação e maturidade dos menores nos diversos países. A eliminação de um marco etário corresponde sim, perigosamente, a um prognóstico de liberalização das práticas sexuais, envolvendo adultos e menores. A questão não é somente moral, mas diz respeito à provável exploração sexual dos mais vulneráveis nesse relacionamento, tudo isso sob o pálio da lei e das decisões judiciais vindouras.

Pode surgir o argumento de que se está exagerando na temeridade dessas consequências. Mas, um pequeno exemplo do que pode ocorrer com a manipulação da legislação num país como o Brasil, que estabelece legalmente um marco etário para a prática de relações sexuais com menores, será suficiente.

Como se sabe, o Código Penal Brasileiro simplesmente proíbe terminantemente que adultos mantenham, ainda que consensualmente, atos libidinosos de qualquer espécie com menores de 14 anos. Isso, como já dito acima, configura o crime de "Estupro de Vulnerável", previsto no artigo 217 – A, CP. A redação do tipo penal confere aos intérpretes total segurança jurídica:

> "Artigo 217 – A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
>
> Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Pois bem, mesmo com toda essa clareza solar da legislação pátria, há juristas que defendem que o marco dos 14 anos não é absoluto, mas relativo, merecendo apreciação em cada caso concreto, de acordo, por exemplo, com o fato de já haver o menor praticado atos sexuais anteriormente com terceiros. Ou seja, desconsidera-se a corrupção sexual que se reforça a cada prática induzida por um adulto, bem como se desconsidera a letra clara e evidente da lei.

No sentido acima, por exemplo, encontram-se João José Leal e Rodrigo José Leal:

> "a nosso ver a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída".[11]

Contudo, diante da clareza da legislação brasileira, não haveria perigo de que nosso Judiciário se arvorasse a seguir tais entendimentos, permitindo situações monstruosas de evidentes abusos sexuais de menores plenamente vulneráveis, não é verdade? Não!

Pois bem, fato é que em caso claro e evidente, versando sobre o estupro (na época "atentado violento ao pudor") de uma criança de 5 (cinco) anos, em que o indivíduo procedeu a manipulações de seu órgão digital e sexo oral, o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirmou a inexistência de crime porque a criança teria "consentido livremente" (sic) no ato sexual sobredito. Consta desse julgado espúrio que "a vítima foi de espontânea vontade ao encontro do recorrente, atraída pelos dizeres do acusado". E mais: "vamos, por assim dizer" que o ato se deu "com o consentimento da criança", a qual "foi seduzida e não violentada" (sic). Por felicidade essa decisão absurda foi reformada em Recurso Especial 714979/RS pelo Superior Tribunal de Justiça. [12]

Uma decisão como esta é certamente sintoma daquilo que se pode, com absoluta razão, chamar de "esquizofrenia intelectual", caracterizada pelo "amor deliberado à unidade na fantasia e a rejeição da unidade na realidade". [13]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ora, se algo desse jaez é possível de ocorrer numa corte de segundo grau de jurisdição, é de se concluir que a insanidade é algo que se pode espraiar por qualquer canto e nas mais variadas circunstâncias, inclusive quando se tem de julgar a capacidade e a vulnerabilidade vitimal de crianças de tenra idade e, pior ainda, de adolescentes pré - púberes.

E a questão chegou a ser tão intensamente debatida na prática que obrigou o STJ a expedir a Súmula 593, em 25.10.2017, com os seguintes dizeres, que visam conter a sanha de relativização da idade – limite legalmente imposta:

> "O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".

Ora, é mais do que evidente que a preocupação externada em vídeos como o veiculado por Bernardo P. Küster não constitui "fakenews" e nem é fruto de irrazoabilidade. A preocupação de Küster e muitos outros está ancorada na realidade dos fatos, tanto que o autor consta no título de seu vídeo que a pedofilia foi liberada "na prática", não necessariamente por um decreto legal. O efeito prático da eliminação legal do marco etário é altamente perigoso no que tange a uma liberalização das práticas sexuais com menores, mesmo em tenra idade, tudo a depender da interpretação, nem sempre razoável ou mesmo sã, dos encarregados de prover à prestação jurisdicional. O exemplo acima, do Brasil, onde, mesmo com o marco legal evidente, há uma decisão doentia, acatando a capacidade de deliberação para atos sexuais de um menor de 5 (cinco) anos, é paradigmático.

O contorno da legislação para que a prática pedófila seja legitimada por via de seguidas decisões judiciais ditas "liberais" ou "progressistas", é facilitado por demais com a eliminação do marco legal mínimo. Verificou-se que mesmo havendo esse marco, há meios para tentar sua burla.

Abre-se ainda mais o caminho para um ativismo judicial deletério capaz de *promover* a pedofilia, o que é ainda mais grave do que praticá-la. Isso porque a prática se dá com uma pessoa, em um ato ou até mesmo com várias em vários atos, mas não chega a se constituir em uma ação difusa e legitimadora do abuso de menores, o qual, aliás, passaria a ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

"resignificado", pela sua *promoção* judicial em decisões reiteradas, não mais como "abuso", mas como prática natural e até um direito inerente à dignidade sexual das pessoas! Fato é que a medida legislativa francesa simplesmente transforma o que era uma abominação evidente, um absurdo indiscutível, em uma questão que pode ser posta em debate, analisada de acordo com incertas circunstâncias e argumentos os mais variados. Uma criança de cinco anos pode consentir em atos sexuais com um adulto de 35 anos? Ora, isso seria indiscutível com um marco etário (pelo menos seria possível conter a sanha relativista, a exemplo da Súmula 593, STJ no Brasil), mas agora passa a ser tema de discussão. Uma discussão asséptica, distanciada, mantida nas salas dos tribunais, nos gabinetes, bem longe do fedor e da podridão moral em que estarão jogadas as crianças e adolescentesna ruas e casas (especialmente as mais pobres), sob o jugo de exploradores que agora podem contar com a "compreensão" estatal de suas "cândidas" condutas. [14]

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

CÓDIGO Penal. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/content/location/1752 ,acesso em 27.08.2018.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KÜSTER, Bernardo P. França legaliza pedofilia (na prática). Disponível em www.youtube.com , acesso em 27.08.2018.

LEAL, João José, LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável. Disponível em www.jusnavigandi.com.br , acesso em 27.08.2018.

LEGIFRANCE le service public de la diffusion du Droit.Disponível em www.legifrance.gouv.fr , acesso em 28.08.2018.

LOPES, Gilmar. A França aprovou uma lei que liberou a pedofilia? Disponível em www.e-farsas.com , acesso em 27.08.2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MATSUKI, Edgard. França aprova lei que legaliza pedofilia e sexo consentido com crianças #boato. Disponível em www.boatos.org , acesso em 27.08.2018.

PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017.

RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual*. Trad. Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Monergismo, 2016.

NOTAS:

[1] A palavra "pedofilia" será utilizada neste texto para explicitar o abuso sexual de menores por maiores. Sabe-se perfeitamente que se trata de um transtorno sexual na linguagem psiquiátrica, e que, na legislação brasileira inexiste tipo penal com tal denominação, mas sim, por exemplo, os crimes de "estupro de vulnerável", de "Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável", afora crimes previstos no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8069/90), como v.g. artigos 240 a 241 – D.

[2] KÜSTER, Bernardo P. França legaliza pedofilia (na prática). Disponível em www.youtube.com , acesso em 27.08.2018.

[3] LOPES, Gilmar. A França aprovou uma lei que liberou a pedofilia? Disponível em www.e-farsas.com , acesso em 27.08.2018. No mesmo sentido: MATSUKI, Edgard. França aprova lei que legaliza pedofilia e sexo consentido com crianças #boato. Disponível em www.boatos.org , acesso em 27.08.2018.

[4] LOPES, Gilmar. Op. cit.

[5] Cf. CÓDIGO Penal. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/content/location/1752 ,acesso em 27.08.2018.

[6]LEGIFRANCE le service public de la diffusion du Droit.Disponível em www.legifrance.gouv.fr , acesso em 28.08.2018.

[7]BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 80.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[8]LEGIFRANCE le service public de la diffusion du Droit.Disponível em www.legifrance.gouv.fr , acesso em 28.08.2018.

[9] Op. Cit.

[10]FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 58.

[11] LEAL, João José, LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável. Disponível em www.jusnavigandi.com.br , acesso em 27.08.2018.

[12] PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017, p. 39 – 41. Lembremos que na época havia já o marco dos 14 anos em forma de "presunção de violência", de acordo com o atualmente revogado artigo 224, "a", CP, que agora tem continuidade normativo típica em forma, não mais de presunção, mas de "proibição direta", no artigo 217 – A, CP.

[13] RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual*. Trad. Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Monergismo, 2016, p. 144.

[14] ADENDO: Tem havido repetições dos mesmos argumentos dos sites que anunciam como "fake news", a mera prognose de uma liberalização do contato sexual entre adultos e crianças pela influência dos dispositivos da chamada "Lei Schiappa" na França. Continuam, algumas pessoas, confundindo um juízo de valor e prognóstico, com um juízo de fato e diagnóstico. Ao mesmo tempo, mantém uma cegueira, que somente pode ser deliberada, diante da verdadeira informação objetivamente falsa constante dos sites de suposto controle de veracidade, quanto à inexistência, em qualquer tempo, de menção ao marco de idade – limite de 15 anos na legislação francesa. A questão divide opiniões também na França e é normal que a interpretação da lei e suas consequências previstas seja divergente entre as pessoas. O que é inadmissível é rotular como "fake news" uma dada interpretação em prol de outra que igualmente não passa de uma interpretação. Para dirimir qualquer dúvida sobre a polêmica existente, podendo haver interpretações díspares e não necessariamente falsas, exponho algumas manifestações de autores franceses sobre o tema:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Guillaume de Thieulloy, em artigo intitulado "A Lei Schiappa e os incendiários da devassidão" (Original: "La loi Schiappa et les pompiers pyromanes de la débauche" – link: https://www.les4verites.com/politique/la-loi-schiappa-et-les-pompiers-pyromanes-de-la-debauche), faz menção a críticas feitas, inclusive, por setores de esquerda contra a lei, por meio de manifestações e abaixo – assinados. "La loi a loupé son principal objectif qui consistait à protéger davantage les enfants des agressions sexuelles d'adultes". ("a lei perdeu o objetivo principal que era proteger mais crianças da agressão sexual de adultos". Tradução livre). Esclarece que embora a lei tenha surgido num clima de revolta em dois casos de abuso de menores em que os autores foram absolvidos porque se considerou que crianças de 11 anos poderiam consentir com atos sexuais, na hora de estabelecer uma idade proibibiva na legislação houve recuo. Assim, critica fortemente o laxismo da novel legislação francesa:

"Mais le laxisme en matière de protection de l'enfance n'est pas moins inquiétant. La loi Schiappa a donc refusé – et c'est ce que dénonce à juste titre la tribune – de donner un âge au-dessous duquel tout acte sexuel est, ipso facto, un viol, puisqu'il ne peut pas y avoir de consentement. La colère des signataires est d'autant plus justifiée qu'au départ, la loi devait contenir une « présomption de non-consentement » pour les mineurs". ("Mas a frouxidão na proteção infantil não é menos perturbadora. A lei Schiappa, portanto, recusou - e é exatamente isso que a plataforma denuncia - dar uma idade abaixo da qual todo ato sexual é, ipso facto, um estupro, já que não pode haver consentimento. A raiva dos signatários é ainda mais justificada, uma vez que, no início, a lei deveria conter uma 'presunção de não consentimento' para os menores". Tradução livre).

A justificação para tal recuo seria a de que a instituição de uma idade rigorosa, constituiria óbice constitucional frente à presunção de inocência. Mas, não se levou em consideração que o Judiciário já vinha aplicando a idade de 15 anos de maneira automática, com algumas dissidências, o que tornava improvável a alegação de insconstitucionalidade. Mesmo porque, similarmente ao Brasil, se trataria de uma proibição da conduta e não de uma presunção de violência. O autor chama a atenção para o fato de que os mentores da lei são "bombeiros piromaníacos" que "aplaudem a revolução sexual e zombam da fidelidade conjugal". E ainda chama a atenção sobre o envolvimento da Ministra que dá nome à lei com o ramo da pornografia. Finalmente conclui: "Com legisladores e "especialistas" como você, pedófilos e estupradores têm um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

futuro brilhante pela frente"! (No original completo: "La sémillante Secrétaire d'État a affirmé que cette présomption avait été retirée pour éviter une censure du Conseil constitutionnel. C'est possible, mais je ne vois pas pourquoi le Conseil aurait nécessairement censuré l'automaticité de la sanction dans un cas bien précis. Si ma mémoire est bonne, il n'avait pas censuré les peines planchers qui n'étaient pas moins « automatiques ». Au total, cette loi me semble bien mal « ficelée ».Mais, surtout, on ne peut s'empêcher de penser que tous ces braves libertaires, y compris au gouvernement, qui invoquent la protection de l'enfance ou la protection de la femme à longueur de journée, sont de dangereux pompiers pyromanes. Ils applaudissent tous à la révolution sexuelle, moquent la fidélité conjugale, célèbrent « les familles multiples », et s'indignent des conséquences !La réalité, c'est que l'une des causes majeures de la pauvreté en France est le divorce (que chaque majorité successive se vante de faciliter et qui, désormais, peut se faire par simple envoi de lettre recommandée).C'est que les agressions sexuelles doivent beaucoup à la propagande pornographique qui se répand partout (et notre charmante ministre en sait quelque chose, puisque, naguère, elle était auteur, à succès paraît-il, de romans pornos).Mais si vous détruisez les mœurs, ne vous étonnez pas des conséquences. Toutes les lois du monde n'y feront rien. Avec des législateurs et des « experts » comme vous, les pédophiles et les violeurs ont de beaux jours devant eux" !).

De outra banda, encontra-se o advogado Patrick Lingibé, defendendo a lei sob comento como um avanço na proteção de mulheres e menores. O texto é intitulado "Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes: une avancée notable pour la défense des femmes et des mineurs"? ("Lei de 3 de agosto de 2018 que reforça a luta contra a violência sexual e baseada no género: um importante passo em frente para a defesa das mulheres e dos menores? – link: https://www.village-justice.com/articles/commentaire-sur-loi-belloubet-schiappa-aout-2018-renforcant-lutte-contre-les,29277.html). O autor explica que antes da nova lei, embora se citasse a idade de 15 anos, não havia presunção de violência. Com a nova redação essa inexistência de presunção foi mantida. Havia uma promessa governamental de estabelecer uma idade – limite irrefutável, mas o autor a considera como uma violação às garantias constitucionais dos acusados, assim como teria havido um aviso do Conselho de Estado a este respeito. Esta teria sido a razão do recuo. Não compreende o autor que tal idade – limite seria uma norma proibitiva, independente de qualquer presunção de violência. É então mantida e explicitada na lei uma idade, mas que é passível de questionamento quanto à validade do consentimento do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

menor, de modo que "não há crime se uma pessoa de idade completa tiver relações sexuais consensuais com menores de 15 anos de idade". (No original: "Il n'y a donc aucune infraction pénale si un majeur a des relations sexuelles consenties avec un mineur de plus de 15 ans").

Afirma Lingibé:

"No entanto, é particularmente lamentável e angustiante notar que esta lei foi objecto de comentários totalmente falsos a ponto de a distorcer, em particular ao indicar que este texto teria sido mais permissivo e até legalizaria a pedofilia, o que é totalmente enganador. Pelo contrário, esta lei melhora significativamente a prevenção da violência e o acompanhamento das vítimas e reforça fortemente as sanções penais contra os agressores sexuais e protege os menores". No original: ("Néanmoins, il est particulièrement regrettable et affligeant de constater que cette loi a fait l'objet de commentaires totalement faux au point de la dénaturer, notamment en indiquant que ce texte serait devenu plus permissif et légaliserait même la pédophilie, ce qui est totalement fallacieux. Bien au contraire, cette loi améliore sensiblement la prévention des violences et l'accompagnement des victimes et renforce durement les sanctions pénales contre les agresseurs sexuels et protège les mineurs."). Observe-se que o autor tem, portanto, uma interpretação diversa e também qualidica como "falsa" qualquer outra visão. Ele não percebe que o aumento de pena, unido ao incremento de exigências para a comprovação da vulnerabilidade e falta de discernimento dos menores, acaba criando uma normatização autofágica, ainda pior do que a anterior, que, ao menos, se referia aos menores de 15 anos e permitia uma interpretação mais rigorosa, embora tenham havido casos de indevido elastério, a exemplo do que ocorreu no Brasil, mesmo diante de uma legislação proibitiva. O autor, como outros, não enxerga ou não quer enxergar, a abertura legislativa provocada e suas consequências práticas, preferindo acreditar num conto de fadas de um mundo melhor após a edição da Lei Schiappa.

Já Jacques Guillemain apresenta artigo intitulado "Schiappa s'en fout du viol des mineurs" ("Shiappa não se importa com a violação de menores" - link: https://ripostelaique.com/schiappa-sen-fout-du-viol-des-mineurs.html). Guillemain critica o recuo da lei projetada, eliminando o prometido estabelecimento de uma idade proibitiva, sob a alegação de que tal violaria a presunção de inocência.

Na mesma toada, encontra-se o texto "La loi libérale – libertaire de Marlène Schiappa sur les violences sexuelles sur mineurs" ("Lei liberal –

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

libertária de Marlene Schiappa sobre violência sexual contra menores" – link: http://www.medias-presse.info/la-loi-liberale-libertaire-de-marlene-schiappa-sur-les-violences-sexuelles-sur-mineurs/91952/).

Ainda mais incisivo é o texto de Anne Schubert, chamando a atenção para a ascensão de Marlène Schiappa de autora pornô para Ministra de Estado da França ("O fabuloso destino de Marléne Schiappa, autora pornô virou ministra – originalmente: "Le fabuleux destin de Marlène Schiappa, auteur pornô devenue ministre" - link: "https://ripostelaique.com/le-fabuleux-destin-de-marlene-schiappa-auteur-porno-devenue-ministre.html). Não se trata de utilização de argumento "ad hominem", mas de uma constatação quanto à irrazoabilidade no fato de que uma autora da área da pornografia esteja envolvida na elaboração de leis que pretendem impor rigores a questões de conduta sexual.

Finalmente vale citar o texto de Marion Sigaut ("Contre la sexualization des enfants et la loi Schiappa: L'Appel à la résistance de Marion Sigaut & Les oueuvres completes de Marlène Schiappa, alias Marie Minelli"? – ""Contra a sexualização de crianças e a lei de Schiappa: O chamado de Marion Sigaut à resistência e as obras completas de Marlene Schiappa, também conhecida como Marie Minelli"? – Link: http://ladyvanessa.over-blog.com/2018/08/contre-la-sexualisation-des-enfants-et-la-loi-schiappa-l-appel-a-la-resistance-de-marion-sigault.html). A autora tece críticas à lei posta e seu perigo quanto à abertura para a aceitação de relações sexuais de adultos com menores, desde que haja consentimento considerado válido, agora nos termos da lei, que, expressamente põe essa questão em discussão. Também Sigaut expõe as obras pornográficas de Schiappa, contestando sua legitimidade moral para dar credibilidade à legislação que supostamente visaria à maior repressão a abusos sexuais, especialmente contra menores. Segundo Sigaut, antes da lei nova havia proibição expressa de atos sexuais, mesmo consentidos, com menores de 15 anos. Isso era considerado como delito. Agora a questão de uma idade – limite é expressamente afastada pela lei. Mesmo com a situação antecedente, havia o afastamento dessa proibição em casos em que juízes consideravam o menor capaz de assentir validamente. A colocação da questão em discussão expressa na legislação torna a possibilidade ou até probabilidade de abertura para abusos serem considerados atos sexuais aceitáveis, bem mais plausível. Sigaut cita a legislação francesa antecedente, para a qual "L'atteinte sexuelle sur mineur est une infraction prohibant et réprimant les relations sexuelles, y compris consenties, entre un majeur et

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

un mineur sexuel. Cet acte est considéré comme un **délit**." ("O abuso sexual de um menor é uma ofensa proibitiva e reprime as relações sexuais, incluindo o consentimento, entre uma pessoa de idade completa e um menor sexual. Este ato é considerado um crime. "). Note-se que a palavra "proibitiva" tem uma importância ímpar. Portanto, sem esse caráter de "proibição" absoluta, é inegável que as brechas para a aceitação de contatos sexuais com menores, ainda que menores de 15 anos, são abertas pela novel legislação. Quem entenda diversamente está exercitando seu direito de liberdade de pensamento e, ao expressar esse pensamento, o de expressão, mas não pode pretender calar com assertivas arrogantes e invectivas, bem como rotulações, as interpretações divergentes que surgem tanto no Brasil como mesmo na França, conforme demonstrado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

EDUCAÇÃO URBANA: UM OLHAR DENTRO DO COMPORTAMENTO HUMANO

RITA DE CÁSSIA BRITO ARAGÃO: Servidora pública do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; graduada em Gestão Pública e pós-graduada em vários ramos do Direito. Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O apelo humano a sua existência no planeta, trouxe consigo ao longo de sua trajetória histórica, a criação de resíduos poluentes como subprodutos de sua forma alimentar. No principio de sua existência não foram perceptíveis os problemas nem a preocupação resultantes de sua alimentação devidos principalmente a sua característica nômade, organizados em pequenos grupos humanos e familiares, onde não plantavam e nem criavam animais, retirando seu alimento diretamente da natureza. Dessa forma os subprodutos resultantes de sua alimentação naturalmente se reincorporavam ao meio ambiente pela absorção natural da natureza produzindo então pouco efeito ao meio ambiente. Mas com o passar do tempo ate a era atual a evolução humana foi constituindo nova forma organizacional e alteração de seus hábitos alimentares introduzidos pela industrialização alimentar e o alto consumo destes alimentos, esteticamente embalados por materiais poluentes, trazendo consigo o desiquilíbrio visível no meio ambiente, deixando como herança desta revolução humana o desiquilíbrio visível no planeta e a necessária reflexão de seus impactos para a continuidade histórica de suas gerações futuras.

Palavras-chaves: Planeta. Hábitos alimentares. Meio ambiente. Industrialização.

Introdução

Este trabalho tem como preposição de enviesar no contexto histórico do homem como transformador do seu próprio meio, que vai deixando para seus filhos a herança psicológica do uso exacerbado de alimentos industrializados oriundos da era industrial, com pouca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

preocupação na gestão do trato dos resíduos alimentares de sua sobrevivência planetária. As embalagens industriais tornaram-se o foco principal como meio atrativo de consumo em massa, sem ser dada a devida preocupação com o descarte sustentável pela sociedade, implicando no surgimento de várias novas doenças provocadas principalmente por depósitos irregulares que contaminam o ar, solo e águas, necessários a existência sadia de vida dos seres deste planeta.

Conforme Adede y Castro,

> A geração desses resíduos passa a ser problema quando forem quantidade e qualidade tal que impeça o desenvolvimento harmônico dos seres vivos em dado ecossistema e já vem preocupando os homens há milhares de anos, em função das epidemias de doenças surgidas pela contaminação de águas." (ADEDE Y CASTRO, p. 94.)

Neste contexto este artigo tem como propósito uma reflexão sobre o comportamento da sociedade contemporânea e a proposta de educação de gestão dos resíduos ou lixo produzido pelo consumo de alimentos industrializados, conforme citado anteriormente, propondo um comportamento mais racional destes produtos pela conscientização da reeducação alimentar auxiliados, pela escola e pelos órgãos públicos, como prática de estudo no meio estudantil.

Neste sentido é proposto aqui que ao mesmo tempo em que se cria uma cultura educativa de cidadãs críticas preocupadas pela proteção, segurança e conservação do seu meio e o bem estar de nossas futuras gerações, alicerça também o cultivo do pensamento ambiental onde todos possam situar-se na consciência preservativa de vida saudável no planeta.

Antes de explanar o enunciado acima vele ressaltar que a degradação que o meio ambiente vem sofrendo, não se deve apenas aos avanços tecnológicos encadeados pelo ser humano pela industrialização de alimentos, mas como o homem vem relacionando-se com o setor produtivo que alia seus produtos a maximização de consumo pelo marketing sedutor, tornando-se coautor da problemática do crescimento da poluição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ambiental. O consumo humano torna-se fonte potencial geradora de embalagens não consumível como vidros, papelão, metal, plásticos que proliferam a céu aberto pelas vizinhanças das populações atraindo insetos, ratos e outros animais que também contribuem para o aumento dos danos ambientais, tanto no que tange ao aumento da prospecção de doenças quanto à alteração da organização natural destes animais com o seu verdadeiro meio habitat, ou seja, ao mesmo tempo em que condenamos a espécie humana atingimos também o modo como outros seres se relacionam com a natureza.

Dessa forma a sociedade é cumplice dos transtornos globais gerados pela produção de lixo e alteração não apenas do seu meio, mas numa visão planetária vai encarcerando além de si, outras vidas no contexto de sua doença comportamental de consumo, que tem como contrapartida voltar seu pensamento para uma visão global, onde ele não seja o centro de vida no planeta, pois outras vidas já demonstram claramente que a atividade invasiva e destrutiva desta forma alimentar exercida pelo homem, reflete também fora de sua usurpação humana dos bens finitos que o planeta oferece a ordem humana.

O texto foi baseado nas ideias de Roméro (2004), Adede y Castro (2003), Libâneo (1991), Vieira (2008).

Desenvolvimento

A seguir nortearemos esse estudo focando o ensino ambiental nas escolas como agente propulsor para criação de uma janela reflexiva que sustente o freio do consumo inconsciente humano pela intervenção ativa do conhecimento aplicado na escola, como força integrante de reflexão do consumo sábio, motivado pela preservação do meio ambiente e a sensibilidade do aprendizado planetário, criador de mentes pensantes e preocupadas com seu bem-estar sem degradação da natureza e da interação pacífica com outras vidas ao seu redor.

A criação da cultura de consumo consciente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Olhando para dentro de nossa história percebemos a falta de ações conjuntas que integre e motive a sociedade humana para preservação do seu meio, pois esta vê a si mesma como centro de vida no planeta, e vai consumindo os recursos ambientais sem preocupar-se com outros seres que também interagem na vida terrestre, e esse paradigma dificulta o encontro de uma solução comum pelo bem de todas as nações e espécies viventes neste mundo. Percebemos que está incutida em nossa organização social a depreciação de sua própria espécie pela busca de salvação de uma delas mediadas não pelo bem estar de todos, mas pela individualidade entre estas mesmas.

> A ausência de um sujeito histórico ou social preciso e a multiplicidade de visões a respeito das relações de causalidade e das possíveis soluções para as diferentes escalas de problemas ambientais têm dificultado, ainda hoje, o equacionamento de questões locais e internacionais. (Roméro, Phillippi, Bruna, 2004, p.442).

Voltando o olhar para o Brasil percebemos que houve pelo constituinte a preocupação pela preservação do meio ambiente, vez que podemos observar que nos termos do art. 225, § 1.°, VI, da Constituição Federal diz que

> A preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;

Mas percebemos que na prática nossa sociedade parece dissimulada diante do exposto na lei acima e continua a concorrer com crimes ambientais, em pró de um desenvolvimento não sustentável, baseada numa visão de urgência do presente e não num pensamento crítico que respeite a posteridade.

Nesse cenário o poder público deve inferir de forma a disciplinar o consumo através de ações educativas que eleve a sociedade para hábitos saudáveis de consumo de produtos que realmente sejam necessários à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

preservação da vida. E este pode intervir de forma educativa e preventiva educando alunos em escolas de ensino fundamental, formando mentes críticas que possam entender o que está de fato ocorrendo em nosso sistema ambiental e desde cedo já possam colaborar de forma afetiva na proteção do planeta em que residem, sensibilizando inclusive os mais velhos que pela cegueira da ignorância destroem o futuro de sua geração.

Para Libâneo:

> aprender é um ato de conhecimento da realidade concreta, isto é, da situação real vivida pelo educando, e só tem sentido se resulta de uma aproximação crítica dessa realidade. Portanto o conhecimento que o educando transfere representa uma resposta à situação de opressão a que se chega pelo processo de compreensão, reflexão e crítica (Libâneo 1991, p. 54).

Se o aluno compreende o que é transmitido, motivado pelo pensamento criativo, pode aprofundar daquilo que lhe é exposto, fazendo o surgimento de cidadãos que futuramente poderão transformar a realidade de seu país, a partir do instante em que participam de questões políticas e econômicas, exercendo de verdade seus direitos. A educação ambiental favorecerá a compreensão necessária dos fatos e das mudanças ocorridas nestes novos tempos.

E também, conforme Vieira (2008) a Educação é a base para desenvolvimento de um país, pois através dela as pessoas têm subsídios para exigir seus direitos e cumprir os seus deveres, ou seja, as pessoas têm condições de desempenhar o seu papel de cidadãs. Os artigos 1º e 2º da Lei 9.795/99, que dispõe sobre educação ambiental e institui a política nacional de educação ambiental, definem educação ambiental como os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade, sendo um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal.

Partindo dos expostos acima, uma forma direta de lastrear as mentes de alunos é a intervenção preventiva organizada pelos órgãos públicos que pode ser dada pela confecção e distribuição de vídeos e cartilhas educativas, expostas e distribuídas em salas de aulas, ou na realização de palestras e seminários educativos em escolas das séries fundamentais, que juntamente com as explanações dos professores, criariam essa consciência ecológica para preservação do meio ambiente pela inversão de valores aprendidos pela mídia e de seus antepassados históricos, quebrando assim paradigmas sociais para construção de uma nova força consciente, sábia e reconciliadora com a natureza sob a perspectiva de formação de educandos ambientalistas e não de futuros consumidores.

Vemos exemplos acontecendo atualmente na mídia, por Valéria Aguiar:

> Crianças e jovens de 21 bairros da cidade do Rio de Janeiro comemoram o Dia Olímpico, celebrado hoje (23), com atividades envolvendo educação ambiental. Eles recebem informações sobre como economizar água, conservar energia e prevenir queimadas. A ação, que ocorre nas vilas olímpicas municipais, é resultado de uma parceria da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer com a empresa energética Furnas.
>
> As informações serão passadas por técnicos e educadores da empresa Furnas. Serão distribuidas cartilhas, vídeos de animação e técnicas específicas para conscientizar os participantes sobre a importância de hábitos ecologicamente corretos. Segundo a assessoria da Secretaria, as atividades serão de curta duração, das 13h às 15h.
>
> Uma das ações previstas para hoje é uma palestra com a ex-ginasta campeã mundial Daiane

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> dos Santos, na Vila Olímpica Dr. Sócrates Brasileiro, em Pedra de Guaratiba, zona oeste do Rio, às 13h.
>
> "Além da inserção primária no esporte, nossa missão é formar cidadãos e, assim, construir uma cidade mais humana, preparada e consciente", disse o secretário municipal de Esportes e Lazer, Marcos Braz, que alerta para a importância da iniciativa. (AGUIAR, 2015)

Convém, portanto ressaltar que não basta apenas ter o legislador ter feito referencia ao meio ambiente, mas cabe a todos os cidadãos e as autoridades responsáveis o trabalho de tirar do papel tais normas e leis e buscar a efetiva promoção de sua aplicação, tendo em vista que todos devem saber fazer uso adequado dos recursos naturais de forma inteligente e saudável, mediados pelo entendimento de que sem a preservação do meio ambiente não haverá um desenvolvimento sustentável.

Conclusão

É dever de todos os entes federativos a proteção ao meio ambiente e combater todas as formas de poluição, contaminação e descuido quanto a utilização do seu meio, acompanhando, registrando e fiscalizando a exploração dos recursos ambientais nos limites impostos pela lei, impondo sansões pelo descumprimento da legislação ambiental.

E a escola tem papel fundamental como mediador destes conhecimentos que propicie a elevação dos educandos para uma criticidade que remeta estes a pensar sobre o seu meio e como é possível transformá-lo, através do saber vivificado para o bem de toda sua comunidade.

> A existência, por ser humana, não pode ser muda, silenciosa, nem tampouco pode nutrir-se de falsas palavras, mas de palavras verdadeiras, com que os homens transformam o mundo. Existir, humanamente, é pronunciar o mundo, é modificá-lo. O mundo pronunciado, por sua vez, se volta problematizado aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> sujeitos pronunciantes, a exigir deles novo pronunciar (Freire Paulo, 1978, p. 92).

Desta forma qualquer intervenção humana deve ser pensada e planejada sem agressões de direitos de vida terrena, tendo o Estado o dever de proteção e promoção do bem estar do cidadão na sociedade e a guarda dos bens naturais para preservação da vida na terra.

REFERÊNCIAS

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Resíduos perigosos no direito ambiental internacional* – sua internalização nos países do mercosul. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

AGUIAR, Valéria. *Vilas Olímpicas do Rio recebem atividades sobre educação ambiental*. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2015-06/vilas-olimpicas-do-rio-recebem-atividades-sobre-educacao-ambiental. Acesso em: 23 jun. 2015

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei 9.795 de 27 de abril de 1999*. Disponível em:

br/ccivil_03/leis/l9795.htm>. Acesso em: 23 jun. 2015

FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987

ROMÉRO, Marcelo de Andrade; PHILLIPPI, Arlindo Jr; e BRUNA, Gilda Collet. Curso de Gestão Ambiental. São Paulo: Manole, 2004.

VIEIRA, João Luiz de Abreu. Texto básico de educação ambiental para primeiro e segundo graus. Disponível em: . Acesso em: 22 jun.2015

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

FAKE NEWS E SUA INFLUÊNCIA NA CORRIDA PRESIDENCIAL DE 2018

WALDEIR HAMILTON AZEVEDO FUNAYAMA: Bacharelando em Direito pela Universidade Adventista de Sao Paulo.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a influencia das chamadas *Fake News* divulgadas pela internet no contexto sócio político nacional. Para tanto se utilizará do método bibliográfico. Primeiramente se analisará a disseminação das notícias falsas em redes sociais no âmbito internacional e nacional. Por fim será analisado o provável impacto das *Fake News* em relação a corrida presidencial do Brasil no ano de 2018.

Palavras-chave: Fake News. Política. Intenções de voto.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. FAKE NEWS NA ERA DIGITAL 1.1 Contexto histórico e disseminação no âmbito político internacional. 1.2 Disseminação das *Fake News* no âmbito político nacional. 2. *FAKE NEWS* E SUA INFLUÊNCIA NA CORRIDA PRESIDENCIAL DO BRASIL PARA O ANO DE 2018. 2.1 Momento político atual no Brasil. 2.2 As eleições do ano de 2018, Brasil, Ordem e Progresso. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Em um momento tanto quanto controverso na política brasileira, faz-se necessário uma abordagem coerente acerca dos recursos providos pelas redes sociais para os cidadãos.

Desse modo pretende-se analisar através de um estudo exclusivamente consultivo aos sites de notícias e blogs, a influência das chamadas *Fake News* na formação de opinião política do eleitor brasileiro, que são disseminadas em sua maioria pelas redes sociais oferecidas na internet.

Em um primeiro momento será analisado o contexto histórico de maneira breve tanto no âmbito político internacional quanto no âmbito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

político nacional. Como foram capazes de influenciar as eleições presidências nos Estados Unidos no ano de 2016 e como podem interferir nas eleições que se seguirão no Brasil no ano de 2018. Assim como também se poderá observar que a era digital pode formar opiniões acerca de temas complexos como a liberação do porte de armas entre outros.

Em um segundo momento será observado o momento atual político brasileiro e como sites de pesquisa podem de um modo quase que instantâneo posicionar determinado candidato a frente ou atrás das intenções de votos, por meio das *Fake News.*

1. FAKE NEWS NA ERA DIGITAL

1.1 Contexto histórico e disseminação no âmbito político internacional

Ao pé da letra a tradução para o idioma brasileiro, *Fake News,* nada mais significa que notícias falsas. Mas em uma melhor interpretação, poder-se-ia dizer que são aquelas notícias falsas com a intenção de se fazerem parecer verdadeiras em busca de um objetivo específico. "Não é uma piada, uma obra de ficção ou uma peça lúdica, mas sim uma mentira revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade". [1]

Diante do livre acesso às redes sociais e sites de notícias, além dos inúmerosblogs criados quase que diariamente, e por quem quiser sem nenhum tipo de fiscalização, é muito fácil "fabricar" notícias do tipo. Desse modo, imagine o que se poderia fazer quando o objetivo da notícia for elevar ou diminuir os índices de intenção de voto para este ou aquele candidato a um cargo político.

> No geral não é tão fácil descobrir uma notícia falsa, pois há a criação de um novo "mercado" com as empresas que produzem e disseminam *Fake News* constituindo verdadeiras indústrias que "caçam" cliques a qualquer custo, se utilizando de todos os recursos disponíveis para envolver inúmeras pessoas que sequer sabem que estão sendo utilizadas como peça chave dessa difusão.[2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A disseminação de notícias falsas pela internet em suas inúmeras redes sociais é tão estrondosa que manchetes absurdamente falsas são levadas em consideração por alguns leitores. Chegou-se ao ponto de afirmarem que um tubarão foi visto nadando em uma rua dos Estados Unidos.[3] Parece engraçado e inacreditável, mas muitos estão despreparados para digerir e absorver de maneira coerente notícias do tipo liberadas de maneira desordenada e descompromissada.

Além do objetivo claro e inequívoco de fomentar o sensacionalismo barato, tão comum no hodierno, existem aqueles que desejam aumentar seus lucros, elaborando pesquisas que através de um simples *click* direcionam o espectador a comprar esse ou aquele produto, ou por que não, incentivar o voto para esse ou aquele candidato?

Foi o que aconteceu nos Estados Unidos no ano passado, quando uma série de notícias falsas circularam pelas redes sociais, fazendo com que a popularidade da então candidata a presidência Hillary Clinton baixasse e do então eleito Donald Trump se elevassem.

> Em 2016, 33 das 50 notícias falsas mais disseminadas no Facebook eram sobre a política nos Estados Unidos, muitas delas envolvendo as eleições e os candidatos à presidência. Durante a campanha presidencial, notícias falsas foram espalhadas sobre os dois candidatos: o republicano Donald Trump – depois eleito – e a democrata Hillary Clinton. No monitoramento de 115 notícias falsas pró-Trump e 41 pró-Hillary, os economistas Hunt Allcott e Matthew Gentzkow concluíram que as postagens pró-Trump foram compartilhadas 30 milhões de vezes, enquanto as pró-Hillary 8 milhões.[4]

Não se pode afirmar com certeza que as *Fake News* foram cruciais nas eleições no ano de 2016 nos Estados Unidos, no entanto não se pode também de maneira leviana deixar de considerar a possibilidade, uma vez que as opiniões se manifestam de modo inconsequente pelos usuários das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

redes sociais, e pior ainda, pelos próprios operadores do sistema como jornalistas inescrupulosos e sensacionalistas.

> Sobre Trump, a "notícia" de que o Papa Francisco havia apoiado sua candidatura e lançado um memorando a respeito foi a segunda maior notícia falsa sobre política mais republicada, comentada e a qual as pessoas reagiram no Facebook em 2016. Outra notícia falsa, diretamente relacionada com Trump, afirmava que ele oferecia uma passagem de ida à África e ao México para quem queria sair dos Estados Unidos – a postagem obteve 802 mil interações no Facebook. Quanto à Hillary Clinton, uma notícia falsa com alta interação no Facebook – 567 mil – foi de que um agente do FBI (órgão de investigação federal) que trabalhava no caso do vazamento de e-mails da candidata foi supostamente achado morto por causa de um possível suicídio.[5]

As chamadas *Fake News* possuem sim uma importância ímpar na formação de opinião, por esse motivo devem ser estudadas com mais afinco por que àqueles que procuram firmar suas posições ante os conflitos sociais do tipo, tão comuns atualmente.

1.2 Disseminação das *Fake News* no âmbito político nacional

No Brasil tornou-se costume a disseminação de notícias falsas na internet, seja por redes sociais, seja por "jornalecos", seja por profissionais sensacionalistas baratos, seja por "correntes" daquelas enviadas pelo aplicativo de comunicação mais utilizado atualmente, o *whatsapp*. Enfim, o que não falta é meio de comunicação para a distribuição de *Fake News.*

Ocorre que quando utilizadas no meio político, conduzem a sociedade para um caminho muitas vezes de difícil e árduo retorno. Políticos maus podem serem eleitos e resultados catastróficos serão de certa maneira constantes na dia a dia da sociedade.

> No Brasil, o fenômeno sempre foi conhecido de quem acompanha o noticiário político. Notícias falsas, distribuídas por periódicos eleitorais, sempre tentaram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> minar a reputação dos candidatos. Com o passar dos anos, e as modernas ferramentas de comunicação digital, as Fake News tomaram proporções cada vez maiores. Li outro dia, no Estadão, que cerca de 12 milhões de pessoas difundem notícias falsas sobre política no Brasil, de acordo com levantamento do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (Gpopai) da Universidade de São Paulo (USP). O dado é resultado de um monitoramento com 500 páginas digitais de conteúdo político falso ou distorcido no mês de junho.[6]

Sites disseminadores de *Fake News* são criados única e exclusivamente com a intenção de fomentar o conflito intermitente entre as classes de posicionamentos políticos, tornando o cidadão comum escravo dessa ou daquela corrente filosófica política sem ao menos ter noção do que elas representam.

Poder-se-á perceber principalmente a intencionalidade em desmoralizar determinadas figuras envolvidas com o meio político, como aconteceu com o cantor e compositor Gilberto Gil no ano de 2015. O site de notícias e formador de opinião Pensa Brasil, publicou uma manchete com uma declaração supostamente dada pelo cantor. Segundo o site, Gilberto Gil teria dito a seguinte frase: "Lula lutou muito pelo Brasil, não merecia esse juizinho fajuto" [7].

A frase veio seguida de uma foto do cantor, e o "juizinho fajuto", dizia o texto, era Sérgio Moro.

Após uma ação impetrada pelo cantor perante o Superior Tribunal de Justiça, o site foi obrigado a retirar a seguinte manchete com a suposta alegação do cantor. Gilberto Gil atualmente, move uma ação com pedido de indenização por danos morais contra o site.

Por mais que a circulação de notícias falsas pela internet sejam uma constante, um estudo que se baseou em critérios de pesquisa adotados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pela Universidade de São Paulo procurou demonstrar as características principais das publicações do tipo *Fake News* na internet.

Segundo Associação dos Especialistas em Políticas Públicas de São Paulo (AEPPSP)[8], as características em comum são:

a) Foram registrados com domínio.com ou .org (sem o .br no final), o que dificulta a identificação de seus responsáveis com a mesma transparência que os domínios registados no Brasil;
b) Não possuem qualquer página identificando seus administradores, corpo editorial ou jornalistas. Quando existe, a página 'Quem Somos' não diz nada que permita identificar as pessoas responsáveis pelo site e seu conteúdo;
c) As "notícias" não são assinadas;
d) As "notícias" são cheias de opiniões — cujos autores também não são identificados — e discursos de ódio (haters);
e) Intensiva publicação de novas "notícias" a cada poucos minutos ou horas;
f) Possuem nomes parecidos com os de outros sites jornalísticos ou blogs autorais já bastante difundidos;
g) Seus layouts deliberadamente poluídos e confusos fazem-lhes parecer grandes sites de notícias, o que lhes confere credibilidade para usuários mais leigos;
h) São repletas de propagandas (ads do Google), o que significa que a cada nova visualização o dono do site recebe alguns centavos (estamos falando de páginas cujos conteúdos são compartilhados dezenas ou centenas de milhares de vezes por dia no Facebook).

É possível perceber que apesar de bem elaboradas, a detecção não é assim tão difícil. Basta que os leitores se mantenham atentos. No mais, existem alguns critérios éticos e morais próprios e individuais que cada cidadão deve adotar em seu convívio social diário. Dessa maneira poder-se-á manter certo grau de discernimento acerca de *Fake News* observadas na internet.

2. *FAKE NEWS* E SUA INFLUÊNCIA NA CORRIDA PRESIDENCIAL DO BRASIL PARA O ANO DE 2018

2.1 Momento político atual no Brasil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Desde que o escândalo do “Mensalão” estourou no País no ano de 2005, o povo brasileiro que sempre teve um pé atrás com o sistema político adotado pelo Brasil com o fim da Ditadura Militar no ano de 1985, passou a ser ainda mais desconfiado em relação aos políticos. Nos últimos doze anos, um escândalo atrás do outro foi sendo descoberto e atualmente contamos com a maior operação de combate a corrupção política já vista na história do País em pleno vigor, a Operação Lava Jato.

Essa operação foi capaz de desarticular diversos esquemas de lavagem e desvio de dinheiro público, colocando atrás das grades nomes importantes da política brasileira, como por exemplo José Dirceu e o ex govenador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, além de muitos outros, não necessariamente políticos, mas envolvidos com a política como o ex-diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa. É incontroversa a questão sobre a efetividade da operação, pois seus resultados são evidentes, bastando um simples acesso ao site oficial do Ministério Público Federal, para que se observe em números os resultados obtidos.

Ocorre que, com a situação política atual do Brasil, deturpada por políticos inescrupulosos, novos candidatos surgem com a bandeira do heroísmo içada e se aproveitam do caos para se colocarem na posição de salvadores da pátria.

> Quem comanda o show ou sabe como dele se apropriar, contudo, organiza essa massa com o objetivo de promover sua imagem como ''guardião dos valores'' de um determinado naco da população e ser visto como sua ''consciência crítica''. Dessa forma, consegue aumentar sua capacidade de construir significados e sentidos coletivos. Mais do que isso, consegue trazer esse naco para dentro de sua área de influência e ter poder sobre ele. O que pode ser muito útil na tentativa de conquistar uma candidatura à Presidência da República.[9]

Com isso posicionamentos que antes seriam absurdos, hoje parecem de certa maneira até mesmo consideráveis, como por exemplo a liberação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

do porte de armas. Clara e inequívoca mensagem de intolerância de que a violência somente poderá ser vencida com mais violência.

Segundo uma matéria publicada pelo site Época no ano de 2015, o Estatuto do Desarmamento foi um sucesso. Em um trecho da matéria poder-se-á ler argumentos interessantes sobre a não liberação do porte de armas para os cidadãos.

> **Ter uma arma em casa intimida os assaltantes**
>
> Falso. Armas estão entre os bens mais valorizados por ladrões. São um motivo a mais para o assalto. "O roubo a residências tende a aumentar em bairros com predomínio de armas nas casas", afirma o estudo *Os efeitos da prevalência de armas sobre os assaltos*, publicado em 2002 pelos pesquisadores **Philip Cook**, da **Universidade Stanford**, e **Jens Ludwig**, da **Universidade Duke**, dos **Estados Unidos**. A ilusão de segurança começa na crença de que o pai de família terá tempo de perceber um ataque. Isso acontece em filmes, raramente na vida real. O criminoso tem a seu favor o efeito surpresa. Mesmo se percebesse o ataque, a vítima teria de sacar a arma para se defender. Ou a arma fica em lugar de fácil acesso, ao alcance de crianças e estranhos, ou fica escondida, menos disponível. Se conseguir sacar a arma, a vítima precisará de habilidade para dominar um bandido que talvez não quisesse atirar, mas, agora, diante de alguém armado, certamente tentará. É possível reagir com sucesso? É. Mas improvável. Na pesquisa ***Também morre quem atira,*** o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)** estudou os casos de latrocínio – roubo seguido de morte – registrados em 1998, antes do Estatuto do Desarmamento. Concluiu que as pessoas armadas correm risco 56% maior de morrer num assalto. Quando a vítima está armada, há em média 2,2 mortes, 46% mais do que quando a vítima está

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> desarmada. Ao adquirir uma arma, o cidadão compra segurança – mas acaba levando perigo para perto de sua família.[10]

No entanto, apesar de nas redes sociais circularem pesquisas que demonstram que boa parte da população é a favor dessa liberação, no dia a dia quando entramos em um debate honesto cara a cara, percebemos que a maioria ainda se posiciona contra o porte de armas.

O mesmo acontece quando questões levantadas acerca do aborto surgem nas redes sociais. Veja bem, não é que o posicionamento escolhido pelo pesquisador seja contra, mas a maioria da população quando questionada de perto em um debate honesto, se posiciona contra desde que não seja em alguns dos casos já previstos em lei.

Com isso poder-se-á formular o seguinte questionamento: como as *Fake News,*que possuem o poder de desarticular e moldar uma sociedade a sua maneira e de modo controverso em relação ao real desejo da população, ainda assim não serem criminalizadas com penas de restrição da liberdade pelas autoridades competentes?

Pelo fato de conferir certa legitimidade à censura, talvez, as autoridades responsáveis se mantenham inertes na maioria dos casos. Ou por haver certo interesse na propagação de notícias do tipo, afinal, os principais beneficiados por elas são os políticos que se posicionam de maneira a se tornarem os libertadores da nação. Pior ainda, são aqueles corruptos que com as diversas notícias falsas que circulam na internet, conseguem desviar o foco da sociedade para que possam assim aprovar certas medidas e leis na calada da noite no congresso. Ou seria apenas, para sair de foco em um momento em que estejam sendo alvo de investigações?

Independente do motivo que tornam as Fake News de certo modo interessante para os oportunistas de plantão, fato é que nós cidadãos devemos manter nossas atenções enquanto estivermos "conectados". A responsabilidade para com a nação é recíproca, não bastando apenas o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sufrágio universal e o voto direto e secreto previsto pelo art. 14 da Constituição Federal de 1988.

2.2 As eleições do ano de 2018, Brasil, Ordem e Progresso

Com as eleições presidenciais se aproximando diversos sites inundados com as *Fake* News já começaram a se posicionar a favor desse ou daquele candidato. Alguns candidatos são os mais perseguidos, como por exemplo o Deputado Federal Jair Bolsonaro. O candidato em questão, encontra-se em evidência por se colocar como aquele que irá livrar o povo da corrupção. Com a bandeira do patriotismo, o candidato em questão assume posicionamentos conservadores, como por exemplo a liberação do porte de armas e a negativa ao casamento entre homossexuais. Posicionamentos extremos de fato, no entanto, a esquerda e até mesmo alguns de direita, com temor do aumento de intenções de votos favoráveis ao candidato, disseminam inverdades sobre o mesmo nas redes sociais.

A mídia Fake News conhecida como Veja publicou a seguinte notícia no dia 22/09/2017,

> O deputado federal **Jair Bolsonaro** (PSC-RJ) convidou o primeiro delator da **Lava-Jato** a se candidatar pelo **Patriotas**, legenda que abrigará o presidenciável. Bolsonaro quer que **Paulo Roberto Costa** concorra a uma cadeira na Câmara. O ex-diretor da Petrobras estaria considerando seriamente o convite. Vale lembrar que Costa foi condenado a 12 anos de prisão por corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Graças ao seu acordo com a Justiça, vai cumpri-los em liberdade.
>
> (**ATUALIZAÇÃO**: Bolsonaro nega ter feito o convite a Paulo Roberto Costa).[11]

Perceba que uma notícia desse teor se fosse divulgada em um veículo de comunicação com mais prestígio, poderia abalar a popularidade do candidato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, algumas pesquisas de intenção de votos não tão sérias poderiam induzir o eleitorado ao erro, fazendo com que o povo acredite que o candidato em questão esteja mais a frente quando na verdade encontra-se em posição inferior.

No site de pesquisas do Datafolha, G1 Globo, o cenário aparece desfavorável em relação ao candidato Bolsonaro tanto ao 1º turno das Eleições quanto ao 2º turno, que no caso do site em questão, o candidato a presidência não chega a alcançar. As pesquisas foram realizadas em setembro desse ano em diversos cenários com a inclusão de candidatos como João Doria, Geraldo Alckmin e até mesmo Fernando Haddad. [12]

Por outro lado, o Ibope, aponta que Jair Bolsonaro irá para o 2º turno e somente não será eleito caso Lula seja impedido de se candidatar.[13] Pesquisa realizada no mês de outubro também desse ano.

Perceber-se-á que em um espaço de pouco mais de vinte dias, o candidato em questão que antes não chegaria sequer ao 2º turno em todos os cenários de pesquisa fornecidos pelo Data Folha, como que em um passe de mágica, se torna o favorito do povo.

Assim como o candidato em questão, outros também sofrerão com a atuação das *Fake News*, devendo o cidadão brasileiro estar em alerta com todo e qualquer conteúdo disponibilizado na internet, levando em consideração as dicas apresentadas no capitulo anterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que apesar de serem extremamente perigosas no que se refere a interferir nos posicionamentos dos cidadãos uma vez que são levados a acreditar em notícias de teor falso, as *Fake News* por si só não possuem o condão de direcionar a sociedade. Isto, pois, compete ao indivíduo a responsabilidade de se colocar de maneira escorreita ante irregularidades observadas em sites e blogs maliciosos, de maneira que não contribuam de modo irresponsável para com a propagação das notícias que entenderem serem mentirosas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Existe certa culpabilidade em cada um de nós acerca das mazelas sofridas pelos políticos corruptos que são eleitos, isso é fato e nada pode ser feito em relaçãoaos que agem com culpa. Quanto aos que agem com dolo, esses sim devem ser responsabilizados, inclusive criminalmente pelas autoridades competentes. Essa é a única maneira de combater as *Fake News* no ambiente virtual e proporcionar ao cidadão de bem certa segurança em relação aos conteúdos disponibilizados na internet.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOG DO SAKAMOTO. **Como os políticos fomentam a intolerância e o moralismo em busca do poder.** Disponível em: https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2017/10/01/como-politicos-fomentam-a-intolerancia-e-o-moralismo-em-busca-de-poder/ Acesso em: 24 nov 2017.

BLOG PORTA 23. **Brasil é o País mais preocupado com fake News, diz GLOBESCAN.** Disponível em: https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2017/09/26/brasil-e-o-pais-mais-preocupado-com-fake-news-diz-globescan/ Acesso em: 23 nov 2017.

DATAFOLHA. Disponível em: < https://g1.globo.com/politica/noticia/lula-bolsonaro-marina-doria-alckmin-pesquisa-datafolha-para-2018.ghtml> Acesso em: 24 nov 2017.

ÉPOCA. **Facilitar o acesso às armas de fogo é recuar na busca da paz.**Disponível em: http://epoca.globo.com/ideias/choque-de-realidade/noticia/2015/05/facilitar-o-acesso-armas-de-fogo-e-recuar-na-busca-da-paz.html Acesso em: 24 nov 2017.

FOLHA UOL. **Como funciona a engrenagem das notícias.** Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859808-como-funciona-a-engrenagem-das-noticias-falsas-no-brasil.shtml Acesso em: 23 nov 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

ISSO É NOTÍCIA. Estudo da USP embasa lista dos 10 maiores sites de "falsas notícias" no Brasil Disponível em: https://www.issoenoticia.com.br/artigo/projeto-da-usp-lista-10-maiores-sites-de-falsas-noticias-no-brasil Acesso em: 24 nov 2017.

JORNAL LIVRE. **Mídia lança fake News sobre Bolsonaro e ele rebate: "Que mídia é essa?".** Disponível em: https://jornalivre.com/2017/09/22/midia-lanca-fake-news-sobre-bolsonaro-e-ele-rebate-que-imprensa-e-essa/ Acesso em: 24 nov 2017.

JORNAL NACIONAL. **Pesquisa mostra como leitores combatem as "fake news".** Disponível em: < http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/pesquisa-mostra-como-leitores-combatem-fake-news.html> Acesso em: 22 nov 2017.

POLITIZE! Notícias falsas e pós-verdade: o mundo das fake news e da (des)informação. Disponível em: http://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/ Acesso em: 22 nov 2017.

RAIS, Diogo. O que é *Fake News*? Disponível em: http://portal.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/artigo/o-que-e-fake-news/Acesso em: 22 nov 2017.

UOL Notícias. **Ibope aponta Lula e Bolsonaro em 2º turno em 2018.**Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/29/primeira-pesquisa-do-ibope-aponta-segundo-turno-entre-lula-e-bolsonaro.htm Acesso em: 24 nov 2017.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[1]RAIS, Diogo. O que é *Fake News*? Disponível em: http://portal.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/artigo/o-que-e-fake-news/Acesso em: 22 nov 2017.

[2]RAIS, Diogo. O que é *Fake News*? Disponível em: http://portal.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/artigo/o-que-e-fake-news/Acesso em: 22 nov 2017.

[3]Disponível em: < http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/pesquisa-mostra-como-leitores-combatem-fake-news.html> Acesso em: 22 nov 2017.

[4]Disponível em: < http://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/> Acesso em: 22 nov 2017.

[5]Disponível em: http://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/Acesso em: 22 nov 2017.

[6]Disponível em: https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2017/09/26/brasil-e-o-pais-mais-preocupado-com-fake-news-diz-globescan/ Acesso em: 23 nov 2017.

[7]Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859808-como-funciona-a-engrenagem-das-noticias-falsas-no-brasil.shtml Acesso em: 23 nov 2017.

[8]Disponível em: https://www.issoenoticia.com.br/artigo/projeto-da-usp-lista-10-maiores-sites-de-falsas-noticias-no-brasil Acesso em: 24 nov 2017.

[9]Disponível em: https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2017/10/01/como-politicos-fomentam-a-intolerancia-e-o-moralismo-em-busca-de-poder/ Acesso em: 24 nov 2017.

[10]Disponível em: http://epoca.globo.com/ideias/choque-de-realidade/noticia/2015/05/facilitar-o-acesso-armas-de-fogo-e-recuar-na-busca-da-paz.html Acesso em: 24 nov 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[11]Disponível em: https://jornalivre.com/2017/09/22/midia-lanca-fake-news-sobre-bolsonaro-e-ele-rebate-que-imprensa-e-essa/ Acesso em: 24 nov 2017.

[12]Disponível em: < https://g1.globo.com/politica/noticia/lula-bolsonaro-marina-doria-alckmin-pesquisa-datafolha-para-2018.ghtml> Acesso em: 24 nov 2017.

[13]Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/29/primeira-pesquisa-do-ibope-aponta-segundo-turno-entre-lula-e-bolsonaro.htm Acesso em: 24 nov 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O E-COMMERCE E O DIREITO DO CONSUMIDOR EM UMA ABORDAGEM DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

MARIANA GOMES RODRIGUES: Graduanda em Gestão de Políticas Públicas na Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o direito do consumidor em compras online utilizando uma perspectiva da legislação brasileira, levando em consideração o fato de que as compras online vem ganhando mais espaço, uma vez que esse tipo de comércio além de ser capaz de formalizar processos e informações, é muito seguro, ágil e confortável para os clientes, que aproveitam melhor seu tempo, encontrando com mais facilidade o que procuram sem o mínimo de deslocamento têm contribuído para um crescimento acelerado desse comércio no Brasil. A fim de desenvolver uma análise conjuntiva em que seja possível estabelecer nexos entre o e-commerce e o direito do consumidor na legislação brasileira, parte-se de um estudo bibliográfico de artigos, leis, livros e teses relacionados ao tema abordado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; Internet; Compras Online; Lojas Virtuais; Legislação Brasileira.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A revolução do consumo na era digital. 3. O direito do consumidor e as compras online em uma abordagem da legislação brasileira. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

---

1. INTRODUÇÃO

A rápida evolução das tecnologias da informação e da comunicação alimentou os novos paradigma do Comércio Eletrônico — E-Commerce. Empresas de todo o mundo têm criados ou estão no processo de criação do e-commerce para suas tradicionais empresas. Uma infinidade de novos produtos e serviços estão sendo inovados e comercializados através da internet criando, assim, oportunidades de negócios globais avaliados em bilhões de dólares. Desde o período de , bem como a entrega de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

mercadorias são tratados através de meios eletrônicos, várias mudanças nos regulamentos de negócios tornam-se necessárias para o bom andamento dos negócios e para oferecer proteção ao consumidor. Os países em desenvolvimento provavelmente ficarão para trás e perderão benefícios da revolução das tecnologias de informação e das oportunidades de comércio eletrônico se as políticas de acesso à tecnologias, educação, desenvolvimento de competências, regulamentação do comércio electrónico e protecção do consumidor não for atualizado. O movimento consumerista inicia-se no Brasil principalmente nos anos 70, momento em que são instauradas as primeiras associações civis e entidades governamentais (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 26).

Na sociedade tecnológica de hoje, o marketing digital assumiu um papel e uma importância muito maiores de consumismo. Não há dúvida ou debate de que o marketing foi transformado pela tecnologia. A maioria empresas desenvolveram websites e mantêm uma comunicação regular e constante com os consumidores via e-mail, blogs, aplicativos e uma variedade de plataformas de mídia social. Mas pequenas empresas estão se comunicando com funcionários e consumidores através de smartphones e computadores pela Internet. Quase todos empresas têm sites interativos que exibem seus produtos e fornecem uma variedade de serviços para seus clientes. Muitos líderes corporativos e empresariais também reconhecem o valor das mídias sociais para alcançar consumidores. Esses tipos de ferramentas de comunicações móveis serão aprimorados e usados mais comumente o futuro.

Um dos desenvolvimentos mais substantivos na entrega de atividades de marketing nos últimos anos foi, sem dúvida, o surgimento e o crescimento das compras pela Internet. Essa forma de comunicação relativamente nova revolucionou a compra e a venda de produtos e serviços, permitindo que os clientes selecionassem e importassem itens - muitos dos quais não estão disponíveis em fachadas de lojas locais - diretamente de fornecedores em todo o mundo com o clique de um botão e muitas vezes a um preço reduzido. Embora as compras on-line tenham proporcionado um novo cenário internacional para a realização de negócios, o uso desse meio e a ausência de interações físicas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

apresentaram à lei inúmeros desafios em termos do escopo da proteção ao consumidor.

2. A REVOLUÇÃO DO CONSUMO NA ERA DIGITAL

A referida Era da Informação ou a Era Digital foi definida como o período de tempo começando na década de 1970 com a introdução do computador pessoal (notebooks), com tecnologia fornecendo a capacidade de transferir informações de forma livre e rápida. Alguns autores da área da tecnologia afirmam que essa revolução é na verdade a segunda das três etapas de uma comunicação revolução.A primeira etapa é descrita como a Revolução do Computador, a qual computadores tiveram sua produtividade aumentada; o segundo é apelidado de Revolução da Internet, durante o qual o computador pessoal mudou para a interconexão universal. A terceira etapa foi classificada como a era digital durante os computadores pessoais melhoraram com recursos para conectar uma ampla gama de produtos, incluindo câmeras digitais, livros digitais e smartphones.

A era digital atual influencia nossos estilos de vida tanto quanto qualquer ambiente industrial, cultural ou acadêmico na revolução da história. Como consumidores, estamos no período da revolução digital, optando por gastar mais do nosso tempo de lazer online usando computadores e televisores digitais e conectar-se a dispositivos móveis como tablets e smartphones *touch screen*. Toda essa tecnologia permitiu aos consumidores adaptar o conteúdo de lazer aos seus gostos específicos e formatos preferidos e de acordo com a necessidade pessoal. Nós podemos gastar nosso tempo ocupado em música e filmes digitais, jogos online, redes sociais e os mais recentes vídeo sonline de grande sucesso. As mudanças parecem continuar a interromper as cadeias de valor existentes no setor de economia em todo o lazer digital, introduzindo riscos, mas criando oportunidades de investimento.

Atualmente a internet é o meio mais utilizado e desenvolvido para a comunicação e acesso a todo tipo de informação, a maior parte da sociedade está conectada à ela. São milhões de pessoas no conglomerado de redes de comunicação em escala mundial e que dispõe milhões de dispositivos interligados pelo protocolo de comunicação que permite o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

acesso a informações e todo tipo de transferência de dados, ou seja, é algo absurdamente moderno e cada dia mais se torna mais inovador e atual. Ela vem conquistando toda a população e está cada vez mais fornecendo serviços, uma vez que as pessoas buscam no dia a dia mais facilidade e rapidez para suas atividades e deveres.

3. O DIREITO DO CONSUMIDOR E AS COMPRAS ONLINE EM UMA ABORDAGEM DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os direitos do consumidor que realiza suas compras pela Internet ainda são incipientes. Em 2013, o governo brasileiro aprovou o Decreto nº 7962, que regulamenta a compra de bens e serviços por meio eletrônico. Agora, além do Código de Defesa do Consumidor, conhecido como CDC, que é o Código de Defesa do Consumidor, as regras que garantem a proteção do consumidor em relação ao comércio eletrônico também são delimitadas por este novo decreto. No artigo 49doCódigo de Defesa do Consumidor garante o direito de arrependimento nas compras online. Segundo ele, o cliente pode desistir do contrato ou da compra, sem precisar justificar o motivo, no prazo de sete dias a partir de sua realização ou recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ocorra fora do estabelecimento comercial, como é o caso do e-commerce. Se o consumidor exercitar o direito previsto no artigo 49, os valores eventualmente pagos durante o prazo de reflexão serão devolvidos de imediato, monetariamente atualizados.

Além dele, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), coordenado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), elaborou diretrizes que regulamentam normas para o comércio virtual. Seu principal ponto é o supracitado direito de arrependimento. A ele, o SNDC acrescenta que cabe ao fornecedor oferecer meios eficientes de devolução do produto e informar o consumidor sobre seus direitos.

Como não existem limites para o comércio virtual, o documento também define que devem ser prestadas informações claras, precisas e em português ao consumidor, caso a oferta e publicidade sejam feitas na nossa língua. As diretrizes garantem ainda a facilidade e rapidez do cancelamento de cobrança ela empresa de cartão de crédito se houver descumprimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

contratual do fornecedor ou quando o consumidor não reconhece a transação. O mais recomendado é procurar o fornecedor e tentar chegar a uma acordo amigável. O contato pode ser feito pessoalmente ou por meio de carta, fax ou e-mail. Se isso não der bons resultados, no entanto, o consumidor deve procurar o Procon. Se, mesmo com a intermediação de um órgão de defesa, a empresa ainda se recuse a resolver o problema, o consumidor pode recorre à Justiça por meio dos Juizados Especiais Cíveis (JECs).

De acordo com o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que assegura os direitos dos consumidores em compras na internet, garante ao consumidor que o fornecedor do produto não pode cobrar qualquer quantia a título de frete de devolução do produto, bem como é vedado ao fornecedor exigir, como condição para aceitar o pedido de devolução, que a embalagem esteja intacta. Tudo aquilo que for ofertado ao consumidor deve ser cumprido, caso contrário, o consumidor possui o direito de exigir o cumprimento da oferta, escolher um produto ou prestação de serviço equivalente e pedir o cancelamento do contrato e a devolução do que foi pago, com a devida correção de valores.

Conforme dispõe o artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor existem, em geral, três espécies de garantias ao consumidor, a Garantia Legal, a Garantia Contratual e a Garantia Estendida, onde todos os produtos e serviços têm garantia concedida pela lei. A garantia cobre qualquer tipo de dano, defeito imperfeição ou problema do produto ou serviço, tudo sem custo nenhum do consumidor. A garantia legal tem um período de validade de trinta dias para serviços ou produtos com curto prazo e de noventa dias para produtos duráveis como por exemplo um carro, um computador, eletrodoméstico, entre outros. Os prazos são contados a partir da data de entrega do produto ou da conclusão do serviço.

O artigo 50 do Código de Defesa do Consumidor, a Garantia Contratual é uma garantia não obrigatória mas ela é estabelecida entre o fornecedor e o consumidor, por um prazo adicional à garantia legal estabelecida pela lei. Esta garantia deve estar registrada em documento escrito conhecido como "Termo de compromisso". A garantia estendida é uma garantia que é paga pelo consumidor, ou seja, é uma garantia que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

prorroga a garantia do produto após o vencimento da garantia legal ou da garantia contratual, funcionando assim como o que conhecemos por "seguro". O consumidor deve ficar atento para que essa garantia não esteja incluída no preço do produto ou serviço e nem disfarçada como "desconto".

A Presidente Dilma Rousseff publicou, em 15 de março de 2013, o Decreto nº 7.962/2013, que estabelece regras específicas aplicáveis ao comércio eletrônico no Brasil. O decreto foi aprovado como um regulamento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que não estava atualizado com a tecnologia on-line para a aquisição de produtos e serviços. O decreto trouxe algumas inovações importantes. De acordo com as novas regras, os fornecedores devem informar expressamente nos sites seus nomes, números de registro de contribuinte, endereços físicos e eletrônicos, bem como todas as informações essenciais sobre os produtos ou serviços oferecidos, incluindo eventual cobrança ou restrição aplicada à oferta.

Simultaneamente ao Decreto nº 7.962 / 2013, a presidente Dilma editou também o Decreto nº 7.963/2013, cujo objetivo é integrar políticas, programas e ações de promoção e proteção da defesa do consumidor no país. Embora o plano não tenha trazido mudanças concretas na legislação atual, a expectativa é de que ele melhore e torne mais rigorosa e efetiva a conformidade das regras relativas à defesa e proteção dos consumidores.

O decreto também impõe aos fornecedores outras regras aplicáveis ao comércio eletrônico, incluindo a obrigatoriedade de apresentar aos consumidores um resumo do contrato antes de concluir a aquisição, obrigatoriedade de confirmar prontamente o recebimento da aceitação da oferta e das demandas de outros consumidores, obrigatoriedade de manter um serviço adequado e eficaz para responder às demandas dos consumidores e de apresentar uma resposta no prazo máximo de cinco dias e obrigatoriedade de garantir o direito de arrependimento através da mesma forma utilizada pelo consumidor para contratar o serviço ou produto e informar prontamente o uso desse direito à instituição financeira aplicável, de modo a evitar qualquer encargo ou para assegurar o pronto reembolso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

4. CONCLUSÃO

A rápida evolução da tecnologia da informação abriu novas oportunidades de negócios globais sob a forma de comércio eletrónico, que pode ser explorada também pelos países em desenvolvimento. Teme-se que estes Os desenvolvimentos podem aumentar o fosso digital e os países desenvolvidos podem ficar para trás eperder na corrida. Exemplos ilustrados no artigo demonstram que a Índia está bem preparada para usar as tecnologias de informação para o desenvolvimento social e na superação do fosso digital. Várias agências internacionais, ministérios e grupos empresariais abordaram o surgimento de oportunidades de negócios globais do e-commerce e desenvolveu propostas para discussões em vários fóruns internacionais. É importante que as organizações de consumidores no país em desenvolvimento refletir sobre essas propostas e desenvolver mecanismos que sejam mutuamente benéficos. No entanto, desde a velocidade do desenvolvimento é alarmante, precisamos fortalecer nossos recursos humanos, construir infra-estrutura e encontrar formas mais inovadoras de utilizar as tecnologias para o desenvolvimento global do economia.

No Brasil, o comércio eletrônico tornou-se uma forma usual de comprar produtos e serviços e, como em qualquer tipo de atividade econômica, deve ser regulamentado. Atualmente, novas leis que regulamentam o comércio eletrônico foram aprovadas no país. Aqui você encontrará o que foi estabelecido para eles. Os consumidores que compram através de meios eletrônicos terão agora informações seguras e claras sobre o produto, serviço e fornecedor que estão comprando, e também sobre a realização do prazo de entrega e disponibilidade e eficácia do serviço pós-venda. O principal objetivo dessas novas leis de comércio eletrônico é oferecer ao consumidor um canal de informação, bem como respeitar o direito ao arrependimento, que é o direito do consumidor de se arrepender de ter feito a compra.

Sendo assim, faz-se necessária a atenção do consumidor quanto os seus direitos e que caso aconteça algum problema que infrinja a lei, é importante que ele tente resolver de forma pacífica e amigável, agindo com honestidade e respeito com o fornecedor do produto ou serviço. Caso em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

primeiro contato com a empresa não tenha sido possível resolver o problema, o consumidor tem um órgão especializado no atendimento ao consumidor, que no Brasil é o PROCON. É importante que o consumidor guarde os recibos, notas fiscais, documento registrado com a data de entrega do produto e emails que podem ter sido trocados com o fornecedor durante a tentativa de resolver o problema. Com relação aos sites de compras coletivas, o decreto também solicita informações sobre a quantidade mínima de consumidores exigidos para a venda, o prazo de uso da oferta, bem como a identificação do fornecedor responsável pelo site e do fornecedor responsável pelo produto ofertado ou serviço.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fabrício da Mota. **O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1353, 16 mar. 2007. Disponível em: . Acesso em: 25 de abril de 2017.

Associação Brasileira de Comércio Eletrônico. Disponível em: https://abcomm.org/noticias/category/numeros-do-e-commerce/. Acesso em 25 de abril de 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2010. 540 p.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). **Lei 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acesso em: 11 de abril 2017.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O INTERMITENTE E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

RODRIGO PERRONE: Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Processo Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Mestrando em Direito do Trabalho pela Universidade Pontifícia Católica de São Paulo.

Resumo: O presente trabalho pretende discorrer sobre a figura do trabalhador intermitente trazida pelas alterações promovidas pela Lei 13.467/2017, conhecida como "reforma trabalhista" e seus reflexos no Sistema Previdenciário Brasileiro.

Rodrigo Perrone[1]

Palavras-chave: Contrato de trabalho intermitente. Reflexos no Sistema Previdenciário. Art. 194 e 195, I, "a" da Constituição Federal. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio do Mínimo Existencial. Princípio da Solidariedade.

Abstract: The present paper intends to discuss the figure of the intermittent worker brought by the changes promoted by Law 13467/2017, known as "labor reform" and its reflexes in the Brazilian Social Security System.

Keywords: Intermittent work contract. Reflections on the Social Security System. Art. 194 and 195, I, "a" of the Federal Constitution. Principle of the Dignity of the Human Person. Principle of the Existential Minimum. Principle of Solidarity.

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com efeito, a Lei 13.467/2017, também conhecida como "reforma trabalhista", entrou em vigência em 11 de novembro de 2017, realizando profundas alterações na área trabalhista.

Nesse sentido, referida norma alterou as estruturas do Direito do Trabalho, trazendo novas redações para diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, modificando conceitos balizares da doutrina e jurisprudência deste ramo jurídico.

Muitas dessas alterações são questionáveis, com relação a sua constitucionalidade e o respeito aos acordos internacionais ratificados pelo Brasil na Organização Internacional do Trabalho (OIT), sendo certo que diversos dispositivos já se encontram sob análise de sua legalidade, através do controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e do difuso exercido pelos juízes de primeiro grau.

Com todo respeito ao legislador, este agiu mal em promover referidas alterações, as quais tiveram claro objetivo de flexibilizar as normas trabalhistas, privilegiando o capital em detrimento a dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, com falsos argumentos de que a legislação trabalhista estaria ultrapassada, pois não teria sofrido alterações desde 1943, bem como promessas de aumento de emprego, as quais frisa-se não se concretizaram, o governo brasileiro, contrariando os ditames constitucionais promoveu alterações sensíveis que afetaram tanto o Direito do Trabalho como o Previdenciário.

Neste contexto, nasceu uma nova espécie de relação de emprego, o chamado contrato intermitente, cuja as características irão influenciar o Sistema Previdenciário, conforme será discutido no decorrer deste artigo, buscando propiciar ao leitor uma visão sobre este novo contrato de trabalho introduzido pela lei 13.467/2017.

2. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A Lei 13.467/2017 introduziu uma nova espécie de contrato, o chamado intermitente. Dispõe o Art. 443 da CLT que *"o contrato individual*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ***ou para prestação de trabalho intermitente".*** *(gn)*

Esta forma de contrato vem sendo utilizada em diversos países, como França, Alemanha e Inglaterra, sendo conhecido como o famoso "zero-hour contract".

Em Portugal, segundo o professor Iure Pereira Pinheiro, juiz do trabalho da 3ª Região, o Código de Trabalho Português cuida nos Art. 157 a 160 do trabalho intermitente, sendo este admitido apenas para empresas que exerçam atividades com descontinuidade ou intensidade variável. Ainda, no período de inatividade, o trabalhador tem direito a uma compensação retributiva, convencionada em acordo coletivo e na falta deste, o empregador deverá pagar 20% da remuneração base que este empregado iria receber caso tivesse se ativado. Na Itália, afirma o doutrinador que esta forma de contrato está prevista no Decreto Legislativo n. 81/2015, somente podendo ser constituído em caso de previsão coletiva para períodos limites de 400 dias a cada três anos e para menores de 24 anos e maiores de 55 anos. Por sua vez, na França somente poderá ser firmado através de acordo coletivo, bem como deverá ser pactuado um labor anual mínimo para este trabalhador. Na Espanha, deve-se acordar em convenções coletivas um mínimo de dias de trabalho e acesso ao seguro desemprego. [2]

Do exposto acima, verifica-se que na maioria dos países, existem salvaguardas para garantir um mínimo de remuneração para o trabalhador, pois sem estas, o empregado ficará privado do mínimo necessário para sua sobrevivência, pois nesta espécie de contrato pode não se ativar por meses, ficando sem qualquer provento.

No Brasil ao contrário dos demais países, essa forma de contrato foi imposta sem qualquer proteção, ou seja, não há qualquer limitação para esta espécie de contratação, nem uma garantia de um mínimo anual de trabalho que desse segurança ao empregado de que receberá ao menos algum valor fixo caso não se ative.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A única previsibilidade para o empregado de que irá receber algum valor neste contrato, se é que podemos chamar desta forma, está elencada no Art. 452-A, § 4º da CLT, o qual prevê uma multa de 50% sobre a remuneração acordada no caso de descumprimento da oferta de convocação por uma das partes.

Ora, observa-se que essa multa somente ocorrerá em razão do descumprimento de uma convocação, não sabendo o trabalhador quando esta ocorrerá, podendo demorar meses para que seja chamado por seu empregador.

Prosseguindo, o contrato intermitente alterou profundamente o conceito de relação de emprego, isto porque no Direito do Trabalho, empregado será toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador, estando a este subordinado recebendo uma contraprestação, não sendo outro o entendimento que se extrai do Art. 3º da CLT.

Segundo o professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado (2018, p.338):

> "Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sociojurídica, são eles, porém, captados pelo Direito que lhes confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos fático-jurídicos). Não, são, portanto, criação jurídica, mas simples reconhecimento pelo direito de realidades fáticas relevantes. Também denominados pela mais arguta doutrina jurídica de pressupostos, esses elementos fático-jurídicos alojam-se "...na raiz do fenômeno a ser demonstrado", antecedendo o fenômeno e dele independendo, embora venham a ser indispensáveis à composição desse mesmo fenômeno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Conjugados, esses elementos fático-jurídicos (ou pressupostos) em uma determinada relação socioeconômica, surge a relação de emprego, juridicamente caracterizada".

Conforme se verifica, a redação que introduz o trabalho intermitente em nosso país, altera os conceitos de relação de emprego, no que diz respeito a subordinação e habitualidade, pois agora o trabalhador poderá ser convocado para prestar serviços por apenas alguns períodos, para vários empregadores, sendo a inatividade não considerada como tempo à disposição, ou seja, forma-se o vínculo empregatício, porém sem a habitualidade, podendo o empregado laborar apenas algumas horas, possuir diversos patrões e não ser remunerado pelo tempo de inatividade a espera de uma nova convocação, tudo de acordo com o disposto pelo Art. 452-A, § 1º e 5º da CLT.

Sobre o tempo à disposição, convém mencionar a redação prevista no Art. 452-C da CLT, o qual foi revogado em razão da perda da validade da Medida Provisória n. 808/2017:

> "Art. 452-C. Para fins do disposto no § 3º do art. 443, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A.
>
> § 1º Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho.
>
> § 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Destaca-se contudo, que referido dispositivo foi novamente reproduzido através da Portaria n. 349/2018 do Ministério do Trabalho em seu Art. 4º, a qual deverá ser observada em nosso ordenamento jurídico.

Pois bem, referido contrato de trabalho admite ainda que o empregado receba menos que um salário mínimo, uma vez que consta em seu *caput*, que o trabalhador não poderá receber valor inferior ao mínimo hora, conforme dispõe o Art. 452-A da CLT.

Diante do narrado, resta evidente que o contrato de trabalho intermitente trouxe novidades que flexibilizam a relação de trabalho, retirando direitos dos empregados, isto porque agora podem trabalhar apenas poucas horas e receberem valores abaixo do salário mínimo.

Entende o professor Iuri Pereira Pinheiro que este contrato de trabalho inviabiliza a possibilidade de programação de sua vida, ou seja, acaba por prejudicar o acesso aos direitos sociais previstos no Art. 6° de nossa Carta Magna. Afirma ainda que contrato intermitente viola o Princípio da Alteridade, transferindo os riscos da atividade econômica para o trabalhador, pois a convocação dependerá da demanda de serviços, sendo, portanto, seu salário uma surpresa. [3]

Essa transferência do risco é ilegal e constitui um dos motivos pelos quais a doutrina e jurisprudência apontam para invalidade dessa forma de contratação, conforme se verifica no aresto a seguir proferido pela 8ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho em Ação Civil Pública contra a empresa Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA, mais conhecida ao público como McDonald's:

> RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender,em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, **é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, *caput*, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido**. (TST- RR-9891900-16.2005.5.09.0004; Órgão Julgador: 8ª Turma; Julgamento: 23/02/2011; Publicação: 25/02/2011; Relatora: Dora Maria da Costa) (gn)

Nas palavras do professor Maurício Godinho Delgado (2018, p.668) este contrato retirou diversas garantias dos trabalhadores, conforme se verifica no trecho a seguir transcrito:

> "O novo contrato de trabalho intermitente, conforme se pode perceber, inscreve-se entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT sem diversas proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, verifica-se que o contrato intermitente trouxe diversas alterações ao Direito do Trabalho, sendo certo que estas reduziram os direitos dos celetistas, bem como suas remunerações, situação que irá impactar diretamente no Sistema Previdenciário Brasileiro, tanto no que diz respeito a proteção deste trabalhador como também na captação de recursos para garantir seu acesso aos benefícios, conforme será discutido no momento oportuno deste estudo.

3. DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE A CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO TRABALHADOR INTERMINTENTE

Sem delongas, antes de adentrar na matéria atinente aos reflexos de Lei n. 13.467/2017, importante destacar os dispositivos trazidos por esta norma que se referem as questões previdenciárias.

Nesse sentido, o Art. 452, §8º da CLT dispõe que o empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento destas obrigações.

Ainda sobre esta matéria, o Art. 6° da Portaria n. 349/2018 do Ministério do Trabalho e Emprego, prevê que o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias própria e do empregado, com base nos valores pagos no período mensal.

Ato contínuo, a antiga Medida Provisória n. 808/2017 trazia que o Art. 452-A da CLT seria acrescido dos parágrafos 13º e 14º, os quais versavam sobre o auxílio doença e o salário maternidade, cujo teor transcreve-se *in verbis: "§ 13. Para os fins do disposto neste artigo, o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade, vedada a aplicação do disposto § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213, de 1991; § 14. O salário maternidade será pago diretamente pela Previdência Social, nos termos do disposto no § 3º do art. 72 da Lei nº 8.213, de 1991".*

Referida Medida Provisória ainda acrescentava o Art. 911-A a Consolidação, versando sobre o acesso do trabalhador a Previdência Social:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "Art. 911-A. O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.
>
> § 1º Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador.
>
> § 2º Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar previsto no § 1º, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário mínimo mensal não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários."

Portanto, de acordo com esta Medida Provisória, os trabalhadores que recebem menos que o salário mínimo, o qual atualmente se encontra no valor de R$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais) deveriam recolher 8% sobre a diferença entre a remuneração recebida de um ou mais empregadores e o valor do salário mínimo mensal, **sob pena de não serem considerados segurados e os valores recolhidos não contarem para o cumprimento do período de carência para recebimento dos benefícios previdenciários**, não sendo outro o entendimento que se extrai do Ato Declaratório Interpretativo da Receita Federal Brasileira n. 6 de 24 de novembro de 2017, a seguir transcrito:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

"Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 6, de 24 de novembro de 2017 Publicado no DOU de 27/11/2017, seção 1, página 103)Dispõe sobre a contribuição previdenciária complementar prevista no § 1º do art. 911-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso XXV do art. 327 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, e tendo em vista o disposto no art. 911-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, declara:

Art. 1º A contribuição previdenciária complementar prevista no § 1º do art. 911-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a ser recolhida pelo segurado empregado que receber no mês, de um ou mais empregadores, remuneração inferior ao salário mínimo mensal, será calculada mediante aplicação da alíquota de 8% (oito por cento) sobre a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal.

1º O recolhimento da contribuição previdenciária prevista no caput deverá ser efetuado pelo próprio segurado até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da prestação do serviço.

2º Não será computado como tempo de contribuição para fins previdenciários, inclusive para manutenção da condição de segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e cumprimento de prazo de carência para concessão de benefícios previdenciários, o mês em que a remuneração

recebida pelo segurado tenha sido inferior ao salário mínimo mensal e não tenha sido efetuado o recolhimento da contribuição previdenciária complementar prevista no caput".

Dos citados dispositivos, verifica-se que o legislador ao introduzir o contrato intermitente foi omisso em diversos pontos relativos a matéria previdenciária, sendo necessária a edição de uma Medida Provisória para tratar deste assunto.

Ocorre que referida Medida Provisória perdeu sua validade diante da não ratificação pelo Congresso Nacional, situação esta que trás ainda mais dúvidas sobre como deverá ser enfrenada as questões atinentes ao acesso deste trabalhador aos benefícios da Previdência Social.

Posto isto, será abordado a seguir as consequências das alterações propostas pelo legislador no que tange a matérias previdenciárias.

4. DOS REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NO SISTEMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – DA SOLIDARIEDADE – DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Com efeito, a introdução do contrato intermitente em nossa legislação causou diversas alterações, trazendo prejuízos aos trabalhadores, os quais agora podem ser submetidos a empregos precários com salários reduzidos.

Nesse diapasão, o Art. 452-A da CLT não se harmoniza com os preceitos constitucionais referentes a Seguridade Social, qual seja, a busca pela justiça social prevista no Art. 3º de nossa Carta Magna.

Isto ocorre porque a dicção do referido dispositivo faz com que o trabalhador intermitente nos períodos em que se encontra em atividade seja enquadrado como empregado, situação esta que é afastada durante os períodos de inatividade, no qual não haverá o recolhimento previdenciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

E mais, a remuneração apenas pelas horas trabalhadas, representa um grande óbice para este trabalhador preencher os requisitos previstos hoje para aposentaria, pois frisa-se o trabalhador não sabe quando ou se irá se ativar e somente após a prestação do serviço serão recolhidas as contribuições previdenciárias.

Pior, como se não bastasse tal situação, na qual o trabalhador não é considerado segurado no período de inatividade, tem prejuízos com relação ao tempo de contribuição diante da ausência de habitualidade na prestação dos serviços o que irá afetar sua aposentadoria, o Governo editou a Medida Provisória n. 808/2017 que dispunha que aquele empregado que recebesse menos que o salário mínimo legal, deveria realizar o recolhimento complementar previdenciário desta diferença, sob pena de não ser considerado como segurado do Regime Geral de Previdência, bem como os valores recolhidos não serem considerados para cumprimento do período de carência.

Por sorte, referida Medida Provisória perdeu sua validade, não havendo mais a necessidade do trabalhador intermitente que recebe menos de um salário mínimo mensal realizar referida complementação no presente momento.

E por certo não deverá ser revivida, como pretende realizar futuramente o governo brasileiro através de Portarias, pois esta medida está em desacordo com os princípios que regem nossa Carta Magna a respeito da matéria previdenciária.

Observa-se que todo o arcabouço criado para dificultar o trabalhador intermitente de ter acesso aos benefícios do Sistema Previdenciário está em desacordo com os ditames da Constituição Federal, isto porque nosso ordenamento jurídico é regido pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no Art.1º, III da CF/88.

A respeito deste princípio, transcreve-se os ensinamentos do professor José Afonso da Silva (1998, p.108/109):

> "O Estado Brasileiro, segundo o Art. 1°, tem como fundamentos a soberania. Dignidade da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. "Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observem Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa de direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art.170), a ordem social visará a realização da justiça social (art.193) a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art.205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores de conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana".

Portanto, como citado pelo Autor, referido princípio por ser fundamento do Estado Brasileiro, diante de sua valoração, privilegia Direitos Sociais, dentre os quais estão

incluídos os benefícios previdenciários. Logo, não pode o Estado dificultar ou então excluir os cidadãos do acesso ao Sistema Previdenciário, como pretendeu o legislador com a elaboração da Medida Provisória n. 808/2017.

Ato contínuo, o entendimento trazido pelo legislador nesta Medida Provisória não se coaduna com as disposições do Art. 195, I "a" da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Constituição Federal, o qual prevê que a contribuição recai sobre o total da remuneração, não havendo qualquer exigência de vinculação ao salário mínimo como constou neste diploma legal.

Ainda, observa-se que a Medida Provisória ao obrigar o trabalhador intermitente a realizar um recolhimento complementar previdenciário, afrontou o Princípio da Solidariedade, maior característica do Direito Previdenciário, prevista no Art. 194 da Constituição Federal, versando sobre um conjunto de ações integradas do Governo e da Sociedade em busca da justiça social, a qual não será alcançada se este empregado for excluído da Previdência Social, como constou na redação da Medida Provisória n. 808/2017.

Sobre os objetivos da Seguridade Social, afirma o professor Wagner Balera (2014, p.22):

> "combinação da igualdade com a solidariedade – é o sistema jurídico apto a conferir equivalente quantidade de saúde, de previdência e de assistência a todos que necessitem de proteção. O respectivo objetivo, a justiça social, se tornará realidade quando a promoção de bem de todos deixar de ser mero programa".

Ainda, não observou o legislador a respeito desta matéria, o Princípio do Mínimo Existencial, ou seja, seu dever de garantir ao trabalhador um mínimo de condição de sobrevivência através do acesso aos benefícios previdenciários.

Destaca-se ainda que o Estado Brasileiro adotou os fundamentos do Welfare State, ou seja, possuir o dever de proteger este trabalhador intermitente e não excluí-lo como tentou fazer o legislador.

Assim, a inclusão do trabalho intermitente em nossa legislação ser qualquer proteção, bem como o fato do Governo não prever suas consequências na seara previdenciária e ainda por cima editar uma Medida Provisória desfavorável ao empregado, demonstra que não se atentou as previsões constitucionais, desrespeitando os princípios balizares do Direito do Trabalho e Previdenciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Observa-se que com a imposição do empregado complementar o recolhimento previdenciário, pretendeu o legislador atender o disposto Art. 194, parágrafo único, VI da Constituição Federal, que versa sobre a diversidade de financiamento da Seguridade Social.

Nesse sentido, pretendeu através do recolhimento complementar captar recursos Sistema Previdenciário, isto porque o fornecimento de benefícios ao trabalhador intermitente ocasionará um desequilíbrio nas contas da Previdência Social, uma vez que nossa Carta Magna em seu Art. 201, § 2º, dispõe que nenhum benefício previdenciário terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

Nesta toada, verifica-se que aquele trabalhador que recebeu menos que o salário mínimo, realizando recolhimentos sobre esta remuneração, terá direito a um benefício previdenciário de pelo menos um salário mínimo, ou seja, um benefício muito maior do que seu próprio salário, sem ter recolhido o valor proporcional necessário para receber tal remuneração.

Ocorre que tal custo não pode ser repassado ao trabalhador, o qual já irá receber um salário abaixo do mínimo, logo, quem deverá a empresa arcar com essa complementação, pois frisa-se o Sistema Previdenciário busca a justiça social, sendo certo que aquele que tem maiores condições deverá contribuir com valores maiores.

Outros questionamentos que surgem dizem respeito ao acesso deste trabalhador ao seguro desemprego. A Medida Provisória n. 808/2017 vedava seu recebimento, porém como pode uma relação de emprego não ter acesso a este benefício?

Ainda, indaga-se quem irá realizar os pagamentos do salário maternidade, uma vez que o § 14 acrescido pela medida provisória perdeu sua vigência?

Do exposto verifica-se que ocorrem diversos problemas na seara previdenciária com relação ao trabalhador intermitente, tais como acesso aos benefícios em época de inatividade, preenchimento dos requisitos para recebimento dos benefícios previdenciários em razão do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

labor por hora, captação de recursos dentre outros, o que levará a uma judicialização destas matérias, pelo que caberá ao Poder Judiciário observando os preceitos constitucionais encontrar uma solução para as alterações realizadas pela Lei 13.467/2017.

5. CONCLUSÃO

A figura do trabalho intermitente trazido pela chamada reforma trabalhista jamais foi permitida em nosso país, sendo este contrato considerado ilegal, pois transfere o risco do negócio aos empregados, uma vez que a convocação destes trabalhadores dependerá da demanda destes serviços.

No caso, se houver uma grande demanda estes trabalhadores serão convocados, porém, dispensados em épocas de baixa, sendo dever do empregador assumir o risco durante as épocas de baixa procura, não podendo penalizar seus trabalhadores que ficarão inativos por determinados períodos sem receber remuneração.

Nesse sentido, a prática indica que o contrato de trabalho intermitente, ao invés de gerar empregos, como afirmou o deputado Rogério Marinho, relator da reforma trabalhista no Congresso, cria um maior número de desempregados, bem como precariza a relação de trabalho.

Tal fato pode ser constado no caso do McDonald's que buscando reduzir seus custos implantou o trabalho intermitente através de uma jornada móvel e variável, conforme se extrai do Recurso de Revista n. 9891900-16.2005.5.09.0004.

No referido processo, foram interpostos Embargos de Divergência para a SDI-1, a qual entendeu que o objeto que teria levado ao entendimento da 8º Turma pela ilegalidade destes contratos, qual seja, a jornada variada foi extinto, em razão de um acordo celebrado com o Ministério Público nos autos n.1040-74.2012.5.06.0011 da 11ª Vara do Trabalho de Recife, obrigando a empresa a alterar a jornada móvel para fixa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Referida alteração, segundo artigo do professor Igor de Oliveira Zwicker, encartado no livro Reforma Trabalhista e seus impactos (2018, p.188) aumentou o número de empregos nesta rede, sendo uma falácia a tese de que esta forma de contrato de trabalho irá produzir mais empregos, não sendo outro o entendimento que se extrai do trecho a seguir transcrito:

> "A grande reflexão que tomo, dessas ações civis públicas, bem como consta na nota Técnica n. 1/2017, do Ministério Público do Trabalho – e me chamou bastante a atenção, quando da leitura: segundo dados objetivos e oficiais do CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados do Ministério do Trabalho, instituído pela Lei n. 4.923/1965, após o momento em que a empresa passou a cumprir o acordo judicial celebrado com o Ministério Público do Trabalho, com migração para a jornada fixa, em relação aos seus empregados, o McDonald's passou de um total de 16.003 (dezesseis mil e três) empregados, em 532 filiais, para 45.075 (quarenta e cinco mil e setenta e cinco) empregados em 583 filiais – isso em apenas 10 meses, o que demostra, claramente, que o fim da jornada móvel intermitente, no caso concreto, acarretou o aumento da empregabilidade e que sua prática, no Brasil, trará desemprego formal e precarização das relações de trabalho, em franca afronta à própria Constituição da República, cuja ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, deve observar, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego".

Diante do narrado, resta evidente que a figura do contrato intermitente gerou enormes controvérsias no Direito do Trabalho, assim como reflexos nas questões previdenciárias, pois o empregado contratado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

desta forma encontra-se extremamente desprotegido, pois a Lei foi omissa sobre a forma adequada de sua inclusão no Sistema Previdenciário.

Ao contrário, procurou o legislador através da edição da Medida Provisória n. 808/2017, a qual felizmente perdeu sua vigência, criar óbices para afastar este trabalhador da proteção do Sistema Previdenciário, dispondo que o empregado cuja remuneração for inferior ao salário mínimo mensal, deverá realizar um recolhimento complementar sobre a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, sob pena de não ser aceito como segurando da Previdência Social, bem como não ser considerado cumpridos os períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários.

A atitude do legislador demonstra seu total descaso com as condições deste do trabalhador intermitente, afrontando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no Art. 1º, III da CF/88 e considerado a pedra fundamental do nosso Estado Democrático de Direitos.

Com efeito, pretendeu o legislador afastar o empregado intermitente do sistema jurídico característico de qualquer outro trabalhador, o que não seria correto, pois segundo entendimento do professor Igor de Oliveira Zwicker (2018, p.212/213), não haveria a típica eventualidade no trabalho intermitente, situação esta que permite o enquadramento do empregado como segurando obrigatório nos moldes do Art. 11, inciso I, alínea "a" da Lei nº 8.213/1991, não sendo outro o entendimento que se extrai do seu artigo disponibilizado no Livro a Reforma Trabalhista e seus Impactos:

> "Entretanto não me furto novamente registrar (e criticar) que, no tocante ao sistema previdenciário, a "Reforma Trabalhista" (Lei n. 13.467/2017 e Medida Provisória n. 808/2017) buscou afastar o empregado sob intermitência do sistema jurídico característico a todo e qualquer trabalhador, aproximando-o muito mais da figura do empregado doméstico e dos demais segurados, o que não é correto, no meu sentir, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

razão do próprio artigo 443 da Consolidação das Leis Trabalho, com redação dada pela Lei 13 467/2017. Com efeito, o empregado intermitente é um autêntico empregado contratado por prazo indeterminado, nada diferenciando quanto a isto. A única diferença, falando em termos gerais, reside na "intermitência" propriamente dita, de modo que o empregado intermitente está sujeito a períodos de inatividade e o empregado celetista, no geral, está envolto no manto do Art. 4º, caput da Consolidação das Leis do Trabalho, considerando-se como serviço efetivo o período em que o empregado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. Nesse diapasão, o empregado intermitente, tal qual o empregado celetista no geral, é segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social; ambos se inserem na inteligência do artigo 11, inciso I, alínea "a", da Lei n. 8213/1991, (...) Como já visto neste trabalho, em arremate final, a novel figura da "intermitência" não se aproxima da teoria da descontinuidade, típica do trabalho eventual sendo "o trabalho descontínuo e ininterrupto com relação ao tomador enfocado" (Delgado, 2017 a:318), que se ajusta à figura so trabalhador eventual doméstico ("diarista"). No contrato de trabalho intermitente não há, efetivamente, um evento certo, determinado e episódico ou esporádico, de modo que não se aplica a essa novel modalidade de trabalho, a teoria da descontinuidade; o pressuposto da não eventualidade, se faz presente. Existindo, igualmente, os pressupostos da subordinação jurídica, da onerosidade e da pessoalidade, esse empregado, inequivocamente – repita-se - , insere-se no artigo 11, inciso I, alínea "a", do plano de Benefícios da Previdência Social".

Data a vênia, não há dúvidas que a intenção do legislador foi infelizmente a de excluir este trabalhador da Sistema Previdenciário,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

situação esta, que não poderá se repetir, através de futuras Portarias sobre esta matéria que serão elaboradas de acordo com o anunciado pelo Governo, sob pena de afronta direta a Constituição Federal.

Para o professo Iure Pereira Pinheiro (2018, p.150), em artigo publicado no Livro Reforma Trabalhista e seus Impactos redação elaborada pelo legislador causa um enorme espanto diante sua falta de visão da realidade:

> "A norma é estarrecedora porque imaginar que um trabalhador que recebe abaixo do mínimo necessário à subsistência terá capacidade financeira para fazer recolhimento previdenciário suplementar é ignorar as mais elementares máximas da experiência. A verdade cristalina é que, na prática, esses trabalhadores dificilmente preencherão os requisitos para usufruírem dos benefícios e nem os quinze primeiros dias de adoecimento receberão porque, diversamente dos demais empregados, não são destinatários desse direito mínimo custeado pelas empresas. O discurso de dar proteção securitária a essas pessoas fica, assim, extremamente comprometida".

Dessa forma, o Estado Brasileiro ao introduzir o contrato intermitente no ordenamento jurídico, sem qualquer proteção, tanto na seara trabalhista, como previdenciária, ignorou as normas internacionais ratificadas pelo Brasil na Organização Internacional do Trabalho e os preceitos fundamentais do Welfare State estabelecidos em nossa Carta Magna, quais sejam: a Dignidade da Pessoa Humana, Solidariedade e Mínimo Existencial.

Diante do rompimento do pacto social pelo Estado, surgirão situações absurdas que poderão reduzir o trabalhador a condições análogas a escravidão, uma vez que é possível que a remuneração do empregado intermitente seja menor que o salário mínimo, recaindo sobre a Previdência Social a responsabilidade de garantir direitos mínimos a este

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

trabalhador, os quais lhe proporcionem uma vida digna, sendo certo que caso de omissão desta, será necessário a intervenção do Poder Judiciário para trazer novo equilíbrio a sociedade.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7ª. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª. ed. São Paulo: LTr, 2018.

MIESSA, Élisson., CORREIA, Henrique (org.). **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: Editora jusPODIVM, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO À LUZ DOS ELEMENTOS QUE CIRCUNDAM AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

THAISA JULIANA SOUSA RIBEIRO: Procuradora da Fazenda Nacional. Coordenadora de Assuntos Previdenciários da PGFN. Especialista em Direito Público e Direito Tributário. Pós-graduanda (lato sensu) em Direito Previdenciário. Foi representante da Coordenação Geral Jurídica da PGFN no Grupo Permanente de Representantes junto à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - GPR-ENCCLA, entre 2010 e 2013. Atuou na Divisão de Assuntos Fiscais da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região entre 2008 e 2009.

RESUMO: O objetivo deste artigo é abordar se a Lei Complementar nº 109, de 2001, teria previsto a figura do patrimônio separado (técnica de segregação patrimonial), permitindo, assim, a ampla atuação dos órgãos de normatização, regulação e fiscalização sobre o tema, ou se é necessária alteração legislativa que possibilite a utilização dessa técnica de segregação patrimonial.

Palavras-chave: Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Atuação dos órgãos de normatização, regulação e fiscalização. Técnica de segregação patrimonial. Necessidade de alteração da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

INTRODUÇÃO

O Regime de Previdência Complementar, previsto no artigo 202 da Constituição Federal é facultativo e de natureza privada, e é organizado de forma autônoma em relação ao regime geral e aos regimes próprios de previdência social e se baseia na constituição de reservas que garantam o benefício contratado. O legislador constituinte dividiu o sistema de previdência complementar em dois grupos bem definidos: as entidades fechadas e as entidades abertas, deixando no campo de atuação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

legislador complementar a sua normatização. A Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que revogou a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, normatiza, tal qual a lei revogada, todo o sistema de previdência privada nacional, classificando essas entidades sob dois aspectos: (i) conforme a relação entre elas (as entidades) e os participantes dos planos de benefícios ofertados, em entidades fechadas e entidades abertas (art. 4º) e (ii) conforme seus objetivos em entidades com fins lucrativos (*caput* do art. 36) e entidades sem fins lucrativos (§ 1º do art. 31).

As EFPC (conhecidas também como fundos de pensão) são, conforme o art. 31 da LC nº 109, de 2001, entidades sem fins lucrativos e acessíveis, exclusivamente, aos (i) empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (denominados patrocinadores) e (ii) aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (denominadas instituidores). São reguladas pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC.

Como órgãos de controle estatal, nos seus devidos papeis de normatização, regulação e fiscalização, visando o equilíbrio da relação entre os envolvidos, estão jungidos ao estrito cumprimento do disposto em lei, nos exatos termos do *caput* do art. 173 da Constituição Federal[1], faz-se mister avaliar se a disciplina da LC nº 109, de 2001, permite a utilização da figura da segregação patrimonial.

DESENVOLVIMENTO

Patrimônio de afetação pode ser entendido como sendo o patrimônio que é separado dos demais bens de um mesmo titular. O patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com a universalidade patrimonial atinente a cada um de seus sócios, independentemente do tipo de responsabilidade pelos negócios sociais a que se submetem[2]. Em outras palavras, é um conjunto de bens – móveis, imóveis, ativos patrimoniais – que não se misturam com os demais bens do seu titular, que os afetou a uma finalidade específica. É uma criação legal de nova universalidade de direito,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de unidade autônoma, distinta de seus elementos, destinada à realização de determinado escopo que a unifica.

A principal decorrência da afetação patrimonial a uma finalidade específica é que apenas os credores relacionados a ela (finalidade) podem se tornar credores dos bens que integram o patrimônio de afetação para a satisfação de suas dívidas. Eis o fenômeno da *blindagem patrimonial*: pessoas estranhas aos negócios do patrimônio de afetação não podem executar os ativos que o integram para satisfazer seus créditos[3].

No tocante à segregação patrimonial prevista pela LC nº 109, de 2001, a doutrina apresenta as suas considerações gerais, não tecendo efetiva distinção com a afetação patrimonial[4]. Não obstante os posicionamentos doutrinários, a segregação patrimonial a que se refere o texto legal somente é explicitada no art. 31, § 3º e apenas se refere à terceirização da gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões, ao tempo em que autoriza a contratação de instituição especializada. Eis o que expressamente prevê o dispositivo:

> Art. 31. (...)
>
> § 2º As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do caput deste artigo deverão, cumulativamente:
>
> I - terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente;
>
> (...)
>
> § 3º Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada.

A previsão legal, portanto, limita o campo de atuação da EFPC no que pertine à utilização da técnica da segregação patrimonial. A sua ampliação, para além da previsão contida no § 3º do art. 31 da LC nº 109, de 2001, embora possa ser bastante salutar ao sistema[5], requer autorização legislativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Outrossim, extrai-se que o legislador complementar emanou uma ordem à EFPC, como gestora e não como titular de direitos e obrigações:

> Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.
>
> Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76[6].

A lógica do sistema de previdência complementar é a captação de recursos dos beneficiários e dos patrocinadores (sociedades empresárias e entes da administração pública direta e indireta), investindo esses **valores** em ativos financeiros diversificados para preservação do valor do capital tomado.

Com isso, preserva-se o valor da moeda com riscos administrados e se torna possível arcar com as aposentadorias e pensões dos beneficiários. Esses pressupostos são alcançados por organizações jurídicas com objeto essencialmente vinculado à administração atuarial de ativos para fazer frente aos benefícios pretendidos. A atuação das entidades passa a ser a administração dos recursos transferidos pelos patrocinadores ou instituidores e participantes[7].

Com esse objetivo traçado legalmente, extrai-se que não há, por parte das EFPC, comunhão de interesses ou de obrigações nos planos. Em termos mais claros, a EFPC não é titular do conjunto patrimonial de ativos e passivos do plano em relação ao objeto que ele está afetado, motivo pelo qual, do modo como está previsto na legislação, a segregação patrimonial não pode ser utilizada.

Isso por que para que se considere um patrimônio afetado (separado), o seu titular deve ser dono dos ativos patrimoniais que apenas podem ser destinados à finalidade para a qual foram afetados[8]. E, conforme se extrai da concepção traçada pela LC nº 109, de 2001, a EFPC não é titular do patrimônio, motivo pelo qual não há campo para se falar em afetação patrimonial, considerando que esse conceito se baseia na possibilidade de o titular de patrimônio (o sujeito de direito) possuir vários patrimônios, afastando-se a concepção clássica de que o patrimônio é uno

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

e indivisível. O que a LC nº 109, de 2001 pretendeu (e pretende) é a gestão de vários patrimônios pela EFPC.

À EFPC somente se destina o patrimônio apto a que ela atinja a sua finalidade: a gestão de planos de benefícios. O legislador complementar, assim, conservou-se aquém da afetação patrimonial, referindo-se apenas à gestão de planos pela EFPC.

À EFPC somente se destina o patrimônio apto a que ela atinja a sua finalidade: a gestão de planos de benefícios. O legislador complementar, assim, conservou-se aquém da afetação patrimonial, referindo-se apenas à gestão de planos pela EFPC. Não obstante, a adoção de um detalhamento da segregação patrimonial (utilização da técnica da segregação patrimonial) pode ser, inclusive, uma forma de fomento do segmento de fundos de pensão, dependendo, claro, de avaliação técnica adequada, considerando todas as nuances do sistema de previdência complementar fechado, notadamente os custos da medida e o que se espera atingir com a sua adoção.

Assim, como o limite para a atuação dos órgãos cuja função é normatizar, regular e fiscalizar a atuação das EFPC é o estrito cumprimento do disposto em lei (*caput* do art. 173 da Constituição Federal e art. 5º da LC nº 109, de 2001[9]), não há espaço legal para a ampliação da utilização da técnica da segregação patrimonial, na medida em que (i) o legislador complementar limitou-a à terceirização da gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões, e (ii) a EFPC não é titular do patrimônio a ser segregado.

CONCLUSÃO

É inegável que o órgão de normatização e regulação do sistema de previdência complementar fechada, assim como as agências reguladoras, possui certa independência, na medida em que foi criado para exercer funções **normativas**, administrativas e, por vezes, decisórias. Entretanto, não se pode confundir poder regulatório com poder regulamentar. E isso o legislador complementar, no art. 5º da LC nº 109, de 2001, deixou bem claro ao remeter a disposições legais – *conforme disposto em* lei e *observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal*.

Logo, o que cabe ao órgão regulador é a expedição de atos com conteúdo técnico e/ou econômico, necessário**s** ao fiel desempenho da sua função e que só podem ser praticados com autorização legal e nos limites

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

autorizados pela lei. Esse, inclusive parece ser o escopo da previsão contida no parágrafo único do art. 7º da LC nº 109, de 2001[10], ao estabelecer, claramente, o requisito da evolução técnica para que o órgão regulador e fiscalizador possa normatizar os planos de benefícios, até prevendo outras formas de planos a par das já existentes, flexibilizando o regime. A normatização deve refletir a evolução técnica.

Com isso, observa-se que no bojo da LC nº 109, de 2001, não há a previsão da figura do patrimônio separado (técnica de segregação patrimonial), e, portanto, o órgão regulador não está legalmente autorizado a dispor sobre o tema, na medida em que, consonante assinalado alhures, que o campo de sua atuação é o afeto à expedição de atos com conteúdo técnico e/ou econômico, que, sob hipótese alguma invadam o campo de atuação legislativa.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sôbre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm>. Acesso em: 28 de ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de ago. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. FUNDOS DE PENSÃO: coletânea de normas. Brasília: Ministério da Fazenda, Subsecretaria do Regime de Previdência Complementar, 2017.

DINIZ, Gustavo. Responsabilidade do administrador de entidades fechadas de previdência complementar. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242903/000926841.pdf?sequence=1. Acesso em: 29 de ago. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

OLIVA, Milena Donato. Desvendando o patrimônio de afetação. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desvendando-o-patrimonio-de-afetacao-25102017. Acesso em: 28 de ago. 2018.

_____. **Patrimônio Separado** – herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NOTAS:

[1] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.(...)

[2] OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio Separado** – herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, P. 219.

[3] OLIVA, Milena Donato. Desvendando o patrimônio de afetação. **Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desvendando-o-patrimonio-de-afetacao-25102017. Acesso em: 28 de agosto 2018.**

[4] No direito brasileiro, há patrimônio de afetação na atividade de incorporação imobiliária, que foi introduzida pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2014[4], que incluiu os arts. 31-A a 31-E à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. A opção pela afetação do patrimônio à incorporação possui caráter opcional e irretratável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação, que, dentre outras obrigações, institui um Regime Tributário Especial – RET, na medida em que o patrimônio afetado à incorporação constitui unidade autônoma. Havendo a opção por esse regime, o conjunto de ativos destinado à realização de determinado empreendimento forma patrimônio separado, que não se mistura com os demais bens integrantes do patrimônio pessoal do incorporador. Segundo Milena Donato Oliva, outras atividades também utilizam a técnica da afetação patrimonial. A autora destaca os seguintes: o fundo de investimento imobiliário, regulado pela Lei nº. 8.668/1993; a securitização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de créditos imobiliários, prevista na Lei nº. 9.514/1997; o sistema de consórcio de que trata a Lei nº. 11.795/2008; o sistema brasileiro de pagamentos, constante da Lei nº. 10.214/2001; e o depósito centralizado de ativos financeiros e valores mobiliários, com previsão na Lei nº. 12.810/2013. (idem, ibidem).

[5] Um exemplo de utilização da técnica da segregação patrimonial seria a total afetação do patrimônio de cada plano gerido pela EFPC (no caso de multiplanos, de acordo com o art. 34, I "b" da LC nº 109, de 2001) apenas para pagamento dos benefícios contratados por cada plano específico, não sendo possível serem utilizados para pagamentos relativos a outros planos, ainda que por ordem judicial.

[6] Serviços assistenciais à saúde poderão continuar a ser prestados, desde que seja estabelecido um custeio específico, mediante contabilização e patrimônio mantido em separado em relação ao plano previdenciário.

[7]Diniz, Gustavo. Responsabilidade do administrador de entidades fechadas de previdência complementar. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242903/000926841.pdf?sequence=1.

[8] "*O titular do patrimônio de afetação tem um poder-dever. O poder decorre da sua situação de dono dos ativos que integram o patrimônio. E o dever decorre do caráter fiduciário da sua titularidade: o sujeito apenas pode dar aos ativos destinação compatível com a finalidade do patrimônio de afetação. Veja-se que os patrimônios de afetação são previstos em lei para o alcance de determinado escopo. Por isso que o sujeito do patrimônio não é livre para fazer o que bem entender. Deve agir para realizar, da melhor maneira possível, a destinação daqueles bens – o que inclui alienar ou substituir os bens, quando for o caso. Vale lembrar que os ativos, pelo só fato de integrarem um patrimônio de afetação, não ficam onerados ou gravados e podem ser objeto de livre alienação ou substituição – desde que esses atos sejam realizados para concretizar o escopo que justificou a criação do patrimônio separado. Exemplo disso é a comercialização de frações ideais do terreno sobre o qual haverá a construção do condomínio edilício em empreendimento imobiliário sujeito ao regime do patrimônio de afetação.*" (Oliva, Milena Donato. Desvendando o patrimônio de afetação. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desvendando-o-patrimonio-de-afetacao-25102017. Acesso em: 28 de ago. 2018.).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[9] Art. 5º A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal.

[10] Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE E O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS

NEWLLER THIAGO FERNANDES MASCARENHAS: Graduando do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

ROSANA APARECIDA DOS SANTOS GARCIA
(Orientadora)

RESUMO: A Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, diz sobre a fixação do *quantum* alimentar devido à gestante para a promoção da dignidade do nascituro. Hodiernamente, a Lei de Alimentos Gravídicos possui metade dos artigos vigentes, os quais, basicamente, determinam a fixação dos alimentos com base em indícios de paternidade e o prazo de resposta do suposto genitor. Os principais aspectos vetados na lei tratavam sobre o termo inicial do *quantum* alimentar e a responsabilidade objetiva da gestante, isto é, responsabilidade sem a necessária prova de culpa. A gestante era responsabilizada pelo simples fato de ter acionado à justiça, indo contra o princípio do livre exercício do direito de ação. Porém, a responsabilidade vetada trata-se de exceção no ordenamento nacional, o que não impede a ocorrência da responsabilidade subjetiva, exceção no ordenamento. A indenização por danos morais e materiais será confrontada com uma das características fundamentais dos alimentos, a irrepetibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos gravídicos. Nascituro. Gestante. Indenização.

***ABSTRACT**: Law 11.804, of November 5th 2008, says about fixing the quantum food to pregnant women due to the promotion of the dignity of the unborn child. Nowadays, the Food gravidic act have half of the current articles, which basically determine the fixation of foods on the basis of paternity and the time response of the alleged parent. The main issues vetoed were about the initial term of the quantum food and objective responsibility of the mother, that is, responsibility without the necessary proof of guilt. A pregnant woman was blamed for the simple fact of having driven to justice by going against the principle of free exercise of the right*

of action. However, the responsibility vetoed is the exception in national law, which does not prevent the occurrence of subjective responsibility, exception in law. The compensation for moral and material damages will be faced with one of the fundamental characteristics of foods, the unrepeatability.

***KEYWORDS**: Food gravidic. Unborn. Pregnant. Indemnity.*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I ALIMENTOS GRAVÍDICOS. 1.1 Legislação esparsa e a positivação da Lei 11.804/2008. 1.2 Direito fundamental ao processo justo ou devido processo legal. 1.2.1 Garantia constitucional de pleno acesso à justiça. 1.2.2 Contraditório e ampla defesa na ação de alimentos gravídicos. 1.2.3 A vedação de provas ilícitas e a sua produção na ação de alimentos gravídicos. 1.3 Direito fundamental à duração razoável do processo. 1.3.1 Princípio da Segurança Processual. CAPÍTULO II RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE. 2.1 Considerações sobre a responsabilidade civil. 2.2 Responsabilidade civil na Lei 11.804/2008. 2.3 Princípios constitucionais e o dano na ação de alimentos gravídicos. 2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. CAPÍTULO III ALIMENTOS GRAVÍDICOS: RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE E O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. 3.1 Termo inicial e valoração do quantum alimentar. 3.1.1 Efeitos da coisa julgada na Ação de Alimentos Gravídicos. 3.2 Responsabilidade civil subjetiva e a boa-fé da gestante. 3.3 Responsabilidade civil da gestante e a irrepetibilidade dos alimentos. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os alimentos gravídicos, positivados pela Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, Lei de Alimentos Gravídicos (L.A.G.), tratam-se de instrumentos promotores do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, tendo como finalidade primeira a proteção do direito fundamental à vida, garantia contida no *caput* do artigo 5° da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e assegurado ao nascituro pelo Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/2002), no seu artigo 2°.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Hodiernamente, a Lei 11.804/2008 possui metade dos artigos vigentes, os quais, resumidamente, determinam a fixação dos alimentos com base em indícios de paternidade (artigo 6°) e o prazo de resposta do suposto genitor (artigo 7°). Os principais aspectos vetados na lei tratavam sobre o uso do exame pericial nos casos de oposição à paternidade (artigo 8°), o termo inicial do *quantum* alimentar (artigo 9°) e a responsabilidade objetiva da gestante (artigo 10). Os artigos vigentes e mesmo os vetados ainda provocam questionamentos e merecem ser interpretados numa adaptação dos princípios e garantias constitucionais do processo ao Direito das Famílias.

A Lei supra mencionada enumera no seu artigo 2° alguns itens abarcados pelo *quantum* alimentar devidos à gestante, como por exemplo, despesas médico-hospitalares, alimentação especial e assistência psicológica. O rol do artigo 2° é meramente exemplificativo, facultando em cada caso concreto, ao juiz e ao médico dizer o que seria considerado imprescindível a manutenção da gestação e consequente defesa do direito ao nascimento com vida.

Esses alimentos foram conceituados por Yussef Said Cahali como "autêntico auxílio maternidade", pois "compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes" (artigo 2° da Lei 11.804/2008), no período que vai da concepção ao parto, sendo convertido após o nascimento em pensão alimentícia em favor da criança, momento em que a gestante deixará de ser a titular do direito, passando, em regra, a representante do menor.

O *quantum* alimentar será cobrado a um suposto genitor, baseado apenas nas sutilezas dos indícios de paternidade, tendo como termo inicial da prestação a propositura da ação, momento em que a gestante se viu na necessidade de receber os alimentos – entendimento do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam).

Ressalte-se que há doutrinadores que consideram o início do período gestacional como o momento inicial da prestação alimentar, o que contraria a característica da atualidade dos alimentos, pois, nesse caso, seriam cobrados alimentos anteriores à necessidade da alimentada. Uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

terceira corrente, numa interpretação reprovável e desconsiderando-se o veto presidencial do artigo 9° da L.A.G., que considerava a citação como termo inicial, defende que a regra permanece a mesma, isto é, citação como termo inicial, pois se leva em conta o caráter supletivo da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, Lei de Alimentos.

Esses alimentos, fundados na fragilidade das provas indiretas de paternidade, oneram um pretenso pai, que ao final das prestações, valendo se do exame pericial em ação própria, terá conhecimento da ausência ou não do elo de paternidade. O problema que se pretende resolver com este trabalho é, justamente, a consequência da negativa de paternidade; questionar-se-á a relação de imputabilidade e a responsabilização de um falso genitor, e se este, sofrendo uma lesão de direito, poderá propor ação de reparação de danos em desfavor da requerente da Ação de Alimentos Gravídicos.

O presente trabalho terá como análise central a vedação do artigo 10 da L.A.G., o qual previa a responsabilidade objetiva da gestante se a paternidade indicada fosse negativa; analisar-se-á se caberá ao falso genitor a restituição dos valores pagos para a gestante, em contramão ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos ou, ainda, será ele titular de indenização referente aos danos materiais e, nada obstantes, morais, advindos da imputação de falsa paternidade.

Com o veto do artigo 10 da Lei 11.804/2008 percebe-se um vazio legal quanto à responsabilidade civil aplicada nos casos de paternidade negativa descoberta após Ação de Alimentos Gravídicos. Nessa lacuna impera a força integrativa dos princípios básicos do direito, os quais serão, por óbvio, considerados em conjunto, para que, mesmo em eventual contradição, prevaleça a harmonização dos princípios colidentes em prol da pacificação dos ânimos das partes envolvidas e promoção da justiça, ainda que tardia.

O primeiro capítulo pretende esclarecer os motivos que levaram a positivação dos alimentos gravídicos, esses já reconhecidos por decisões isoladas dos magistrados nacionais, fundamentadas no direito à vida, direito que antecede a própria personalidade natural. Analisará a fragilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

probatória, fundamentada apenas em indícios de paternidade, e a necessária celeridade imposta à Ação de Alimentos Gravídicos, limitada tanto pelo período gestacional de aproximadamente trinta e seis semanas, quanto pelo caráter existencial dos alimentos. Para isso, partirá da análise do princípio do acesso à justiça e direito de ação, garantia fundamental que motivou o veto do artigo 10 da L.A.G., por julgar que a aplicação da responsabilidade objetiva, a qual dispensa análise de culpa, seria fundamentada simplesmente pelo fato do requerido ter sido acionado em juízo.

O segundo capítulo aterá aos estudos da responsabilidade civil e possível indenização, por danos materiais e morais, devida ao falso genitor. Colocará em questão o choque entre regra e exceção da responsabilidade civil no contexto nacional, ao diferenciar responsabilidade subjetiva da responsabilidade objetiva. Partindo dos princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança processual, da proibição do enriquecimento sem causa, da inafastabilidade da justiça pretende-se concluir neste capítulo a razoável responsabilização da gestante que age de má-fé ou com abuso de direito.

O terceiro capítulo contraporá os estudos e conclusões dos capítulos anteriores, aplicando à Lei 11.804/2008 a ponderação dos princípios supra mencionados. Em resumo, caberá à Lei de Alimentos Gravídicos o "devido processo legal", conjunto de várias garantias constitucionais e a manifestação mais clara do processo justo. Demonstrará de forma didática os danos sofridos pelo falso genitor, enfatizando não apenas os danos materiais ocasionados pelo pagamento dos alimentos gestacionais, como também os danos morais advindos da "publicidade" de uma falsa paternidade.

Conclui-se, ao final, que a L.A.G. vetou a exceção da responsabilidade civil, ou seja, não foi permitida a responsabilidade objetiva da gestante; esse veto não impede que o falso genitor prove a culpa da gestante, tendo ela, por exemplo, imputado paternidade a quem sabia desde logo não ser o genitor do concepto, agindo assim de má-fé. Cabe ao falso pai o ajuizamento de Ação de Indenização contra a gestante, mas deve ele comprovar que esta agiu com culpa, procedendo de má-fé, isto é,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

com abuso de direito, ao imputá-lo como "pai", além de demonstrar o elo entre a imputação de falsa paternidade e os prejuízos sofridos.

CAPÍTULO I ALIMENTOS GRAVÍDICOS

1.1 Legislação esparsa e a positivação da Lei 11.804/2008

Como adjetivado por Denis Donoso, a L.A.G. é "velha novidade" (DONOSO, 2009) no contexto nacional, pois positiva direito há muito protegido de forma esparsa no ordenamento pátrio, sendo a dignidade da pessoa humana princípio fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), e os direitos do nascituro assegurados no Código Civil de 2002 (CC/2002), o qual dispõe no artigo 2º que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", dentre esses, o direito fundamental à vida.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, assim, a teoria natalista, colocando o nascimento com vida como requisito para constituição da personalidade jurídica; sendo que é a partir do nascimento que o ser é considerado sujeito de direitos – perceptível a exigência de dois requisitos, nascimento e vida. O nascituro, ser concebido e que irá nascer, é apenas expectador de direito, tendo alguns deles assegurados, como, em especial, o direito ao nascimento com vida; além de outros direitos que ficam suspensos e condicionados ao nascimento com vida, como os direitos hereditários.

> O nascituro é quem irá nascer, em outras palavras o feto durante a gestação; não é ele ser humano – não preenche ainda o primeiro dos requisitos necessários à existência do homem, isto é, o nascimento; mas, desde a concepção, já é protegido; no terreno patrimonial, a ordem jurídica, embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente, o será e, por isso, protege, antecipadamente, direitos que ele virá a ter quando for pessoa física. (CAHALI *apud* Moreira Alves, 2009, p. 345)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que "o valor da pessoa antecede o próprio direito positivo" (GRECO FILHO, 2003, p.16), o nascituro sempre teve o direito aos alimentos, sendo repudiada a hipótese da não fixação do *quantum* alimentar devidos à gestante, por ignorar o princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

A doutrinadora Maria Berenice Dias enumera artigos da CRFB/1988 para demonstrar que implicitamente os alimentos gravídicos já eram reconhecidos no ordenamento nacional, ela cita o direito fundamental à vida (artigo 5°), a imposição desse, com absoluta prioridade, à família (artigo 227) e o dever exercido igualmente pelo homem e pela mulher de proteção à vida da prole em comum (artigo 226, § 5º)

Em contramão a interpretação dos artigos da CRFB/1988 supra mencionados e no silêncio da Lei 5.478 de 1968, Lei de Alimentos, a tendência dos magistrados era de reconhecer a obrigação alimentar após o nascimento, momento em que se poderia provar a relação de paternidade, através do exame em Ácido Desoxirribonucleico (D.N.A.).

A Lei 11.804/2008 maximizou o princípio da paternidade responsável, obrigando o genitor a participar, ainda que simplesmente de forma econômica, no processo gestacional da futura prole; esse amparo paterno é visto por Maria Berenice Dias como uma garantia de respeito à dignidade do nascituro e futura pessoa humana.

> A Lei de Alimentos (Lei n.° 5.478/1968) consistia um óbice à concessão de alimentos ao nascituro, haja vista a exigência, nela contida, no seu art. 2°, da comprovação do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar. Ainda que inegável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. (LOMEU, 2008)

O número considerável de magistrados que se recusavam na fixação dos alimentos gestacionais foi fundamento para a positivação da Lei 11.804/2008, com entrada em vigor na data de sua publicação, pois "nada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

como a lei para vencer a injustificável resistência de juízes em deferir direitos não claramente expressos" (DONOSO, 2009).

> A lei encontra seus antecedentes próximos na emenda apresentada pelo Sen. Nelson Carneiro ao projeto do atual Código Civil, acrescentado em seguida ao artigo 2º (que define a condição jurídica do nascituro), artigo dispondo que "a mulher grávida, sem meios de prover o seu sustento, poderá requerer ao pai do nascituro, concebido fora do casamento, o necessário a própria subsistência, durante os seis meses anteriores e posteriores ao parto". [...] Referida emenda recebeu na oportunidade, parecer do Relator pela rejeição nos seguintes termos: "alega a justificação que dispositivo semelhante figurava na legislação portuguesa de 1910, e que a prestação, no caso, não é devida ao filho, mas a sua genitora. É temerário estabelecer obrigação dessa índole, na incerteza dos fatos e da responsabilidade pretendida. (CAHALI, 2009, p. 352)

Após a edição da referida Lei nº 11.804/2008, a matéria, que antes encontrava sérias divergências em sede doutrinária e jurisprudencial, tornou-se pacífica, decorrendo de imposição legal. Até o parto, é a mulher titular da pensão alimentícia gestacional, mas sua principal beneficiária é a futura prole; após o parto os alimentos serão convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 6º da L.A.G. Nesse caso a mãe passará de titular do direito a representante do menor.

> Até o parto, a gestante reclama o auxílio-maternidade do futuro pai, agindo em nome próprio, em função do seu estado gravídico. Somente depois de dar a luz ao filho, passa a mesma a agir como representante do menor na execução ou revisão da pensão alimentícia que passa a ser devida a este. (CAHALI, 2009, p. 354)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O juiz, pelo caráter existencial dos alimentos, fica responsável por fixar o *quantum* devido à gestante e o momento inicial do pagamento dos alimentos - se da propositura da ação ou retroativo a data provável da concepção - apoiado em indícios de paternidade, correndo, pois, o risco de erro judicial na imputação da responsabilidade alimentar a um falso genitor. "O que importa, afinal, é 'tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão.'" (DINAMARCO, 2001, p.161) Conhecendo da divergência entre o justo e o lícito, o juiz enraíza-se na L.A.G. e convencido de indícios de paternidade fixa os alimentos necessários.

Em resumo, a Lei 11.804/2008 disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido, positivando em seu artigo primeiro a legitimidade ativa à gestante, que apenas deverá provar a gravidez, seja ela viável ou não, e indicar, por provas circunstanciais de paternidade, o alimentante, que poderá fazer prova negativa no processo, não dispondo do exame em D.N.A. intrauterino, o qual colocaria em risco a vida da futura prole.

Essa lei é composta por 12 artigos, metade dos quais vetados por promoverem a morosidade processual e irem até mesmo contra a finalidade do próprio instituto, como o artigo 5°, que previa audiência de justificação e o 9º, o qual disciplinava que os alimentos gravídicos seriam devidos a partir da citação do réu, ocasionando até mesmo a não-existência dos alimentos gestacionais, "uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança". [1]

No entanto, os vetos mais relevantes para este trabalho monográfico são os do artigo 8° e 10, que impossibilitam respectivamente o uso de prova pericial como matéria de defesa e a responsabilização objetiva da gestante em caso de resultado negativo de exame pericial de paternidade, este vetado por restringir o livre exercício do direito de ação, chocando com o princípio do acesso à justiça, previsto no artigo 5°, XXXV da CRFB/1988 e aquele por colocar a vida do concepto em riscos consideráveis por permitir o invasivo exame em D.N.A. intrauterino.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1.2 Direito fundamental ao processo justo ou devido processo legal

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, esse é o texto expresso no artigo 5º, inciso LIV da CRFB/1988, que assegura a todos o direito de dizer e contradizer em paridade de armas perante um juiz competente, utilizando de ampla defesa e da produção de provas lícitas.

O direito fundamental ao processo justo é, *stritu sensu*, uma garantia de justiça, mas, *latu sensu,* é um conjunto de várias garantias constitucionais, dentre as quais se destacam a garantia do pleno acesso à justiça (artigo 5°, inciso XXXV da CRFB/1988), a garantia do contraditório e ampla defesa (artigo 5°, inciso LV), a garantia da publicidade dos atos processuais (artigo 5°, inciso LX) e a vedação das provas ilícitas (artigo 5°, inciso LVI).

1.2.1 Garantia constitucional de pleno acesso à justiça

A CRFB/1988 prevê no rol dos direitos e garantias fundamentais que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (artigo 5°, inciso XXXV); em complementação ao direito subjetivo de qualquer cidadão de acionar direta ou indiretamente o judiciário em defesa de seus interesses legalmente garantidos, pode-se inferir do mesmo dispositivo o dever do estado de dizer a justiça mesmo que a lei seja lacunosa, dever esse conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por contradizer a garantia de pleno acesso à justiça, a Lei 11.804/2008 vetou a responsabilização objetiva da gestante nos casos de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o qual a obrigava responder, sem necessária prova de culpa, pelos danos materiais e morais sofridos pelo falso genitor.

O texto do vetado artigo 10, como ensina as razões de veto, ouvidos o Ministério da Justiça e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres:

> trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação. [2]

A liberdade de ação nos casos de requerimento dos alimentos gestacionais é claramente perceptível, pois recepcionada pela Lei 11.804/2008, que atribui à gestante a titularidade do direito em voga. No entanto, o princípio do acesso à justiça é argumento de defesa para ambas as partes, pois ao mesmo tempo em que faculta à gestante a propositura da ação sem o risco de ser sancionada por isso, não poderá excluir da apreciação do poder judiciário a lesão, patrimonial e moral, sofrida pelo falso genitor.

1.2.2 Contraditório e ampla defesa na ação de alimentos gravídicos

A CRFB/1988 assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes, conforme artigo 5°, inciso LV. Essas garantias, enraizadas no princípio da isonomia, constituem-se na efetiva participação das partes, impondo a condução dialética do processo. Os litigantes, na maioria das vezes, em defesa de interesses opostos, terão paridade de armas, isto é, tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são promovidos pela garantia do contraditório e ampla defesa.

Como reitera o professor Cândido Rangel Dinamarco, "o contraditório há de ser equilibrado, combatendo os litigantes em paridade de armas, essa é uma projeção constitucional do princípio da isonomia que ilumina todo o procedimento mediante o qual se exterioriza a participação contraditória". (DINAMARCO, 2001, p. 135-136)

Na Lei 11.804/2008, percebe-se que o contraditório será formado quando da manifestação do requerido no prazo de 5 dias a contar da citação valida, conforme artigo 7°. Esse será o momento em que apresentará provas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito da autora aos alimentos gestacionais. Frise que o requerido não poderá se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

valer de prova pericial, moralmente inaceitável, por colocar em risco o desenvolvimento saudável do nascituro.

1.2.3 A vedação de provas ilícitas e a sua produção na ação de alimentos gravídicos

Preconiza a CRFB/1988 que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (artigo 5°, inciso LVI), completando o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos (...) são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". (artigo 332). O ônus da prova caberá "ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito" (artigo 333, inciso I) e "ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor". (artigo 333, inciso II)

O instituto da prova é tratado pela Lei 11.804/2008 nos artigos 4°, 5°, 6°, 8° e 10, dos quais apenas o artigo 6° não foi vetado, dispondo que "convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré".

Os indícios, referidos no artigo 6°, são ônus probatório da gestante e serão fundamentais para o convencimento do juiz, que atribuirá à prova indireta o valor que for conveniente, conforme leciona o princípio do livre convencimento motivado. Por esse princípio, temos que a valoração da prova será feita pelo juiz, havendo hierarquia apenas entre provas diretas, que demonstram o fato principal, e a prova indireta, que por meio de comprovação de fatos circunstanciais presumir-se-á o fato principal; esta prova em posição subsidiária é mais conhecida como prova indiciária.

Os artigos 4°, 5° e 8° foram vetados, respectivamente, por condicionar o pedido de alimentos à prova da viabilidade da gestação; por promover o retardamento processual ao estabelecer uma audiência de justificação para apreciação de provas; e por condicionar a procedência do pedido do autor à realização de exame pericial, nos casos de oposição à paternidade. O artigo 10, que será tratado mais detalhadamente em capítulo futuro, previa a responsabilidade objetiva da gestante nos casos de negativa da paternidade e, também, foi vetado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com o veto dos quatro artigos supra mencionados e a vigência do artigo 6°, percebe-se que o pedido de alimentos gestacionais será instruído apenas com provas indiretas da paternidade, ou seja, por indícios, sendo desnecessária para a possibilidade do pedido a prova da viabilidade da gestação, pois se ela for viável ou não, a gestante precisará de tratamento apropriado, como fundamenta a mensagem de veto do artigo 4° da L.A.G.:

> A gestante, independentemente da sua gravidez ser viável ou não, necessita de cuidados especiais, o que enseja dispêndio financeiro. O próprio art. 2º do Projeto de Lei dispõe sobre o que compreende os alimentos gravídicos: 'valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referente à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis (...)'. Esses gastos ocorrerão de qualquer forma, não sendo adequado que a gestante arque com sua totalidade, motivo pelo qual é medida justa que haja compartilhamento dessas despesas com aquele que viria a ser o pai da criança. [3]

A gestante, titular de direito, ao requerer os alimentos de que crer necessários imputará a paternidade ao requerido; quanto ao fato constitutivo do direito, é dela o ônus probatório, e ao suposto genitor caberá a produção de prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito requerido pela autora (artigo 333, incisos I e II, do CPC/1973), o que leva a concluir, nas palavras de Douglas Phillips Freitas que:

> cabe à genitora apresentar os 'indícios de paternidade' informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência. (FREITAS, 2008, p. 91)

Ao requerido não é permitida a utilização da prova pericial, exame em D.N.A., quando da oposição da paternidade, pois esta colocaria em risco o direito à vida em detrimento de questões patrimoniais. O requerido poderá fazer outras provas licitas e moralmente admissíveis dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, como por exemplo, prova de vasectomia realizada em data anterior a concepção.

A inviolabilidade do direito à vida, concedida indistintamente a todos, fundamentou a proibição dessa prova pericial e o veto do artigo 8° da L.A.G., sendo de extremo desacordo a adoção de exame que coloque em risco a vida do ser humano – inadmissível é a adoção de exame em líquido amniótico, espécie do exame em D.N.A. Como conclui Greco Filho, "a tendência moderna (...) é no sentido de não se admitir a prova cuja obtenção tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional". (GRECO FILHO, 2003, p. 186)

Segundo ensinamento da Professora Ionete de Magalhães Souza, "os exames periciais existem para que sejam utilizados com o propósito de buscar esclarecer uma verdade não declarada", (SOUZA, 2002, p.119), porém, não é essa certeza genética que a L.A.G. busca, mas sim a proteção do nascituro.

> Os indícios de paternidade e possível acordo em audiência de conciliação não impõe, salvo que o objeto do acordo seja o reconhecimento voluntário da paternidade, a fixação do suposto pai obrigado pelos alimentos gravídicos como pai daquela prole credora dos alimentos. Ao nascer, todo o procedimento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> investigação de paternidade deverá ocorrer, lembrando que se houver reconhecimento voluntário, mas, fundado em vício de vontade, poderá ser revisado em ação própria conforme entendimento dos tribunais superiores neste sentido. (FREITAS, 2008, p. 93)

O direito personalíssimo de reconhecimento do estado de filiação, indisponível e imprescritível, será discutido em ação própria e contará com a possível utilização do exame em D.N.A. Em caso de confirmação da paternidade os alimentos serão inquestionavelmente devidos pelo agora reconhecido genitor – eis o que reja o princípio da paternidade responsável. Por outro lado, a negativa de paternidade resolverá o processo pela carência da ação, desobrigando o falso genitor.

A Ação de Alimentos Gravídicos é, pois, a obtenção do que Cândido Rangel Dinamarco chamou de "processo com feições humanas", em que não há somente o escopo jurídico, mas também a busca dos escopos sociais e políticos para a pacificação do conflito, almejando o escopo fim do direito: a justiça. (DINAMARCO, 2001, p. 317). Segundo Greco Filho, "os princípios éticos que informam o processo dão predominância aos valores de família e da intimidade justa mais do que à procura da verdade real, de modo que a lei prefere preservar aqueles valores, sacrificando este". (GRECO FILHO, 2003, p. 208)

"Se a parte, por meios lícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio da prova". (GRECO FILHO *apud* Ada Pellegrini, 2003, p. 186). Erros serão inevitáveis em face da limitação humana, situações em que o alimentante descobre-se não ser o pai biológico do recém-nascido tornarão frequentes na vigência da referida lei.

Porém, como preconiza Ênio Santerelli Zuliani "é preferível correr o risco de responsabilizar o sujeito que prova, no futuro, não ser o pai [ainda que com sacrifícios de valores diante da irrepetibilidade], a manter o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

nascituro desprotegido por falhas probatórias verificadas na instrução do pedido". (ZULIANI, 2009, p. 22)

A garantia de produção da prova é relativizada para que o processo assuma as feições humanas, em que o risco de erro torna-se irrelevante pelo propósito assumido, qual seja, a proteção da vida do futuro homem. Adaptando o exemplo dado por Cândido Rangel Dinamarco em "A instrumentalidade do processo", pode-se afirmar que negar ao nascituro, que realmente seja filho, o direito aos alimentos necessários é injustiça de igual (ou maior) teor da consistente em obrigar o genitor falso a pagar alimentos.

1.3 Direito fundamental à duração razoável do processo

A Emenda Constitucional nº45/2004 (EC nº45/2004), conhecida como "Reforma do Judiciário", promoveu a garantia do tempo razoável do processo ao peso de direito fundamental ou também chamado direitos do homem, introduzindo no artigo 5º da CRFB/1988 o inciso LXXVIII, o qual dispõe que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

> Tem-se que a fidelidade dos provimentos jurisdicionais à efetiva vontade do direito substancial objetivo para a solução do caso concreto requer dispêndio de energias e toma tempo, sendo portanto condicionada a um custo social mais ou menos elevado; por outro lado, o curso do tempo e aflições das partes por uma solução para suas angústias e fim do estado de insatisfação clama por soluções rápidas, que para serem rápidas trazem consigo o risco da imperfeição jurídica. (DINAMARCO, 2001, p. 229)

Na adaptação do tempo ao processo, este assume sua essência ética em confrontação com o tecnicismo. A razoável duração do processo é, pois, a busca da conciliação do tempo à segurança jurídica, acalmando os espíritos anímicos das partes em conflito. "O que se deve ter em vista é o equilíbrio do binômio segurança-celeridade, garantindo-se um tempo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

razoável para a tramitação do processo, concomitante à prestação de uma tutela jurisdicional justa, na qual a decisão final não se procrastine além do necessário". (SILVA, 2011, p. 51)

A duração razoável do processo é a prestação jurisdicional em tempo razoável, através de um processo sem dilações indevidas, constituindo o processo num instrumento eficaz na realização do direito material. Trata-se de um novo parâmetro da legislação processual, podendo a duração razoável do processo ser considerada como mais uma ramificação do princípio do devido processo legal, o qual se desdobra, também, na certeza ou segurança processual.

Notório é que o tempo é inimigo do processo e a obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, estas são linhas expostas por Cândido Rangel Dinamarco, as quais demonstram a necessidade imediata da relativização da certeza jurídica para a efetivação do escopo fim do processo, assumindo sua "feição humana".

> À boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem conhecidos, por inoportunidade decorrente da demora. (DINAMARCO, 2001, p. 232)

Num desfavor as questões patrimoniais do suposto genitor, o juiz em confronto com o tempo e adotando uma postura célere frente à necessidade do *quantum* alimentar, fixa os alimentos e automaticamente assume o risco de erro. Esta postura é forçada pelo princípio da celeridade processual, o qual "exige que o juiz se conforme e pacifique sem haver chegado ao ponto ideal de assimilação da verdade". (DINAMARCO, 2001, p. 232)

1.3.1 Princípio da Segurança Processual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

O princípio da segurança processual é desdobramento do devido processo legal. Sendo garantia que estabelece a ponderação da celeridade processual, tal princípio limita a agilidade do processo e constitui a raiz de sua essencialidade ética.

> Manifesta é a adoção pelo termo "segurança" em detrimento da "certeza jurídica", como dito por Cândido Dinamarco a obsessão pela certeza é fator de injustiça, pois "não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins". (DINAMARCO, 2001, p. 128)

Segurança jurídica não é busca obstinada da verdade real, mas sim a pacificação do conflito através da aplicação das garantias e princípios constitucionais do processo ao caso concreto, adotando o princípio da razoabilidade – "todos os princípios e valores consagrados constitucionalmente devem ser conciliados e harmonizados para que um não anule os outros e, pelo critério da razoabilidade, todos coexistem e vigorem, na medida do possível". (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 93)

"O escopo do processo reside na 'realização dos direitos subjetivos e (ou) confirmação da ordem jurídica, objetivo cuja tarefa importante é a da manutenção da paz social e da garantia da segurança jurídica'". (DINAMARCO, 2001, p. 154) A segurança jurídica é responsável por travestir o processo meramente técnico num processo com "feição humana", essencialmente ético.

CAPÍTULO II RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE

2.1 Considerações sobre a responsabilidade civil

Responsabilidade civil surge ao violarmos um dever jurídico primário, causando dano a outrem; a evolução desse instituto passou pela rigorosa Lei de Talião, assumindo feições próximas à atual com a Lei Aquília; porém esse instituto é considerado por Sílvio de Salvo Venosa como relativamente recente nos ordenamentos jurídicos - visto pela "primeira vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

no final do século XVIII, no âmbito do direito revolucionário francês" (VENOSA, 2004, p. 12), sendo que "sua primeira formulação expressa está no código civil francês, espalhando daí para todas as codificações posteriores". (VENOSA, 2004, p. 12).

No ordenamento brasileiro, o instituto da responsabilidade civil, embora relevante, não ocupa muito espaço no CC/2002, tendo boa parte de suas regras previstas em lei esparsas.

> O Código Civil de 1916 dedicou poucos dispositivos à responsabilidade civil, o mesmo acontecendo com o de 2002, que apenas consignou na Parte Geral, nos arts. 186, 187 e 188, a regra geral da responsabilidade extracontratual (aquiliana) e algumas excludentes. Na Parte Especial, estabeleceu a regra básica da responsabilidade contratual no art. 389 e dedicou dois capítulos à "obrigação de indenizar" e à "indenização" sob o título "Da Responsabilidade Civil". (GONÇALVES, 2010, p. 11)

A responsabilização daquele que cometeu ato ilícito ou abuso de direito é a tentativa mais aconselhável de reequilíbrio das relações interpessoais, "único meio de cumprir-se a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecido ditame de *neminem laedere".* (MONTEIRO, 2007, p. 502), princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem.

Na simples conceituação de Sérgio Cavalieri Filho, temos que "responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário". (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2)

Segundo Silvo Rodrigues, "uma pessoa pode causar prejuízo a outra tanto por descumprir uma obrigação contratual como praticar outra espécie de ato ilícito". (RODRIGUES, 2002, p. 8). Desse modo, temos a responsabilidade civil contratual e a extracontratual ou também conhecida como responsabilidade civil aquiliana. Essa distinção não é de grande relevância para o presente trabalho, pois como visto no mencionado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

doutrinador, "numa e noutra mister se faz a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo contratante". (RODRIGUES, 2002, p. 9)

> A responsabilidade pode decorrer de violação de normas jurídicas, de normas morais ou de ambas. O fato é que se cogita da responsabilidade jurídica apenas quando acarreta algum tipo de dano. É, pois, a consequência jurídica decorrente do descumprimento da relação obrigacional danosa, seja contratual ou extracontratual. (CARDOSO, 2011)

A responsabilidade civil também se divide em responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva, em que o principal elemento diferenciador é a conduta do agente. Na responsabilidade objetiva não é necessário provar que o agente causou o dano de forma culposa, "leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa" (VENOSA, 2004, p. 22), isto é, para que haja indenização de forma objetiva, bastam o dano e o nexo de causalidade; enquanto na responsabilidade subjetiva, a conduta culposa do agente é um dos seus pressupostos, devendo ser provada, assim como o dano e o nexo causal.

"Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar". (VENOSA, 2004, p. 27) Num sentido mais específico e voltado para a seara jurídica, Sérgio Cavalieri Filho conceitua a culpa "como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível". (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 34)

Esse dever de cuidado é resumido pela expressão romana "*neminem laedere*"; caso haja ação por abuso de direito e/ou ato ilícito, ocasionando lesão a alguém, surge o direito do ofendido à reparação, dever jurídico secundário. "Tenha o agente agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão do dano". (GONÇALVES, 2010, p. 69)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Na análise da diferenciação entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade objetiva, percebe-se que "pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano" (CAVALIERI FILHO, 2008, p.70), "mesmo que haja violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida sem que se tenha verificado prejuízo". (GONÇALVES, 2010, p. 26)

O dano é, assim, requisito fundamental para que haja uma ação de indenização, pois esta ação visa simplesmente a reposição dos valores perdidos ou a compensação das "dores da alma" (danos imateriais). O dano, prejuízo material ou moral, sofrido pelo agente, para ser indenizado, deve ser provocado de forma injusta, ou seja, deve ser consequência de um ato ilícito ou abuso de direito; além de ser atual e certo. Aqui, o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves, o qual afirma que "só é ressarcível o dano que preencher os requisitos de certeza e atualidade. Atual é o dano que já existe no momento da ação de responsabilidade. (...) Certo é o fundado sobre um fato preciso e não sobre hipóteses." (GONÇALVES, 2010, p. 87)

O dano provocado pelo ato ilícito e/ou abuso de direito tem como principal divisão a distinção entre dano material e dano moral - aquele mais fácil de ser quantificado em dinheiro, pois atinge bens do patrimônio da vítima, podendo ser facilmente reparado pela devolução dos valores perdidos; este, de difícil mensuração, é o prejuízo que gera desconforto comportamental, isto é, afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, devendo a indenização ser considerada como uma compensação do dano, conforme doutrina majoritária.

> Ao causador do dano material cabe a responsabilidade de repor o bem lesado ou a dação do seu equivalente em dinheiro a fim de retornar o mais plenamente possível à situação anterior. Esse desiderato, contudo, não é possível no caso de dano imaterial; resta ao causador do dano apenas prover uma compensação à vítima. (CARDOSO, 2011)

A lei de Alimentos Gravídicos previa, no vetado artigo 10, a responsabilidade objetiva da gestante nos casos de imputação de falsa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

paternidade; como visto, essa forma de responsabilização independe de culpa, devendo o lesado provar apenas o dano e o nexo causal, relacionando o prejuízo à imputação de falsa paternidade.

A responsabilidade objetiva é exceção no ordenamento pátrio, podendo ser aplicada somente quando exista lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto. Já a responsabilidade subjetiva é tida como regra, pois a responsabilização do agente que provoca dano a outrem com culpa ou dolo é fundamental para a pacificação dos ânimos das partes envolvidas, promovendo o equilíbrio das relações interpessoais. Como salienta Carlos Roberto Gonçalves, "a responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos". (GONÇALVES, 2010, p. 20)

Portanto, "responsabilidade subjetiva teremos sempre, mesmo não havendo lei prevendo-a, até porque esta responsabilidade faz parte da própria essência do Direito, da sua ética, da sua moral – enfim, do sentido natural da justiça". (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 22-23) Já a responsabilidade objetiva, por ser exceção, somente poderá ser aplicada quando existir lei expressa que a autorize.

2.2 Responsabilidade civil na Lei 11.804/2008

"No âmbito do Direito de Família, desde o namoro, até no casamento e nas relações de filiação, estão implícitos deveres e obrigações resguardados pelo Direito e cujo descumprimento acarreta, em tese, o dever de indenizar". (CARDOSO, 2011) O cumprimento de obrigações e as peculiaridades dos princípios de Direito das Famílias geram, quase sempre, pelo abuso de direito, o rompimento das relações familiares e a consequente dor da alma, que fundamenta a busca da reparação dos danos morais pela indenização.

"Indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado". (RODRIGUES, 2002, p. 185) Esse restabelecimento do equilíbrio anterior ao dano, como visto, é mais fácil de ser atingido em danos meramente patrimoniais, pois exige

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

apenas a reposição dos valores perdidos pelo lesado; contudo, quando se fala em Direito das Famílias, comum será a ocorrência de danos morais, que "embora seja cediço (...) não possa ter o seu equivalente em dinheiro, há que se buscar compensá-lo, mesmo que o dinheiro traga apenas algum conforto, um abrandamento da dor sofrida". (CARDOSO, 2011)

O vetado artigo 10 previa que "em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu", ou seja, o falso genitor, por não possuir nenhuma ligação de parentesco, poderia retornar ao estado *quo ante* através da propositura da ação de indenização por danos materiais e morais, sem que fosse necessária a prova de culpa da gestante quanto da imputação de falsa paternidade.

Reitera Carlos Roberto Gonçalves que "nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida por lei. Em outros, é de fato prescindível (responsabilidade independente de culpa)." (GONÇALVES, 2010, p. 19)

O Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral da União e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres fundamentaram o veto por haver evidente violação ao princípio do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/1988.

> Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação. [4]

O vetado artigo 10 traduz-se no instituto da responsabilidade civil objetiva, exceção no ordenamento brasileiro, enraizado na responsabilidade subjetiva, em que há necessária comprovação de culpa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

agente, ficando o ônus da prova a quem alega. É claramente perceptível o veto da exceção, o que não afeta a aplicação da regra, qual seja, a possibilidade de ação de indenização pelo falso genitor em contento com a gestante que agiu de má-fé ou abuso de direito na imputação de falsa paternidade. Frise-se que nesse caso, o falso genitor deverá fundar o processo na comprovação de culpa da gestante de má-fé.

> A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do art. 927. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é ainda a regra geral no direito brasileiro. (VENOSA, 2008, p. 40)

A responsabilização do agente que provoca o dano agindo de forma culposa é imposta mesmo na ausência de lei expressa que regularize a situação concreta, pois é alicerce do convívio do homem em sociedade e está positivada, de forma genérica, no CC/2002, em seu artigo 186, pois "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", fato gerador da responsabilidade civil.

O ato ilícito "traduzi-se em um comportamento voluntário que transgride um dever" (VENOSA, 2004, p. 26); caso essa violação gere dano, comprovado pelo nexo de causalidade, ensejará indenização para a parte lesada. "O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano". (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71)

Além do transgressor, também comete ato ilícito aquele que atua com abuso de direito, ferindo comportamentos morais e indo contra os bons costumes, isto é, "comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". (artigo 187 do CC/2002) "Observa-se que a jurisprudência, em regra, considera abuso de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

direito o ato que constitui o exercício egoístico, anormal do direito, nocivo a outrem, contrário ao destino econômico e social do direito em geral". (GONÇALVES, 2010, p. 31)

Em resumo, "na responsabilidade subjetiva, o centro do exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito". (VENOSA, 2004, p. 26) Ao analisar a ação ou omissão, caso ela seja praticada com culpa do agente, isto é, se o agente conhecia ou tinha condições de conhecer as consequências do seu comportamento, e a comprovação dessa culpa for condição do processo, tem-se a responsabilidade subjetiva.

Na situação em análise, os danos materiais, mais perceptíveis, surgirão dos valores pensionados à gestante em forma de alimentos gravídicos; já os danos personalíssimos, intitulados danos morais – "dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma". (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 79), poderão ser oriundos da expectativa da futura paternidade, com sua provável divulgação pelo suposto genitor em sua família e/ou em seu meio – trabalho e amigos.

2.3 Princípios constitucionais e o dano na ação de alimentos gravídicos

O ordenamento nacional, fundado no positivismo, apresenta, como qualquer sistema dinâmico em constante construção, falhas ou espaços lacunosos, que são preenchidos pela interpretação e aplicação de ideias gerais do direito, conhecidas como princípios – normas troncos de aplicação obrigatória.

> Os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. (ESPÍNDOLA, 1998, p. 55)

Essas fontes além de integrantes do Direito, também são examinadas na interpretação da lei ao caso concreto, momento em que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

percebe a ponderação e consequente harmonização de vários princípios, pois "nenhum princípio constitucional deve ser considerado isolado ou auto-suficiente" (ESPÍNDOLA, 1998, p. 82), podendo ser aplicados vários princípios na interpretação de uma mesma regra, mesmo que esses princípios sejam contraditórios.

> O conflito entre princípios se resolve na dimensão do peso e não da validade, ou melhor, princípios colidentes não se excluem de maneira antinômica, perdendo um deles a existência jurídica, a validade e/ou a vigência; apenas se afastam diante da hipótese colocada ao juízo decisório. Assim, pelo procedimento de ponderação de princípios em conflito, afasta-se, no caso, o princípio cujo peso foi sobrepujado pelo outro, que recebeu aplicação, ou, ainda, pela metódica de harmonização ou concordância prática aplicam-se ambos os colidentes, até o limite das possibilidades que o peso de cada um comporta. (ESPÍNDOLA, 1998, p.248-249)

Na Ação de Alimentos Gravídicos, os princípios que entrarão em choque constantemente serão o princípio da celeridade processual, trazido pela EC n° 45/2004, e o princípio da certeza jurídica, ou também conhecido como princípio da segurança processual.

Os princípios constitucionais mencionados, celeridade e segurança processual, serão ponderados na tentativa de amenizar os danos causados pelo problema "tempo". Como exemplificado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a delonga processual "aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito". (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20)

Limitado pelo período gestacional, de aproximadamente 36 (trinta e seis) semanas, e pelo caráter existencial dos alimentos, o processo de alimentos gravídicos deve ser ágil, para que cumpra ao fim que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

propôs: a solução pacífica do conflito na manifesta efetivação do direito ao nascimento com vida.

A EC nº. 45/2004, conhecida como "Reforma do Judiciário", como visto, alçou, com a introdução do inciso LXXVIII ao artigo 5º da CRFB/1988, a celeridade processual à condição de princípio constitucional. Porém, a duração razoável do processo será limitada pelo princípio da segurança processual - os dois, princípios radiados do devido processo legal.

O juiz deverá sempre adaptar o direito ao caso concreto, assumindo o processo sua sensibilidade ética, em contramão ao formalismo exacerbado e o reinado do escopo jurídico. Essa é a essência visada pela L.A.G., que relativiza a garantia constitucional da prova, dentre outras garantias e princípios processuais, numa tentativa de dignificar o desenvolvimento gestacional e consequente vida da futura prole.

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade, princípio supremo direcionado a todo e qualquer ser humano, encontra-se indiretamente positivada na Lei 11.804, L.A.G., de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito aos alimentos devidos a gestante como instrumento de promoção da dignidade da futura prole. O direito fundamental à vida é adaptado e transforma-se, nessa situação, no direito ao nascimento com vida.

O princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente contemplado na CRFB/1988, em seu artigo 1°, inciso III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O aclamado princípio se repete em tantas outras regras, e, juntamente com os demais princípios constitucionais, além de desempenharem "a função de normas com diferentes graus de concretização, ainda funcionam como critérios para interpretação de outras normas, não importando o nível hierárquico-normativo dessas". (NALINE, 2000, p. 248)

Mesmo que o nascituro não seja considerado pessoa pela teoria natalista, que condiciona o início da personalidade ao nascimento com vida, o concepto terá direito à dignidade, protegida pela Lei de Alimentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Gravídicos, que, mesmo forçosamente, contempla a paternidade responsável, protegendo de forma necessária o direito ao nascimento com vida, desdobramento do direito fundamental à vida, previsto no artigo 5° da CRFB/1988.

> A normatização de alimentos gravídicos enfrentou a problemática existente em razão da dificuldade de conscientização dos pais quanto à necessidade de prover, de maneira espontânea, os alimentos necessários à mantença de uma vida digna do alimentando, pessoa que se encontra em desenvolvimento psicomotor e consequente proteção dos direitos da personalidade da criança e do adolescente. (SIMÕES; FERMENTÃO, 2012)

O princípio da dignidade da pessoa humana, pela sua extensão, constitui argumento de defesa para ambos os lados - suposto genitor e gestante/nascituro. Percebe-se que a dignidade da gestante e do nascituro será ameaçada quando os alimentos não forem prestados, no tempo hábil, na proporção das necessidades da gestação; já a dignidade do suposto genitor será ofendida quando da imputação de falsa paternidade, causando-lhe, muitas vezes, danos morais pela publicidade de falsa paternidade.

Como lecionado por Ionete de Magalhães Souza, "se é injusta não ter, o filho, o direito à paternidade, injusta também é a declaração de uma filiação inexistente". (SOUZA, 2002, p. 113). Sendo assim, o suposto genitor, após negativa de paternidade em exame pericial, terá direito ao ressarcimento dos prejuízos morais sofridos pela declaração de falsa paternidade. Em resumo, Sérgio Cavalieri Filho diz que "a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos". (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 80)

Por ser presente nos dois lados, o princípio da dignidade da pessoa humana constituirá mais um elemento de interpretação das normas ao caso concreto, isto é, "o equilíbrio na obrigação alimentar será analisado pelo juiz, a fim se evitar que nenhuma das partes, obtenha além do que lhe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

é de direito ou se esquive da totalidade da obrigação alimentar". O princípio em si não pretende favorecer nenhum dos lados, apenas será elemento de ponderação para a decisão proferida pelo magistrado em cada caso concreto.

Porém, o juiz, buscando o escopo social do processo, na tentativa de eliminar os conflitos de forma justa, perceberá que negar ao nascituro, que realmente seja filho, o direito aos alimentos necessários será injustiça de maior teor da consistente em obrigar o falso genitor a pagar alimentos. "É preferível correr o risco de responsabilizar o sujeito que prova, no futuro, não ser o pai [ainda que com sacrifícios de valores diante da irrepetibilidade], a manter o nascituro desprotegido por falhas probatórias verificadas na instrução do pedido." (ZULIANI, 2009, p. 22)

Sendo assim, ao decidir uma ação de alimentos gravídicos, fundada em indícios suficientes de paternidade, o juiz sopesará os direitos patrimoniais e personalíssimos do alimentante com o direito ao nascimento com vida, prevalecendo na maioria das decisões o direito fundamental à vida.

Pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz poderá considerar qualquer prova legal ou moralmente admissível para obrigar o suposto genitor. Porém, o alimentante, ao apresentar resposta ao alegado pela gestante, não poderá se valer de prova pericial, exame em D.N.A. Os princípios do contraditório e ampla defesa limitar-se-ão pela preservação do direito ao nascimento com vida.

Como consequência, surge o risco das imperfeições jurídicas, materializada nessa situação com a imputação de falsa paternidade. Percebe-se aqui o relativismo do princípio da certeza jurídica, devido o caráter existencial dos alimentos gravídicos. O falso genitor, a fim de retornar o estado *quo ante*, requererá, valendo-se do acesso à justiça, a indenização pelos danos materiais e morais originados pela indicação de falsa paternidade.

"O tempo não trará de volta os direitos materiais, psicológicos e quem sabe, afetivos, que se perderam com a angustiante espera" (SOUZA, 2002, p. 18), mas com o instituto da responsabilidade civil, ainda que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

subjetiva, pode-se ter o reequilíbrio da situação hora exposta, com consequente manifestação do escopo social do direito, em que mesmo descontentes, as partes aceitam a decisão.

CAPÍTULO III ALIMENTOS GRAVÍDICOS: RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE E O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS

3.1 Termo inicial e valoração do *quantum* alimentar

"Riscos hão de ser calculadamente aceitos, desde que constituam o custo aceitável de outras vantagens certas" (DINAMARCO, 2001, p. 251), o que vem fundamentar a fixação dos alimentos em detrimento dos possíveis prejuízos patrimoniais do requerido, numa manifestação clara do princípio da razoabilidade, em que o juiz confronta tutela à vida do concepto e enriquecimento sem causa da gestante de má-fé aos valores patrimoniais e morais do suposto genitor.

Ao decidir pela fixação dos alimentos gravídicos, deve-se valorar o *quantum* devido pelo suposto genitor e o momento inicial da prestação alimentar. Nesse ponto, o vetado artigo 9º da Lei de Alimentos Gravídicos previa que os alimentos seriam devidos a partir da citação, o que contrariava o princípio da celeridade processual e o caráter existencial dos alimentos gestacionais, já que o alimentante poderia se esquivar do ato citatório postergando o início da prestação alimentar, o que geraria até mesmo a não existência dos alimentos pagos durante o período gestacional.

> O art. 9° previa que os alimentos seriam devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade. [5]

Com o veto, surge o questionamento do termo inicial da prestação alimentar, se devida desde a citação, da propositura da ação ou, numa visão extremista, do início do período gestacional. Como ressalta Maria Helena Diniz, uma das características dos alimentos é a atualidade, "porque o direito aos alimentos visa a satisfazer necessidades atuais ou futuras e não as passadas do alimentando; logo, este jamais poderá requerer que se lhe conceda pensão alimentícia relativa as dificuldades que teve no passado". (DINIZ, 2007, p.549)

O IBDFam posiciona-se no sentido de que os alimentos gravídicos serão devidos do momento da propositura da ação, retroagindo ao momento em que a gestante se viu na necessidade de receber os alimentos previstos em rol exemplificativo no artigo 2º da L.A.G..

Tem-se que a paternidade não é configurada a partir do momento em que o oficial de justiça cita o réu de uma ação dessa natureza, "pai é assim o é desde a concepção do filho", é a máxima sustentada pelo IBDFam, que defende que os alimentos sejam devidos pelo pai desde o momento em que o juiz distribui a ação, evitando que o réu atrase a tramitação da ação ao esquivar-se de receber o oficial de justiça. (ALMADA, 2008)

Em decisão totalmente favorável a gestante, numa interpretação literal do artigo 2º da L.A.G., o qual diz que os alimentos são devidos da concepção ao parto, o juiz pode fixar alimentos retroativos à data do início da gestação, indo contra o caráter da atualidade dos alimentos. Independente se da data do início da gestação, do surgimento da necessidade ou do ato citatório, o juiz deve fixar o *quantum* conforme o binômio necessidade/possibilidade, tendo como fundamento apenas a possibilidade da paternidade.

> Importantíssimo destacar que se aplica aos alimentos resultantes da gravidez critério semelhante ao utilizado nos alimentos convencionais: a) necessidade da autora da ação (gestante); b)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> possibilidade de contribuição do réu (suposto pai), mas também da mãe, resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos, diante da responsabilidade mútua, não havendo impeditivos à fixação de um montante específico para o período da gravidez e outro após o nascimento, pois a convergência dos alimentos em pensão alimentícia é em razão da natureza da obrigação e não em função dos valores (art. 6º). (ASSIS, 2002)

As necessidades gestacionais, além das elencadas no artigo 2º da L.A.G., devem ser apreciadas por um médico ou pelo juiz competente, de forma a não causar o enriquecimento sem causa da gestante, desvinculando os alimentos da sua natureza ético-social. Desse modo, o valor da pensão será diferente em cada caso concreto, isto é, o artigo 2° trata-se de mero rol exemplificativo.

> Art. 2°. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

As necessidades alimentares devem ser confrontadas com as possibilidades não só do suposto genitor, como também do Estado e da gestante: os interesses conflitantes dessas pessoas devem ser apaziguados, pois, mesmo estando em lados contrários no processo, elas buscam o mesmo fim, a promoção da dignidade da futura prole.

> Há uma tendência moderna de impor ao Estado o dever de socorrer os necessitados, através de sua política assistencial e previdenciária, mas com o objetivo de aliviar-se desse encargo, o Estado o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> transfere, mediante lei, aos parentes daqueles que precisam de meios materiais para sobreviver, pois os laços que unem uma família impõem esse dever moral e jurídico. (DINIZ, 2007, p. 538)

Surge assim o triângulo de responsabilidade entre gestante, Estado e suposto pai para dignificação do nascituro através do instrumento dos "alimentos", um direito antigo, porém ratificado a pouco pela L.A.G.. O binômio necessidade/possibilidade transforma-se no caso concreto em direito ao nascimento com vida *versus* enriquecimento sem causa da gestante.

3.1.1 Efeitos da coisa julgada na Ação de Alimentos Gravídicos

"Define-se coisa julgada como a imutabilidade dos efeitos da sentença" (GRECO FILHO, 2003, p. 53), essa rigidez não se faz presente na ação de alimentos, podendo o *quantum* fixado pelo juiz ser majorado, reduzido ou extinto, sempre em consideração as necessidades e possibilidades atuais do requerente e do requerido.

O vigente artigo 6º da L.A.G. prevê no seu parágrafo único que "após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão". Além do tempo gestacional, nada impede a propositura da ação revisional de alimentos antes mesmo do nascimento.

Convertidos em pensão, além da possível majoração ou redução do valor alimentar, deve ser analisada a exoneração pelo fato do requerido não ser o pai biológico do recém-nascido. O juiz, valendo de prova pericial segura, pode investigar a origem genética do recém-nascido, sendo arbitrário manter a pensão sem haver relação de parentesco entre o requerido e o menor, "a investigação de paternidade deveria ter por base a prova D.N.A. como forma de justificação da cobrança e execução de alimentos contra suposto pai". (SOUZA, 2001, p. 56).

O exame em D.N.A. não é a decisão do processo, nem a confirmação de paternidade, apenas comporá a árvore genealógica do menor, definindo meramente seu genitor. Pai não é *homunculo*,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

simplesmente aquele que contribui geneticamente para a formação de um ser; pai é a manifestação presente de afeto, o qual não deve contribuir somente com alimentos, mas na construção da personalidade da criança, sendo, dentre tantas coisas, presente.

3.2 Responsabilidade civil subjetiva e a boa-fé da gestante

A responsabilidade civil subjetiva, como visto, será aplicada mesmo na ausência de lei, pois ela constitui a essência do Direito, sendo instrumento de reequilíbrio dos conflitos, que trazem consigo algum dano a alguém, ainda que imaterial. Os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva estão elencados no artigo 186 do CC/2002, e são, a conduta culposa do agente, o nexo causal e dano. Diz: "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

A conduta culposa, elemento diferenciador da responsabilidade objetiva, traduz se na ação ou omissão voluntária do agente que possuía condições de prever as consequências de sua ação, ou mesmo, agindo com dolo, sabia dessas consequências.

A gestante ao imputar a paternidade age com culpa, por exemplo, quando possui condições de saber que o alimentante não era o genitor do nascituro, ou que, por dolo, pretende lesá-lo com a indicação de falsa paternidade.

> Perscruta-se acerca da possibilidade de a gestante se utilizar do aludido instrumento jurídico para chantagear um homem casado que com ela tivesse relações extraconjugais, ou mesmo imbuída de sentimentos de vingança e obstinação, queira prejudicar outrem pelo simples fato de rejeitá-la em seu estado gravídico, sem ao menos saber se realmente aquela pessoa seria mesmo o pai do nascituro em questão. (SIMÕES, FERMENTÃO, 2012)

A gestante ao indicar um pretenso pai deve fazer de forma consciente, agindo conforme os bons costumes e a boa fé, conforme o artigo 187 do CC/2002, que preconiza "a boa-fé objetiva ou normativa,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

assim entendida a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais". (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 160)

Quando a gestante ao indicar um homem como genitor do concepto atua de forma irregular, com abuso de direito, comete ato ilícito, e deve reparar os danos originados por essa conduta. "O abuso de direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum". (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 11)

Segundo ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, "considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com lealdade e a confiança esperáveis" (CAVALIERI, 2008, p. 161), ou seja, excede manifestamente os limites impostos pela lei e pela moral, praticando ato ilícito pelo abuso de direito.

> Princípio da boa-fé - A boa-fé é um importante princípio jurídico, que serve também como fundamento para a manutenção do ato viciado por alguma irregularidade. A boa-fé é um elemento externo ao ato, na medida em que se encontra no pensamento do agente, na intenção com a qual ele fez ou deixou de fazer alguma coisa. Na prática, é impossível definir o pensamento, mas é possível aferir a boa ou má-fé, pelas circunstâncias do caso concreto.[6]

Após análise do princípio da boa-fé, tem-se que a gestante, que tinha como saber que imputava paternidade em falso, ocasionando danos ao falso genitor, age com abuso de direito, por ir contra o princípio da boa-fé objetiva. Por ter praticado um ato ilícito, causando prejuízo ao falso genitor, a mulher que agiu de má-fé deverá responder pelas conseqüências de seus atos, tentando restabelecer a situação anterior à Ação de alimentos gravídicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Na ação de indenização por danos materiais e morais sofridos pelo falso genitor, se levará em conta a conduta culposa da gestante, analisando em cada caso concreto a capacidade dela de ter ou não conhecimento da falsa imputação, ressalte-se que "na prática, é impossível definir o pensamento, mas é possível aferir a boa ou má-fé, pelas circunstâncias do caso concreto."[7]

Em regra, a má-fé da gestante deverá ser comprovada pelo falso genitor no momento da propositura da ação, devendo ele, como autor da ação, provar o alegado através de todas as provas legais ou moralmente admissíveis. A Ação de Indenização por danos materiais e imateriais deverá ser fundada no comprovação da conduta culposa da gestante, o alimentante deixará sua condição de sujeito passivo do processo e assumirá o lugar de "vítima", requerendo o que lhe é de direito para devolver o equilíbrio da relação antes indicação de falsa paternidade.

3.3 Responsabilidade civil da gestante e a irrepetibilidade dos alimentos

A negativa do exame de paternidade, em que o requerido descobre-se não ser o pai biológico daquele a quem prestava os alimentos, será situação frequente por se valer o juiz apenas de indícios de paternidade. O falso genitor, por não possuir nenhuma ligação de parentesco, poderia retornar ao estado *quo ante*, reavendo da genitora os alimentos pagos no período gestacional ou, aplica-se a irrepetibilidade dos alimentos, ocasionando um enriquecimento sem causa da gestante - eis a dúvida que o erro judiciário provoca.

> [...] incabível a restituição de valores pagos a título de alimentos, ou seja, a alegação de pagamento indevido ou enriquecimento sem causa não encontra eco na doutrina relativa a alimentos, eis que secundado no raciocínio lógico decorrente da premissa: "in praeteritum non vivitur", ressalvadas as situações excepcionais de erro ou dolo.(SIMÕES; FERMENTÃO, 2012)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O vetado artigo 10 da L.A.G. previa o retorno ao momento inicial a gestação, em que a gestante era objetivamente responsável pelos danos causados ao falso genitor. O Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral da União e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres fundamentaram o veto por haver evidente violação ao princípio do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/1988.

> Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação. [8]

O artigo 10 trata do veto da responsabilidade objetiva, exceção no ordenamento brasileiro enraizado na responsabilidade subjetiva, em que há necessidade da comprovação da culpa do agente, ficando o ônus da prova a quem alega. A ação de alimento tem seus pólos invertidos na responsabilidade civil: a gestante passa a ser requerida e o suposto genitor requere a compensação dos danos sofridos pela falsa imputação de paternidade.

> A natureza dos alimentos gravídicos é *sui generis*, agregando elementos da pensão alimentícia e da responsabilidade civil. Da primeira, se apropria da tutela em relação a outras obrigações, enquanto da segunda, a novel lei se vale das regras de integral reparação patrimonial. (FREITAS, 2008, p. 90)

Os danos materiais, mais perceptíveis, surgem dos valores dispensados à gestante em forma de alimentos gravídicos. A restituição dos valores pagos, porém, confronta com irrepetibilidade dos alimentos, em que mesmo extinta as necessidades do alimentado ou a obrigação do alimentante, este não pode reaver os valores pagos.

> Impossibilidade de restituição. Não há direito à repetição dos alimentos pagos, tanto os provisionais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> como os definitivos. Desse modo, o pagamento dos alimentos é sempre bom e perfeito, ainda que recurso venha modificar decisão anterior, suprimindo ou reduzindo seu montante. (VENOSA, 2006, p. 384)

Em abandono as características gerais dos alimentos; o juiz, comprovada a má-fé da gestante, deve obrigá-la a reparar o falso genitor, não só por danos materiais, como também pelos possíveis danos morais oriundos da falsa paternidade. Cícero Goulart Assis exemplifica a responsabilidade civil subjetiva da gestante que tem mera intenção de prejudicar alguém com o alegado ou devia saber da provável negativa de paternidade do indicado a genitor.

> Mesmo não sendo mais responsabilizada a gestante pela simples indicação da paternidade negativa, não pode ser afastada a responsabilidade subjetiva da mãe que maldosamente tem a intenção de prejudicar ex-companheiro, que sabe não ser o pai (v.g., vasectomia ou impotência para gerar), ou ao menos deveria saber que não era (mulher de relacionamentos múltiplos, por exemplo). (ASSIS, 2010)

Em consequência ao risco assumido pelo juiz para garantia do nascimento com vida do nascituro, surge o erro judiciário da falsa imputação de paternidade e seus prejuízos patrimoniais e morais. Como redenção ao erro, e punição da gestante de má-fé, a responsabilidade subjetiva da gestante é a melhor forma, mesmo tardia, de promoção da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível a necessidade da fixação dos alimentos gravídicos em proteção a dignidade do nascituro, direito que antecede a publicação da L.A.G., sendo garantido de forma indireta pelo dever do Estado na proteção da vida, dever esse que o Estado repassa ao suposto genitor, indicado pelos indícios de paternidade, ou seja, o direito fundamental à vida antecede o próprio início da personalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, a ação de alimentos gravídicos visa, sobretudo, a fazer logo. Manifesta é a relativização da certeza jurídica em prol da necessária celeridade do processo de alimentos gravídicos, na busca incessante de sua feição humana; percebe-se a adoção do princípio da razoabilidade, em que o direito a vida, logicamente, prevalecerá sobre os prejuízos patrimoniais sofridos pelo falso genitor.

A duração razoável do processo é definida pelo tempo gestacional e pelo caráter existencial dos alimentos, corre o juiz o risco de erro judiciário ao tutelar à vida da gestante e do nascituro, devendo fixar o *quantum* alimentar de forma a não sopesar o patrimônio do provável genitor. Pois além da incerteza de paternidade, o que deve deixar o magistrado mais precavido ao valorar o *quantum* alimentar, o Estado também tem obrigação de sustento e acompanhamento das gestantes.

As meras limitações mortais trarão situações de negativa de paternidade, em que a responsabilidade civil subjetiva da gestante servirá de retratação ao erro anteriormente cometido na ação de alimentos gravídicos, punindo aquela que agiu comprovadamente de má-fé ao prejudicar outrem, causando-lhe uma lesão tanta patrimonial quanto moral.

Assim, à gestante que agiu de má-fé, na imputação de falsa paternidade, terá que reparar os danos causados ao falso genitor, prejuízos morais e materiais. Essa reparação será requerida pelo falso genitor por meio de uma ação de indenização, que deverá ter por fundamento a prova de culpa da gestante, pois a L.A.G. vetou de forma absoluta a responsabilidade civil objetiva, ou responsabilidade sem culpa.

Porém, como analisado em todo o trabalho, a responsabilidade objetiva constitui a exceção no ordenamento pátrio, sendo aplicada somente quando há lei expressa que a autoriza. O veto da regra não afeta a exceção, responsabilidade civil subjetiva, elemento da própria essência do direito, aplicada mesmo na ausência de lei.

A responsabilização da gestante de má-fé constituirá elemento máximo de justiça e evitará com que outras mulheres se valham do direito aos alimentos gravídicos para o enriquecimento sem causa, imputando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

paternidade a quem sabe ou possuía condições de saber não ser o pai do nascituro.

A ação não tem por objetivo discutir a paternidade, mas sim transferir a responsabilidade do Estado. A investigação de paternidade será feita após o nascimento e, apenas, mostrará ser o genitor falso ou não, caso seja o requerido falso genitor, exonerar-se-á da obrigação, sendo ele o verdadeiro ascendente, deverá não só o alimento, como também se espera, que se transverta de pai, sendo manancial de afeto para o futuro digno da criança.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Renato de Mello. Alimentos gravídicos – breves considerações.**2008** ***In*: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&;artigo=464 . Acessado: 18/05/2010, às 17h.**

ASSIS, Cícero Goulart. Questões polêmicas dos alimentos gravídicos. **2010.** ***In*: http://www.r2learning.com.br/ site/artigos/artigo default.asp?ID=1503. Acessado: 03/05/2010, às 13h.**

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do direito ao pai.** v. 1. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2001.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6.ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. (Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo atlas, 2008

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008. *In*:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acessado: 26/07/2012, às 16h.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos para a vida.** *In*: http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/466. Acessado: 26/09/2012, às 15h.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 11. ed. v. 1.Salvador (BA): Editora Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 9. ed. São Paulo (SP): Malheiros editores, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 22. ed. v. 5. São Paulo (SP): Saraiva, 2007.

DONOSO, Denis. **Alimentos gravídicos: aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008. 2009.** *In*: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12219. Acessado: 16/03/2010, às 9h30min.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formação dogmática constitucional adequada**. São Paula: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

FREITAS, Douglas Phillips**. Alimentos gravídicos e a Lei nº 11.804/2008.** *In*: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. vol. 27 (nov./dez.). Porto Alegre: Magister, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações: parte especial: responsabilidade civil.** 7. ed. v. 6. Tomo II. (Sinopses Jurídicas). São Paulo (SP): Saraiva, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 17. ed. v. 1. São Paulo (SP): Saraiva, 2003.

_____ **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

IHERING, Rudolf Von. A luta pelo Direito. **(Tradução: Pietro Nassetti). São Paulo (SP): Martin Claret Ltda., 2006.**

JUSBRASIL. *In*: http://www.jusbrasil.com.br/topicos/297765/principio-da-boa-fe. Acessado: 22/09/2012, às 14h.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei 11.804/08.** *In*: http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/467. Acessado: 22/08/2012, às 14h.

PROCESSO JUDICIAL nº 0433.09.274.458-3 - Ação de Alimentos Gravídicos – 2ª Vara de Família da Comarca de Montes Claros, município de Minas Gerais, 2009.

RODRIGUES. Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. v. 4. São Paulo (SP): Saraiva, 2002.

SILVA, Álvaro de Almeida. **Alimentos gravídicos: norma amparada em princípios.** *In*: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alimentos%20Grav%C3%ADdicos%2018_10_2011.pdf. Acessado: 25/08/2012, às 15h.

SILVA, Júlio César Ballerini. **Reflexões acerca do alcance do tempo razoável de duração do processo – alguns aspectos práticos da questão no projeto do código de processo civil.** *In:* **Revista Magister de Direito**

Civil e Processual Civil.v. 45. Porto Alegre: Magister, nov./dez, 2011, p. 42-63.

SIMÕES, Fernanda Martins Simões; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Dos alimentos gravídicos e a dignidade da pessoa humana.** *In*: http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/801. Acessado: 27/09/2012, às 14h.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Perícia genética paterna e acesso à justiça: uma análise constitucional. **Montes Claros (MG): Editora Unimontes, 2002.**

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 40. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, cap. XVIII, p.411-491.

_____ **Direito fundamental à duração razoável do processo.** *In*: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. v. 29. Porto Alegre: Magister, mar./abr./2009, p. 83-98.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito das obrigações: 2ª parte.** 36. ed. v.5. Revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato**. O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. **6. ed. v.6. São Paulo (SP): Atlas S.A., 2006.**

_____ Direito Civil: Parte Geral. **4. ed. São Paulo (SP): Atlas S.A.,2006.**

_____ **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** *In*: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. v. 27. Porto Alegre: Magister, nov./dez 2008, p.38-44.

_____ **Direito civil: responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo (SP): Atlas S.A., 2004.

ZULIANI, Ênio Santerelli. **Alimentos.** *In*: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.** v. 29. Porto Alegre: Magister, mar./abr. 2009, p.11-39.

NOTAS:

[1] DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008. *In*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acessado: 26/07/2012, às 16h.

[2] DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008. *In*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acessado: 26/07/2012, às 16h.

[3] DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008. *In*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acessado: 26/07/2012, às 16h.

[4] DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008. *In*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acessado: 26/07/2012, às 16h.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[5] DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008. *In*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acessado: 26/07/2012, às 16h.

[6] *In*: http://www.jusbrasil.com.br/topicos/297765/principio-da-boa-fe. Acessado: 23/09/2012, às 14h.

[7] *Idem.*

[8] DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Mensagem nº 853, de 5 de novembro de 2008. *In*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-853-08.htm. Acessado: 26/07/2012, às 16h.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL ATRAVÉS DA INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA

RODRIGO QUEIROZ DE ARAÚJO: Bacharel em Direito, e Especialista em Direito Previdenciário.

RESUMO: A inclusão previdenciária faz-se necessário com o objetivo de se permitir que os trabalhadores tenham garantidos seus direitos fundamentais, podendo exercitar assim os direitos contemplados na nossa constituição, sem o que não se alcança a justiça social.

Palavras-chaves: Inclusão previdenciária. Justiça Social. Estado de bem-estar.

ABSTRACT: Social security inclusion is necessary in order to allow workers to have their fundamental rights guaranteed, thus exercising the rights contemplated in our constitution, without which social justice can not be achieved.

Keywords: Inclusion of social security. Social justice. Welfare state.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A importância da contribuição previdenciária – 3. A justiça social da inclusão previdenciária – 4. Conclusão – 5. Bibliografia

---

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente com o advento do processo de industrialização do Brasil, observou-se um imenso processo de êxodo rural, onde inúmeros camponeses abandonaram suas terras em virtude da seca e foram em direção aos grandes centros urbanos.

Contudo, esta massa de cidadãos não conseguiram se alocar no mercado de trabalho, decorrendo deste fato o aumento da criminalidade em virtude do desemprego, bem como a formação de inúmeras favelas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Como a industrialização deu-se de maneira mais enfática na região sudeste do Brasil, observou-se o aumento das desigualdades sociais, onde nas regiões Norte e Nordeste existia poucos empregos e ínfima proteção social dos trabalhadores, e em contrapartida nas regiões Sul e Sudeste houve um elevado número de cargos de trabalho.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi que se iniciou a proteção social previdenciária, onde em seu art. 1º, V, apresentava como fundamento da república os "valores sociais do trabalho de da livre iniciativa".

O poder constituinte, ainda entendeu que deveria ser um objetivo da República Federativa do Brasil buscar a redução das desigualdades regionais, conforme art. 3º, III "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais", se compromissando ainda que "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais", de acordo com o art. 193, CF/88.

Almejando desta maneira na conjugação destes princípios neoconstitucionais e neoliberais, inserir-se o Estado de bem-estar social, através dos objetivos previstos no art. 3º, CF:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sendo assim, o Welfare State impõe ações afirmativas aos setores público e privado, a fim de garantir o desenvolvimento nacional, assegurando ainda "o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.", conforme art. 170, parágrafo único, CF/88.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2. A IMPORTÂNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

De acordo com o juiz Océlio Morais, "*a inclusão social politizada na Constituição Federal de 1988 coloca às mãos do Estado do bem estar social a obrigação de garantir a inclusão previdenciária real*" (MORAIS, 2015, p. 30).

Afirma ainda o ilustre magistrado que "*sob o prisma do liberalismo igualitário, a função garantista do Estado do bem-estar não pode implicar restrição nem engessamento ao princípio da livre-iniciativa*" (MORAIS, 2015, p. 30).

Defende Océlio Morais que a democracia liberal, deve ser embasada no desenvolvimento como liberdade, defendendo, contudo que esta liberdade individual deve corroborar com o comprometimento social.

Neste sentido afirma Amartya Sen que:

> "O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade; de pobreza e tirania, carências de oportunidades econômicas e destruição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessivas de Estados repressivos" (SEN, 2010, p. 18)

Desta forma o Estado de bem-estar, busca a proteção social, objetivando garantir a todos a existência digna, de acordo com os princípios da justiça social.

Com o intuito de alcançar tal meta, a Carta Magna de 1988, vincula ações afirmativas para o bem coletivo, tal como a inclusão social previdenciária, a qual se estabelece pelo princípio do solidarismo socioeconômico.

Alegando Océlio Morais a este respeito que "*As contribuições sociais do contrato de trabalho, no espírito dos princípios da proteção social da Constituição de 1988, objetivam a inclusão social previdenciária dos trabalhadores e de suas famílias*" (MORAIS, 2015, p. 34).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Contudo o princípio do solidarismo social e econômico é desfalcado pela enorme quantidade de trabalhadores que se encontram na informalidade nos dias atuais, tendo em vista que a grande parte destes deixam de contribuir para a previdência social, quer seja por ignorância, quer seja por puro descaso, deixando de ficar cobertos de possíveis eventos, tais como: a licença gestante; à aposentadoria; à cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; à proteção ao desemprego involuntário; etc.

Duas são as fontes de custeio da previdência social, a primeira dá-se através de recursos da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, e a segunda, através das contribuições previdenciárias oriundas dos contratos de trabalho ou da relação de trabalho, sendo estas indispensáveis a concretização do princípio da inclusão social previdenciária.

De acordo com Océlio Morais: "*O fato gerador da contribuição social é a prestação de serviços, jamais a decisão judicial que, por exemplo, condena o empregador ao pagamento de verbas de natureza remuneratória*" (MORAIS, 2015, p. 37).

Segundo o art. 195, parágrafo único do Decreto nº 3.048/99, constituem as contribuições sociais:

> Art. 195. No âmbito federal, o orçamento da seguridade social é composto de receitas provenientes:
>
> I - da União;
>
> II - das contribuições sociais; e
>
> III - de outras fontes.
>
> Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:
>
> I - as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

segurados e demais pessoas físicas a seu serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

II - as dos empregadores domésticos, incidentes sobre o salário-de-contribuição dos empregados domésticos a seu serviço;

III - as dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário-de-contribuição;

IV - as das associações desportivas que mantêm equipe de futebol profissional, incidentes sobre a receita bruta decorrente dos espetáculos desportivos de que participem em todo território nacional em qualquer modalidade desportiva, inclusive jogos internacionais, e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos desportivos;

V - as incidentes sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural;

VI - as das empresas, incidentes sobre a receita ou o faturamento e o lucro; e

VII - as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

Neste diapasão deve-se atentar para as duas grandes finalidades da constitucionalização das contribuições sociais, as quais se destinam ao financiamento da seguridade social e a implementação das ações de inclusão social.

Ressalta-se ainda que almejando assegurar o direito subjetivo do trabalhador ao gozo dos benefícios e prestações previdenciárias, as contribuições previdenciárias devem incidir compulsoriamente sobre a folha de salário do empregado-segurado e do empregador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

As contribuições sociais são compulsoriamente impostas a fim de financiar a seguridade social, situando-se na ordem das obrigações tributárias, representando institucionalmente através da sua obrigatoriedade, a garantia de efetivação do direito social fundamental.

Ferrajoli destaca que "*a eficácia das normas constitucionais está associada à existência de garantias que assegurem sua materialização*" (FERRAJOLI, 2005, p. 20-21)

Océlio Morais afirma: "*o que a ordem jurídica constitucional brasileira quer, para a sua ordem social, é a promoção do bem-estar de seus cidadãos e a justiça social, com a erradicação da pobreza e da marginalização*" (MORAIS, 2015, p. 48).

Desta maneira se observa ainda as contribuições sociais se destinam a financiar a tríade da seguridade social, abarcando a saúde, a previdência e a assistência social.

3. A JUSTIÇA SOCIAL DA INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA

A consciência judicial acerca das contribuições previdenciárias do contrato de trabalho é elemento *sine qua non* para a efetividade do princípio da inclusão social previdenciária.

O juiz Océlio, entende ainda que:

> "A perspectiva do princípio ativo ou condutor coletivo para a consciência judicial também está vinculada ao acolhimento dos fundamentos da antropologia jurídica como ferramenta analítica, porque o conteúdo ideológico e a institucionalização do indivíduo como centro moral do sistema indica que a sociedade passou a ser vista como um instrumento de sua felicidade" (MORAIS, 2015, p. 69)

Devendo-se desta forma alocar o trabalhador como o centro jurídico-moral da proteção previdenciária, da mesma forma que o cidadão é o alvo a ser protegido pelos direitos humanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Océlio alega ainda que:

> "A consciência judicial da função solidária das contribuições previdenciárias do contrato de trabalho, nessa perspectiva, exige a compreensão da racionalidade lógico-jurídica do sistema de proteção social, quanto à função solidária dessas contribuições no sentido da sustentação do sentido solidário da proteção previdenciária à coletividade" (MORAIS, 2015, p. 71)

Sendo assim, as contribuições sociais tem o papel fundamental de garantir a inclusão social dos trabalhadores nas ações e serviços de proteção social da saúde, da previdência e da assistência social promovidas pelo Estado.

Dentro deste contexto, constata-se uma profunda discussão a respeito das decisões emanadas pelos tribunais trabalhistas, quando os seus magistrados decidem pelo recolhimento das contribuições sociais e pela averbação do tempo de serviço.

Observando-se, ocorrer desta maneira um constrangimento moral no nosso Poder Judiciário, haja vista ocorrer constantemente uma "*situação jurídica engessada pela força da concepção puramente legalista do Direito, quando esta aceita a importância referente às contribuições sociais recolhidas na decisão trabalhista, mas não integra tais contribuições no período contributivo do trabalhador*" (MORAIS, 2015, p. 74).

Como forma de fundamentar a decisão pela da negativa em se reconhecer a coisa julgada material trabalhista com efeitos previdenciários, o órgão previdenciário se utiliza do art. 55, § 3º da Lei 8.213/91, o qual estipula que "*A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.*"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ressalta-se que tal norma diversas vezes é invocada para combater normas, valores e princípios constitucionais, os quais conforme ditames do professor Océlio quando "*conjugados harmonicamente, um dando sentido ao outro, autorizam concluir e dizer claramente: sim, os efeitos da decisão judicial trabalhista transitada em julgado, com repercussão previdenciária, também incluem os casos de averbação de tempo de serviço*" (MORAIS, 2015, p. 75).

Dessa maneira a norma geral invocada pelo órgão previdenciário a fim de não admitir os efeitos da decisão judicial trabalhista transitada em julgado, não pode prevalecer diante de uma norma constitucional, indo de encontro ainda ao disposto no art. 114, VIII, da EC 45/04, o qual estipula que "*Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*".

Deve-se atentar ainda que as contribuições sociais decorrentes do contrato de trabalho ou de relação trabalhista devem ser consideradas adequadas ao direito fundamental à previdência social, haja vista que integram o financiamento da seguridade social.

Ademais, é sabido que o papel fundamental das contribuições sociais do trabalho dentro do contexto, dos objetivos do bem estar e da justiça social, é o de incluir legitimamente o direito social dos trabalhadores a previdência.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal decidiu favoravelmente, através do RE 560930, a aceitação da competência da Justiça do Trabalho para julgar através de decisão trabalhista de natureza condenatória a incidência das contribuições sociais:

> COMPETÊNCIA - JUSTIÇA DO TRABALHO - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - EXECUÇÃO. A competência da Justiça do Trabalho pressupõe decisão condenatória em parcela trabalhista geradora da incidência da contribuição social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> (STF - RE: 560930 SC, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 28/10/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-08 PP-01574)

Ressalta-se, contudo que embora que ainda se não tenha concedido repercussão geral a referida decisão, tal julgado é muito importante haja visa solucionar a controvérsia sobre tal competência da Justiça Trabalhista.

Logo, com a inserção dessas contribuições sociais na base de dados do trabalhador no sistema do órgão previdenciário, o mesmo gozará a partir de então da proteção previdenciária.

O professor Bandeira de Mello ensina que "*todas as normas constitucionais concernentes à justiça social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos. Inobstante tenham teores eficaciais distintos*" (MELLO, 2011, p. 56).

Océlio destaca que as normas constitucionais relativas à justiça do trabalho podem ser agrupadas e três espécies tipológicas:

> "a) Algumas são concessivas de poderes jurídicos, os quais podem ser exercidos de imediato, com prescindência de lei; b) outras são atributivas do direito de fruir, imediatamente, benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz mediante prestação alheia que é exigível juridicamente, se negada; c) outras, que apenas apontam finalidades a serem atingidas pelo Poder Público, sem indicar a conduta qua a satisfaz, conferem aos administrados, de imediato, direito de se oporem juridicamente aos atos do Poder Público acaso conflitantes com tais finalidades" (MORAIS, 2015, p. 79)

A justiça social ainda encontra sua realização amparada tanto pela ordem econômica, art. 170, CF, quanto pela ordem social, art. 193, CF, conforme se observa:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios". (GRIFO NOSSO)
>
> "Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais." (GRIFO NOSSO)

Observa-se assim que a inclusão social política é a efetiva materialização do Estado de bem-estar social, enquanto que a realização da inclusão jurídica é a configuração do Estado de direito.

Dentro desta perspectiva obedecendo aos objetivos da ordem social estipulados no art. 194, da CF, que se norteia o papel da contribuições sociais em função do bem estar:

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
>
> Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
>
> I - universalidade da cobertura e do atendimento;
>
> II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
>
> III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
>
> IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
>
> V - eqüidade na forma de participação no custeio;
>
> VI - diversidade da base de financiamento;
>
> VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Um aspecto importante, que se objetiva com as contribuições sociais do contrato de trabalho, é a inclusão politizada e jurídica, sobre a qual repousa o ideário de um Estado de Bem-Estar, não se restringindo tão somente a garantia compensatória de serviços sociais estatais.

Desta maneira, como assevera Océlio:

> "as contribuições previdenciárias de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho (em suas modalidades autônomas) não podem ser compreendidas fora do conteúdo material da Constituição, tampouco podem se escanteadas do conteúdo formal da Carta Magna, sob pena de negação do princípio do proteção social previdenciária do ordem social republicana pós-moderna" (MORAIS, 2015, p. 84)

Portanto, deve-se atentar que a força normativa do Constituição Federal de 1988, não podem ser violada pelo Poder Público, pelos empregadores, nem muito menos pelos operadores do Direito.

4. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário não pode se omitir diante das arbitrariedades do órgão previdenciário, devendo agir de forma a assegurar a inclusão social previdenciária de acordo com os ditames previstos na Carta Magna.

A República Federativa do Brasil a fim de verdadeiramente alcançar o status de Estado de Bem-Estar, deve entre outras medidas buscar a inclusão politizada e jurídica, garantindo a realização dos direitos sociais fundamentais.

Por fim, ressalta-se que o papel fundamental das contribuições do contrato de trabalho, no atual ordenamento jurídico-constitucional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

brasileiro, é legitimar o direito a proteção social previdenciária dos trabalhadores.

5. BIBLIOGRAFIA

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del derecho**. In: CARBONELL, M. (ed.). Neoconstitucionalismo. Madri: Trotta, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAIS, Océlio de Jesus C. **Inclusão previdenciária: uma questão de justiça social**. São Paulo: Ltr, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

www.conteudojuridico.com.br

UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR DOS PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O DIREITO AMBIENTAL

MARIANA GOMES RODRIGUES: Graduanda em Gestão de Políticas Públicas na Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as abordagens multidisciplinares dos princípios do desenvolvimento sustável e o direito ambiental num contexto em que os desequilíbrios da natureza e da sociedade podem ameaçar a estabilidade econômica e social. Para tanto, este trabalho propõe-se a relatar o que é, e como poder ser uma sociedade auto-sustentável, através do estudo interligado do direito ambiental e do princípio do desenvolvimento sustentável. A pesquisa orienta-se por um referencial teórico em análise bibliográfica de leis, artigos, livros, revistas e teses relacionadas ao tema, tendo como objetivo a reflexão acerca da questão ambiental e de seus fundamentos, provenientes das ações voltadas para o desenvolvimento sustentável utilizando um conhecimento científico, econômico, social e político.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental; Desenvolvimento Sustentável; Responsabilidade Social; Políticas Públicas; Sustentabilidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sustentabilidade. 2.1 Os três princípios da sustentabilidade. 2.1.1. Desenvolvimento Econômico. 2.1.2. Desenvolvimento Social. 2.1.3. Princípio da Proteção ao Meio Ambiente. 3. Desenvolvimento Sustentável. 4. Princípio do desenvolvimento sustentável e o direito ambiental. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de sustentabilidade paira sobre o mundo há mais de 30 anos e no início do século XXI, o problema da sustentabilidade global é amplamente reconhecido pelos líderes mundiais, e um tema comum de discussão jornalistas, cientistas, professores, estudantes e cidadãos em muitas partes do mundo. A Cúpula Mundial sobre

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Desenvolvimento Sustentável (2002) confirmou que na primeira década do novo século a sustentabilidade seria uma das reflexões sobre as demandas da humanidade na biosfera. Ao longo destas décadas, a definição de desenvolvimento sustentável evoluiu. O Relatório Brundtland (1987) definido sustentável como "desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras.

Os direitos ambientais defendem a sustentabilidade como a consideração suprema no gerenciamento de todas as atividades humanas — políticas, sociais e econômicas. O conceito de sustentabilidade depende do desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável pode ser explicado de várias maneiras, mas a definição mais amplamente reconhecida foi formulada pela Comissão Brundtland, onde define o desenvolvimento sustentável como um desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades.

A ideia de desenvolvimento sustentável como "desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades" tornou-se amplamente aceita quando cunhada nos anos 1970, não apenas por ambientalistas, mas também por organizações supranacionais como a Nações Unidas e da Comunidade Europeia. Os ambientalistas esperavam que a nova geração de políticas e legislação pudesse ajudar a estabelecer o equilíbrio requerido pelo desenvolvimento sustentável, considerando as externalidades ambientais no processo de decisão de desenvolvimento econômico. Eles também esperavam que o desenvolvimento sustentável pudesse impactar regras e princípios legais e influenciar a adjudicação de leis legais. disputas que pedem um equilíbrio de interesses entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental em uma soma zero.

A degradação ambiental, primeiramente vista como um problema principalmente das nações ricas e um efeito colateral da riqueza industrial, tornou-se uma questão de sobrevivência para as nações em desenvolvimento. Faz parte do espiral descendente de declínio ecológico e econômico em que muitas das nações mais pobres estão presas. Apesar da esperança oficial expressa por todos os lados, não há tendências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

identificáveis hoje, nenhum programa ou política, que ofereça qualquer esperança real de diminuir a crescente lacuna entre ricos e nações pobres. E como parte do nosso "desenvolvimento", acumulamos arsenais de armas capazes de desviar os caminhos que a evolução seguiu por milhões de anos e de criar um planeta que nossos ancestrais não reconheceriam.

2. SUSTENTABILIDADE

O conceito de desenvolvimento sustentável pode ser interpretado de muitas maneiras diferentes, mas em sua essência é uma abordagem ao desenvolvimento que busca equilibrar necessidades diferentes e frequentemente concorrentes, contra a consciência das limitações ambientais, sociais e econômicas que enfrentamos na sociedade. O desenvolvimento sustentável é um conceito que apareceu pela primeira vez em 1987 com a publicação do Relatório Brundtland, alertando para as conseqüências ambientais negativas do crescimento econômico e da globalização, que tentaram encontrar possíveis soluções para os problemas causados pela industrialização e crescimento populacional. As ameaças ao equilíbrio ecológico são muitas: a erosão do solo, o desmatamento, o efeito-estufa, o buraco na camada de ozônio, densidade demografia, a cadeia alimentar "destorcida", os recursos hídricos poluídos, a energia, aspectos ligados aos processos de urbanização, a extinção de espécies animais, entre outras.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente tem como principais objetivos para a sustentabilidade o fim da pobreza e da fome, melhora na qualidade da educação e saúde — especialmente no que se refere à qualidade da água e saneamento básico, alcançar a igualdade de gênero, crescimento econômico sustentável — promovendo empregos e economias mais fortes . Todos os objetivos citados anteriormente são de extrema importância para a temática da sustentabilidade. O referido Programa aborda também os efeitos da mudança climática, poluição e outros fatores ambientais que podem prejudicar a saúde da população, os meios de subsistência e a vida das pessoas. A sustentabilidade inclui a saúde da terra, ar e mar e por fim, reconheceu o conceito de natureza tendo certos direitos - que as pessoas têm a responsabilidade do mundo e a importância de colocar as pessoas na vanguarda da solução dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

problemas globais acima através da gestão do meio ambiente e do consumo por exemplo, reduzindo embalagens plásticas e o desperdício de alimentos, bem como promover o uso de materiais recicláveis em todos os âmbitos.

2.1 OS TRÊS PRINCÍPIOS DA SUSTENTABILIDADE

Em 2005, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social identificou três áreas centrais que contribuem para a filosofia e a ciência social do desenvolvimento sustentável. Esses princípios em muitos padrões nacionais e esquemas de certificação formam a espinha dorsal da abordagem das áreas centrais que o mundo enfrenta agora. A Comissão Brundtland (1987) descreveu-a como "desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades". Devemos considerar o futuro ao tomar nossas decisões sobre o presente. Para tanto, foram criados os três princípios da sustentabilidade, que é o desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e o princípio da proteção ao meio ambiente. Esses três princípios são referidos as pessoas, ao planeta e aos lucros.

2.1.1. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Esta é a questão que se mostra mais problemática, pois a maioria das pessoas discorda da ideologia política do que é e do que não é economicamente correto, e de como isso afetará as empresas e, por extensão, empregos e empregabilidade. Trata-se também de fornecer incentivos para que as empresas e outras organizações sigam as diretrizes de sustentabilidade além de suas exigências legislativas normais. Além disso, o desenvolvimento econômico visa encorajar e incentivar para que a pessoa média faça sua parte onde e quando puder; uma pessoa raramente consegue muito, mas, em conjunto, os efeitos em algumas áreas são cumulativos. O mercado de oferta e demanda é de natureza consumista e a vida moderna exige muitos recursos a cada dia; pelo bem do meio ambiente, obter o que consumimos sob controle é a questão primordial. O desenvolvimento econômico consiste em daràs pessoas o que elas querem sem comprometer a qualidade de vida, especialmente no mundo em desenvolvimento, e reduzir o ônus financeiro e a "burocracia" de fazer a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

coisa certa. Precisamos de um modelo econômico sustentável que garanta uma distribuição justa e uma alocação eficiente de nossos recursos. Esse pilar garante que nosso crescimento econômico mantenha um equilíbrio saudável com nosso ecossistema. Para tanto faz-se necessário a utilização de um modelo econômico sustentável que garanta uma distribuição justa e uma alocação eficiente de nossos recursos. Esse pilar garante que nosso crescimento econômico mantenha um equilíbrio saudável com nosso ecossistema.

2.1.2. DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Existem muitas considerações a serem feitas para este princípio. O mais importante é a conscientização e a proteção da legislação sobre a saúde das pessoas contra a poluição e outras atividades prejudiciais de empresas e outras organizações. O pilar social está de volta em outro conceito mal definido: a licença social. Um negócio sustentável deve ter o apoio e a aprovação de seus funcionários, partes interessadas e a comunidade em que atua. As abordagens para garantir e manter esse suporte são diversas, mas se trata de tratar os funcionários com justiça e ser um bom vizinho e membro da comunidade local e globalmente. Na América do Norte, Europa e no resto do mundo desenvolvido, há fortes verificações e programas de legislação em vigor para garantir que a saúde e o bem-estar das pessoas sejam fortemente protegidos. Trata-se também de manter o acesso aos recursos básicos sem comprometer a qualidade de vida. O tema mais atual para muitas pessoas agora é a moradia sustentável e como podemos construir melhor as casas em que vivemos a partir de material sustentável. O elemento final é a educação — incentivar as pessoas a participarem da sustentabilidade ambiental e ensiná-las sobre os efeitos da proteção ambiental, bem como alertar sobre os perigos se não conseguirmos atingir nossos objetivos.

2.1.3. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Nós tomamos nossos recursos naturais como garantidos e às vezes esquecemos que esses recursos não são ilimitados. Mais importante, nosso planeta deve ser protegido da exploração e da negligência corporativa. Esse princípio apoio iniciativas como a energia renovável, redução do consumo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de água e emissões de combustíveis fósseis, agricultura e pesca sustentáveis, agricultura orgânica, plantio de árvores e redução do desmatamento, reciclagem e melhor gestão de resíduos sólidos. As empresas são regulamentadas para evitar a poluição e manter suas próprias emissões de carbono baixas. A proteção ambiental é o terceiro princípio e, para muitos, é a principal preocupação do futuro da humanidade. Ele define como devemos estudar e proteger os ecossistemas, a qualidade do ar, a integridade e a sustentabilidade de nossos recursos e focar nos elementos que colocam o estresse no meio ambiente. Também diz respeito a como a tecnologia impulsionará nosso futuro mais verde. O desenvolvimento de tecnologia e biotecnologia é fundamental para essa sustentabilidade, protegendo o meio ambiente do futuro contra possíveis danos que os avanços tecnológicos poderiam trazer.

3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No nível ambiental, a sustentabilidade impede que a natureza seja utilizada como fonte inesgotável de recursos e garante sua proteção e uso racional. Aspectos como conservação ambiental, investimento em energias renováveis, economia de água, apoio à mobilidade sustentável e inovação na construção e arquitetura sustentáveis contribuem para alcançar essa sustentabilidade ambiental em várias frentes. O consumo exagerado de recursos naturais pelos países desenvolvidos pode prejudicar as perspectivas de desenvolvimento a longo prazo dos países em desenvolvimento. A ênfase de muitos países em desenvolvimento nas culturas de exportação, e não na produção doméstica de alimentos, frequentemente também acarreta grandes custos ambientais.

4. PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental é um dos mais recentes setores do Direito moderno e cada dia se torna mais mais marcante e vêm adquirindo mais visibilidade e importância no âmbito jurídico nacional e internacional, devido ao imprescindível papel que ele desempenha na sociedade, na economia e na qualidade de vida em geral. O Direito Ambiental é definido também pela proteção por qualquer atividade que afetam as águas, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

fauna, flora, solo e ar. Dias (2011) define a função primordial do Direito Ambiental como organizar a forma pela qual a sociedade utiliza os recursos ambientais, estabelecendo métodos, critérios proibições e permissões sobre o que pode não pode ser apropriado ambientalmente e economicamente.

A Constituição Brasileira e o meio ambiente estabelece os princípios gerais do Direito, que são aplicáveis ao Direito Ambiental, sendo eles o Princípio da dignidade da pessoa humana, princípio de desenvolvimento, princípio democrático, princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio do equilíbrio, princípios da capacidade de suporte, princípio da responsabilidade e princípio do poluidor pagador. Entretanto, a aplicação destes princípios é altamente problemática e deve ser utilizada somente em último caso. Dias (2011, p. 52), afirma que "*o direito ambiental é, portanto, a norma que, baseada no fato ambiental e no valor ético ambiental, estabelece os mecanismos normativos capaz de disciplinar as atividades humanas em relação ao meio ambiente.*"

Cada vez mais são criadas leis e princípios que visam a proteção do meio ambiente, sem deixar de lado o desenvolvimento econômico. Todo esse cuidado faz-se necessário, uma vez que, os recursos ambientais são esgotáveis. Visando harmonizar a preservação dos recursos ambientais e a economia, o desenvolvimento sustentável busca soluções para preservar a vida. O princípio do direito ambiental éum elemento fundamental para utilização correta dos recursos naturais, pois por meio dele a legislação ambiental é criada e colocada em prática. É como afirma Dworkin (2002, p. 313), "*não se pode definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral*".

Durante a última década a economia do Brasil tem crescido, embora esse crescimento tenha trazido muitos benefícios socioeconômicos, ele tem um lado negativo: impactos ambientais significativos. O Brasil tem a maior taxa de desmatamento no mundo, enquanto a poluição ameaça o abastecimento de água potável do país. Apesar de uma diminuição nas emissões nacionais de gases de efeito estufa no final, as emissões agrícolas e a demanda por energia ainda estão aumentando.

5. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O mundo enfrenta o desafio de aumentar a produção de alimentos para alimentar uma população em crescimento, salvaguardando seus recursos naturais e o meio ambiente, e lidando com os efeitos da mudança climática. A agricultura faz uso intensivo de água, a produção pecuária pode degradar seriamente a terra e o uso irresponsável de pesticidas e fertilizantes pode contaminar os solos e a água potável.

Os impactos das mudanças climáticas nos caminhos do desenvolvimento também incluem impactos de políticas públicas voltadas às mudanças climáticas, que podem afetar uma ampla gama de escolhas relacionadas ao desenvolvimento, desde fontes de energia e custos até a competitividade industrial e padrões de turismo. Especialmente áreas e setores mais dependentes de combustíveis fósseis são as mais prováveis de serem afetados economicamente, muitas vezes exigindo estratégias de adaptação que podem, em alguns casos, requerer assistência com capacitação, desenvolvimento tecnológico e financiamento de transição visando uma diminuição do impacto ambiental gerado por ela. Atualmente grande parcela da população e marcas renomadas estão muito mais conscientes da situação ambiental do mundo e do nosso planeta, à medida que observamos agora desastres naturais que foram causados pelo descuido do homem e os efeitos que eles podem causar nos ecossistemas e na população humana. É vital que desenvolvamos novas tecnologias mais limpas e renováveis para lidar com nossas demandas de energia e consumo de água.

Devido a preocupação com a escassez de recursos naturais da planeta cada vez mais são criadas leis e princípios que visam a proteção do meio ambiente, todo esse cuidado faz-se necessário, uma vez que, os recursos ambientais são esgotáveis. Visando harmonizar a preservação dos recursos ambientais e a economia, o desenvolvimento sustentável busca soluções para preservar a vida. O princípio do direito ambiental é um elemento fundamental para utilização e preservação correta dos recursos naturais, pois por meio dele a legislação ambientalé criada e colocada em prática. Para tanto faz-se necessário a conscientização em hábitos do cotidiano para que as gerações futuras tenham acesso à recursos naturais de forma digna e com qualidade vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

6. Referências Bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992.

BOSQUET, Michel. **Ecologia e liberdade**. Lisboa: Vega, 1978.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: . Acesso em: 29 de Nov. de 2017.

CHIAVENATO, Júlio. **O massacre da Natureza**. São Paulo: Moderna, 2005.

DIAS, R. **Gestão ambiental responsabilidade social e sustentabilidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (Trad. Nélson Bodera). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: **A gestão Ambiental e foco doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. Ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MINC, Carlos. **Ecologia e Cidadania**. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

The United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development: **Our Common Future.** 1987. Disponível em:http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm. Acesso em 30 de novembro de 2017.

O TRÁFICO DE SERES HUMANOS SOB A ÓTICA DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS EM UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

MARIANA GOMES RODRIGUES: Graduanda em Gestão de Políticas Públicas na Universidade de Brasília.

RESUMO: O presente artigo tem como intuito analisar o tráfico de seres humanos sob a ótica da violação aos direitos humanos no contexto internacional. Esta pesquisa faz-se necessária tendo em vista que este crime corresponde à terceira atividade ilícita mais rentável do mundo e vem atingindo de forma significativa toda a América Latina. A fim de desenvolver uma análise conjuntiva em que seja possível estabelecer nexos analíticos entre o tráfico de seres humanos e os Direitos Humanos, parte-se de um estudo bibliográfico e uma pesquisa descritiva com a finalidade de identificar aspectos relevantes para a compreensão da relação entre direitos humanos e o tráfico de seres humanos. Para tanto, o trabalho se funda em análise bibliográfica de artigos, livros, leis e teses relacionados ao tema onde são realizadas considerações sobre o estado de direito, de aplicação da lei e controle do crime, de desigualdade e discriminação, de corrupção, privação econômica e migração.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Tráfico de Pessoas; Violação dos Direitos Humanos; Políticas Públicas; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. 2.2 ELEMENTOS DO TRÁFICO HUMANO. 3. UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE O TRÁFICO HUMANO. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

1. Introdução

O tráfico de seres humanos é uma violação multidimensional dos direitos humanos que se concentra no ato de exploração. As Nações Unidas definem o tráfico de pessoas como "o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio da ameaça ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

uso da força ou outras formas de coação, de seqüestro, fraude, fraude, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha controle sobre outra pessoa, para fins de exploração", embora esta seja uma definição única de tráfico humano, ela identifica a prostituição e o trabalho forçado como duas formas distintas de exploração. Os elementos de coerção, exploração e dano ligam o tráfico humano a outras formas de escravidão moderna, trabalho forçado e casamento forçado.

De acordo com estudos realizados pela Organização Mundial do Trabalho — OMT, o tráfico humano movimenta no mundo cerca de 32 bilhões de dólares por ano, onde a maior parcela das vítimas são destinadas à prostituição, em seguida aocomércio de órgãos e à exploração de trabalho escravo em latifúndios, na pecuária, oficinas de costura e na construção civil. Estima-se que exista em torno de 30 rotas de tráfico internacional, composta quase na sua totalidade por mulheres.

Um total de 63,2 mil vítimas de tráfico de pessoas foram detectadas em 106 países e territórios entre 2012 e 2014, de acordo com o relatório publicado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime — UNODC. As mulheres têm sido a maior parte das vítimas, frequentemente destinadas à exploração sexual e o percentual de homens traficados para trabalho forçado aumentou. As crianças permanecem como o segundo grupo mais afetado pelo crime depois das mulheres, representando de 25% a 30% do total no período analisado.

Todos os anos, milhões de homens, mulheres e crianças são traficados em países de todo o mundo, esse crime cresce ano após ano e o número de rotas para circulação das vítimas também. No Brasil existem 241 rotas do tráfico nacional e internacional da exploração sexual de mulheres e adolescentes. O tráfico de pessoasé um crime oculto, uma vez que as vítimas raramente procuram ajuda por causa das barreiras linguísticas, medo dos traficantes ou medo da aplicação da lei.

2. Desenvolvimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

2.1 Contextualização Histórica

O tráfico de pessoas é uma temática recente no Brasil, mas a prática desse tipo penal é considerada muito antiga na esfera global, se tornando uma pandemia do século XXI. Entrelaçado com as questões relativas aos movimentos e fluxos migratórios, o tráfico de pessoas também possui uma ligação muito estreita com a exploração sexual e o trabalho escravo. Atualmente, configura-se como o terceiro maior mercado ilegal do mundo, perdendo apenas para o tráfico de armas e de drogas, movimentando a exuberante quantia de 32 bilhões de dólares ao ano.

O tráfico de pessoas tem origem a partir do tráfico negreiro, realizado no período colonial onde os escravos eram transportados de um lugar para outro com a finalidade de serem explorados (RODRIGUES, 2013). Atualmente, o tráfico de pessoas é considerado uma forma de escravidão moderna, distinta da escravidão realizada no período colonial por tratar-se da obtenção de uma vantagem econômica realizada através de meios ilícitos a partir do trabalho e da exploração da pessoa traficada (RODRIGUES, 2013).

O tráfico de seres humanos se origina onde e quando as privações de direitos humanos são predominantes. As principais causas podem incluir pobreza, falta de moradia, violência estrutural ou interpessoal, identidade de gênero, insegurança relacionada a conflitos armados ou desigualdade econômica.

Historicamente, as provisões de muitos tratados internacionais abordam as vários violações dos direitos humanos que ocorrem no contexto do tráfico. Alguns os instrumentos relevantes incluem o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Direitos Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Direitos Culturais (1966), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas deDiscriminação Contra as Mulheres (1979), a Convenção Contra a Tortura e outro Tratamento Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre o Direitos da Criança (1989), a Convenção sobre a Escravidão (1926), a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias (1990) e vários trabalhos internacionais da organização.

As pessoas são levadas a migrar por uma série de razões, em grande parte por razões econômicas, pela busca de qualidade de vida, desemprego e busca pela educação. A rigidez das políticas de imigração de muitos países significa as pessoas assumem altos riscos para migrarem. O Protocolo sobre Tráfico estabelece que tráfico é essencialmente o movimento facilitado de alguém através de meios enganosos ou coercitivos para fins de exploração. Contudo, medir a exploração que constitui o tráfico é extraordinariamente difícil. A linha entre exploração e tráfico de trabalhadores migrantes é borrado. A migração se torna tráfico quando há exploração de uma pessoa semelhante ao trabalho forçado, escravidão ou servidão. Contudo, é difícil identificar um indivíduo como vítima de trabalho forçado, escravidão ou servidão quando esse indivíduo não acredita. Muitos migrantes parecem considerar um período de servidão como um custo aceitável a suportar para estabelecer em um novo país.

Quando o tráfico é tratado como um problema de migração, a questão do consentimento versus coerção é muitas vezes a chave para determinar se a pessoa tem ou não um status de imigração irregular. Existe um amplo espectro de coerção em jogo nos casos de tráfico humano. Certamente, deve ser feita uma distinção entre tráfico e contrabando, caso em que uma pessoa consente em ser transportada, geralmente por uma taxa. A principal diferença é que o relacionamento da pessoa com o contrabandista geralmente termina quando ela é devolvida, e a pessoa que foi traficada continua a ser explorada pelo traficante de forma interminável. Embora algumas vítimas de tráfico possam ter inicialmente consentido em serem transportadas, elas o fizeram sob circunstâncias enganosas ou após coerção, o que torna seu consentimento insignificante. Uma abordagem de direitos humanos nos permite ir além da questão de determinar o nível de coerção para abordar os direitos da vítima, independentemente das circunstâncias em que ele foi traficado.

2.2 Elementos do tráfico humano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

O tráfico humano é o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas para fins de exploração, que podem variar entre exploração sexual, trabalhos forçados ou remoção de órgãos e práticas semelhantes. O tráfico é realizado por meio de ameaça ou uso da força, coerção, fraude, engano, abuso de poder ou de vulnerabilidade, pagamentos ou benefícios em troca do controle da vida da vítima. Nos casos de exploração sexual, os aliciantes oferecem para a vítima chances de carreira de modelo ou dançarina, em alguns casos também para atividades sexuais que acabam em superexploração. Os trabalhos forçados são feitas propostas de trabalho para as vítimas desenvolverem atividades laborais na agricultura ou pecuária, na construção civil ou em oficinas de costura. Os aliciadores não possuem um gênero específico, podendo ser homens ou mulheres mas na maioria das vezes são pessoas próximas à vítima ou a membros da família e apresentam bom nível de escolaridade, são sedutores e têm alto poder de convencimento. O consentimento da vítima é irrelevante para que a ação seja caracterizada como tráfico ou exploração.

Como a violação da integridade corporal não é suficiente para diferenciar as categorias de tráfico sexual e trabalho escravo, a distinção parece ser arbitrária, baseada nas percepções morais do trabalho que as vítimas fazem. O trabalho doméstico, o trabalho agrícola e a construção, por mais exploradoras que sejam as condições, ainda são percebidos como setores de trabalho moralmente aceitáveis, enquanto o trabalho sexual não é. A consequência é que o tráfico sexual se confunde com a prostituição, o que tem um impacto negativo naqueles que se envolvem voluntariamente no trabalho sexual. Além disso, o foco desproporcional no tráfico sexual feminino obscurece a violência e as violações dos direitos humanos experimentadas por homens e crianças, além das mulheres, que são traficadas para outras formas de trabalho forçado. Apesar da falta de justificativa para a distinção entre trabalho escravo e tráfico sexual, a consequência real é que certas vítimas de tráfico são vistas como mais merecedoras de ajuda e proteção, resultando em respostas políticas unidimensionais.

3.0 Uma perspectiva internacional dos direitos humanos sobre o tráfico humano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O acordo internacional sobre o que constitui "tráfico de pessoas" é muito recente. Na verdade, não foi até o final da década de 1990 que os Estados começaram a tarefa de separando o tráfico de outras práticas com as quais era comum associados, como a migração irregular facilitada. A primeira definição acordada do tráfico foi incorporado ao Protocolo de 2000 para Prevenir, Reprimir ePunir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, complementando a Convenção das Nações Unidas contra os Organismos Transnacionais de Crime (Protocolo de Tráfico). Essa definição foi incorporada desde então em muitos outros instrumentos legais e políticos, bem como leis nacionais.

Desde dezembro de 2000, o Protocolo das Nações Unidas de Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional serve como uma estrutura legal para a legislação do estado-nação em todo o mundo. O Protocolo destina-se a garantir que as pessoas traficadas não sejam tratadas como criminosas, mas como vítimas e, portanto, com direito a proteções específicas de direitos humanos. Estes incluem status de residente temporário e abrigo temporário, serviços médicos e psicológicos, acesso à justiça, bem como compensação ou restituição.

Uma abordagem de direitos humanos ao tráfico significa colocar as vítimas no centro das políticas de combate ao tráfico, priorizando a proteção de seus direitos. Ao adotar tal abordagem, a pessoa que é traficada para trabalho sexual ou outra forma de trabalho forçado se torna irrelevante, porque os direitos da vítima são protegidos independentemente do motivo pelo qual eles foram traficados.

Um componente central de uma abordagem de direitos humanos é assegurar proteções iguais a todas as vítimas de tráfico, independentemente de seu sexo, idade e raça. Todas as vítimas têm direito à igualdade de acesso aos mecanismos de ajuda, proteção e justiça, bem como à escolha de acessar esses serviços da maneira que escolherem para não ter sua agência comprometida — isto é, não serem obrigados a testemunhar em processos criminais. Portanto, as políticas públicas devem garantir ativamente esses direitos às vítimas de tráfico, outras políticas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

combate ao tráfico que envolvam processos criminais e regulamentos de migração não devem comprometer os direitos humanos no processo.

O tráfico e o contrabando de pessoas têm várias consequências sobre os direitos humanos tendo em vista que as vítimas estão sujeitas a vários abusos físicos, sexuais e emocionais. O Protocolo para Prevenção, Repressão e Punir o Tráfico de Pessoas Pessoas, especialmente para mulheres e crianças, consiste em 20 artigos, começando com disposições gerais e específicas em relação ao tráfico de seres humanos. Especificamente, o Artigo 5 criminaliza o tráfico de pessoas e obriga os Estados a promulgar legislação para criminalizar o tráfico de pessoas. O Artigo 6 prevê a assistência e proteção de vítimas de tráfico de pessoas através da provisão de necessidades físicas e psicológicas, bem como a recuperação social das vítimas, incluindo habitação, aconselhamento, informação, segurança, assistência médica, emprego, educação e oportunidades de treinamento. Além disso, o artigo 7 prevê a concessão do status de refugiado às vítimas resgatadas nos países receptores, enquanto o artigo 8 estabelece procedimentos e responsabilidades para o repatriamento de vítimas resgatadas. No artigo 9, os estados partes são obrigados a impedir o tráfico de seres humanos por meio de pesquisas, informações, campanhas de mídia de massa e iniciativas sociais e econômicas para prevenir e combater o tráfico de pessoas. Os Estados-parte também devem iniciar a cooperação bilateral e multilateral com os países afetados para o controle efetivo do crime. O artigo 10 estimula o intercâmbio de informações entre os países afetados, enquanto o artigo 11 obriga os Estados a fortalecerem o controle de fronteiras como um dos meios de prevenir o tráfico de pessoas.

A estrutura de direitos humanos para o tráfico baseia-se nos padrões internacionais de direitos humanos, que foram normalizados em vários tratados, convênios e protocolos internacionais desde que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida em 1948. Outros tratados internacionais relevantes incluem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Direitos Políticos (1966) que proclamava que "ninguém deve ser mantido em escravidão e servidão", assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que reconhece o direito ao trabalho bem como a condições justas e favoráveis. condições de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Cada vez mais, os governos têm respondido ao tráfico por meio de políticas de imigração. Tais medidas não só tornam os migrantes mais vulneráveis aos traficantes, mas muitas vezes levam as pessoas traficadas a regressar rapidamente aos seus países de origem como migrantes indocumentados, voltam as mesmascondições de onde partiram, em vez de serem identificadas como vítimas de crime. Isto não dá às pessoas traficadas oportunidades de recuperação e reparação, privando-os ainda mais do acesso à justiça, através do possibilidade de ação criminal ou civil contra traficantes.

4. Considerações finais

O tráfico de pessoas além de compreender uma série de violações dos direitos humanos, é uma preocupação de saúde global. As consequências para a saúde do tráfico de seres humanos são tão generalizadas e severas que devem ser abordadas como um problema de saúde pública de magnitude global, pois as vítimas que escapam desta situação muitas vezes se encontram vitimadas novamente devido ao tratamento inadequado recebido pelas autoridades responsáveis em todo o mundo. Além disso, como o tráfico de seres humanos tem implicações globais na saúde, esses abusos - e talvez a exploração de seres humanos em geral - sejam tratados como evitáveis.

Sobreviventes de tráfico também estão frequentemente sujeitos a sérias violações de direitos humanos nas mãos dos governos. Os sobreviventes experimentam isolamento absoluto dos sistemas de apoio e estão sob controle constante do coordenador de publicidade. Assim, quando alguém é capaz de sair ou escapar da situação de tráfico, vários fatores complexos podem colidir e tornar difícil para os sobreviventes satisfazer suas próprias necessidades básicas. Tais fatores incluem traumas, bloqueios linguísticos ou culturais, segurança física e desconfiança no modelo de segurança.

A maioria das políticas dos governos prioriza a detenção, a acusação e a deportação de pessoas traficadas por delitos relacionados ao seu status, incluindo a violação de leis de imigração, prostituição ou vulnerabilidade social. Essas políticas também "vitimam a vítima", levando a violações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

adicionais de direitos humanos e vulnerabilidades que, em última análise, podem resultar em um tráfico novamente.

Portanto, diante deste cenário, tanto no Brasil como no mundo, fica evidente que qualquer esforço para o combate ao tráfico de pessoas é de suma importâncialevar também em consideração ações mais amplas, como o combate à pobreza e às desigualdades sociais, assim como a defesa dos direitos humanos a todos. Combater o tráfico humano é muito desafiador, especialmente no meio da pior crise migratória desde a Segunda Guerra Mundial pois os fluxos de tráfico humano frequentemente se assemelham a fluxos migratórios regulares. Os migrantes, especialmente os refugiados, são extremamente vulneráveis a traficantes que abusam de sua terrível situação e tentam desesperadamente encontrar um refúgio seguro. A principal preocupação a ser considerada é que a maioria das pessoas nunca seja identificada como vítima de tráfico e, portanto, não possa ter acesso àmaior parte da assistência ou proteção oferecida.

5. Referências Bibliográficas

1. ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos na ordem mundial.** Rio de Janeiro: Forense, 2000;

2. ALMEIDA, Laryssa Mayara Alves de**. Políticas públicas e o combate ao tráfico de pessoas para fim de exploração sexual no Brasil**. 2013. 28f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)- Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2013. Disponível em < http://dspace.bc.uepb.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/588> Acesso em 17 de jul de 2018.

3. ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009;

4. BIJOS, Cecília. **A insuficiência das ações brasileiras no enfrentamento ao tráfico internacional de pessoas.** 2015.

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

6. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro.** Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Edição Especial. São Paulo: RIDDEL, 2013.

7. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponi?vel em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 13 mai. 2018.

8. Direitos Humanos no Brasil 2006. **Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos.** São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2006. Disponível em: http://www.social.org.br/relatorio2006.pdf.

9. Direitos Humanos no Brasil 2007. **Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos.** São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2007. United Nations General Assembly. Optional Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime. 2000. Acesso em: 13 jul. de 2018.

10. FRANCO, T. L. **Efetividade das deciso?es proferidas pela corte interamericana de direitos humanos: identificac?a?o dos marcos teo?ricos e ana?lise da conduta do estado brasileiro.** 2014. Dissertac?a?o (mestrado em Relac?o?es Internacionais). Instituto de Relac?o?es Internacionais da Universidade de Sa?o Paulo, Sa?o Paulo.

11. HERKENHOFF, João Batista. **Curso de Direitos Humanos**. v I. São Paulo: Acadêmica, 1994;

12. LEAL, Maria Lucia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa Sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil.** Brasília: Cecria, 2002

13. MIGUEL, Luis Felipe. **O nascimento da política Moderna:** Maquiavel Utopia, Reforma. Brasília: Editor UnB, 2007;

14. MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** 2 ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

15. NEVES, Raphael. **Uma Comissão da Verdade no Brasil? Desafios e perspectivas para integrar direitos humanos e democracia**. São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452012000200006&lang=pt. Acesso em 26 jul. 2018.

16. ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. ***Inter-American Court of Human Rights: History.*** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/historia-de-la-corteidh>. Acesso em: 13 jul. 2018.

17. RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual.** São Paulo: Saraiva, 2013.

18. SOUZA, Dyéssica. **Tráfico de pessoas: uma análise legal e social.** Disponível em Acesso em 14 de out. de 2015.

19. The United Nations Office for Drugs and Crime (UNODC). 2016. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em 15 de jul. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

INADIMPLEMENTO MÍNIMO: A TEORIA DA SUBSTANCIAL PERFORMANCE

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO: Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

1 Considerações iniciais

A proposta deste artigo é o de analisar a teoria da *substancial performance*e seus reflexos nas relações obrigacionais e contratuais.

Inicialmente, cumpre salientar que os sujeitos de direito, pessoas físicas e jurídicas, travam diversas relações obrigacionais e contratuais cujo objeto pode ser uma obrigação de dar, fazer ou não fazer. Seu fim natural, por assim dizer, é o seu adimplemento total, o cumprimento de todas as obrigações impostas na relação jurídica. É o atendimento do postulado *Pact Sunt Servanda*. Realizado o pacto obrigacional, os sujeitos se vinculam e devem se sujeitar as estipulações e o objetivo traçado com a parte oposta, as prestações e contraprestações negociadas.

Nesse sentido, o jurista Lúcio Flávio Siqueira de Paiva leciona[1]:

> Todos os dias, pessoas – físicas ou jurídicas – vinculam-se umas às outras por intermédio de relações jurídicas, assumindo reciprocamente obrigações positivas (fazer ou dar) ou negativas (não fazer). E o fazem, destaque-se, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos. Assim surgem os negócios jurídicos. Essas obrigações assumidas têm um único destino normal e esperado, qual seja, o seu adimplemento. Assim, o artesão que se compromete a fazer uma escultura,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> deve entregá-la no prazo determinado; a construtora que vende um apartamento na planta, deve entregá-lo na forma e no termo previsto no contrato de compra e venda da unidade habitacional; o empregado que tem contato com informações confidenciais (segredo industrial, por exemplo) da empresa em que trabalha e que assume o dever de guardar sigilo sobre as mesmas, deve abster-se de divulgá-las. Enquanto essas obrigações são devidamente observadas e cumpridas pelos contratantes, os negócios jurídicos formam-se, desenvolvem-se e se encerram de maneira saudável.

Entretanto, às vezes, nas obrigações e relações contratuais, há eventos diversos que impedem a total liquidação da obrigação ficando, por vezes, parcela residual vencida de relativa menor importância, haja vista que a obrigação principal foi devidamente atendida. É o caso, por exemplo, de um empréstimo feneratício contratado em trinta e seis parcelas mensais e sucessivas em que o devedor tenha adimplido vinte e oito parcelas, mas por um desemprego inesperado tenha deixado de honrar as parcelas restantes. É observável neste caso que o devedor efetuou uma considerável amortização do empréstimo tendo, ao menos, restabelecido ao credor o capital disponibilizado.

Assim, nesses casos, a jurisprudência inglesa, inicialmente, construiu a teoria da substancial performance, que parte do pressuposto de que, quando o valor principal tenha sido honrado, a obrigação pode ser revista ou até mesmo extinta, verificadas as circunstâncias que ocorreram o inadimplemento.

Vale advertir que a regra da obrigação é a sua extinção total com o adimplemento pleno da relação jurídica travada. Tal teoria ora em análise trata-se de uma exceção e é aplicada em fase posterior, quando o direito do credor se queda inerte no seu intento principal e, já em vias judiciais, o magistrado, analisando o caso em concreto, decide por aplicar a citada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

teoria para por fim a relação obrigacional ou revisá-la com condições novas com o intuito de ajustar a relação obrigacional à nova realidade fática.

Assim, o presente trabalho buscará traçar, sem pretensão de esgotar o tema, uma visão panorâmica das relações contratuais e obrigacionais e suas formas de extinção, bem como, em momento posterior, adentrará na teoria citada buscando responder as seguintes indagações: Em quais situações cabe aplicar a teoria do adimplemento substancial (também chamado de inadimplemento mínimo)? Quais os reflexos nas relações contraídas? Tal teoria é compatível com o sistema jurídico vigente no Brasil?

2 As relações obrigacionais e contratuais

As relações jurídicas de cunho obrigacional ou contratual são firmadas entre sujeitos de direito com capacidade e legitimidade plena para contrair tal benesse ou encargo, pessoa física ou jurídica, com um objeto específico (dar, fazer ou não fazer), lícito, em geral a obrigação possui prazo certo para o seu adimplemento, estipulado em razão da vontade livre e consciente das partes envolvidas.

É celebre a frase esculpida na obra literária o mercador de Veneza, de Willian Shakespeare, traduzindo uma relação obrigacional daquela época[2]:

> Se for comigo ao notário e lá selar um compromisso simples que dirá que se não pagar em certo dia e local a soma mencionada na nota, a multa imposta fica arbitrada numa libra justa de sua carne alva, a ser cortada. E tirada da parte de seu corpo quando na hora da escolha me aprouver.

Em que pese a multa pelo atraso com sofrimento físico, uma libra da própria carne, ser inadmissível no nosso ordenamento pátrio, há uma série de elementos válidos na peça de Shakespeare: as formalidades, a autonomia privada, o compromisso entre as partes, o dia e local do pagamento e a possibilidade de multa por atraso no pagamento. Todos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

estes elementos são plenamente aplicáveis nas relações jurídicas obrigacionais e contratuais.

A teoria do inadimplemento mínimo foi concebida no direito contratual anglo-saxão razão pela qual vale a ressaltar de que ele guarda distinções com o direito pátrio. Tratando sobre as relações contratuais americanas, Juliana Salles Almeida realça o enfoque dado pelos tribunais do *common law*[3]:

> Conclui-se que, por ser o "common law" baseado primeiramente em decisões judiciais ("cases") e não em lei, como ocorre nos países que adotam o "civil law", dentre eles o Brasil, a matéria relativa a relação contratual deve ser analisada de acordo com o prisma enfocado pelas cortes americanas, as quais mostram uma tendência forte em analisar os elementos subjetivos da relação contratual, ou seja, a intenção das partes quando feita a oferta e quando fora esta aceita, resguardando, sempre que possível, a obrigação das partes, as quais possuem o dever de agir com boa-fé e velar pela segurança da relação contratual.

Do exposto, verifica-se que o direito pátrio, descendente do direito romano, privilegia o formalismo e a análise jurídica, inicialmente, focava-se unicamente no texto obrigacional firmado, o princípio do *pacta sunt servanda*, em que as partes eram escravas dos pactos firmados. Já com a influência do direito norte-americano ocorreu um gradativo repensar dos institutos culminando na positivação de diversos institutos no Código Civil de 2002. Houve um olhar mais atento ao interesse a intenção das partes ao firmar eventual contrato.

3 O inadimplemento obrigacional

O dicionário Aurélio define a inadimplência como sendo “Falta de cumprimento de um contrato ou de qualquer de suas condições”[4].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tal conceito, apesar de não estar incorreto, mostra-se incompleto do ponto de vista jurídico. O bojo da obrigação ou do negócio jurídico reside no cumprimento do que fora avençado. Não cumpriu, verifica-se a inadimplência.

Ocorre que, à luz do direito civil-constitucional, a relação não é travada apenas dentro dos ditames obrigacionais e contratuais internos: há deveres anexos como a boa-fé, a ética e a função social do contrato.

Nesse sentido, os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicam[5]:

> Para além das obrigações delineadas por seus partícipes, o negócio jurídico é modelado, em toda a sua trajetória, pelos chamados deveres anexos ou laterais, oriundos do princípio da boa-fé objetiva. Enquanto as obrigações principais são dadas pelas partes, os deveres anexos são impostos pelas necessidades éticas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de sua inserção em qualquer cláusula contratual.

O inadimplemento é tratado por muitos doutrinadores como uma patologia do negócio jurídico ou obrigacional como se observa no comentário de Lúcio Flávio Siqueira[6]:

> Estudar, pois, a figura jurídica do inadimplemento das obrigações é perscrutar o terreno doentio do negócio jurídico, no que o jurista muito se aproxima do médico: pesquisa as causas da doença, conhece seus efeitos e busca a cura. E o mais curioso: assim como o médico normalmente é consultado quando a doença já se instalou, também se busca o jurista quando a patologia negocial se manifesta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, verifica-se o inadimplemento interno, no bojo da relação obrigacional ou contratual que se caracteriza pelo descumprimento do que fora avençado e o inadimplemento externo, fruto da inobservância dos princípios civil-constitucionais norteadores das relações jurídicas qual seja a boa-fé, eticidade e função social.

Pode-se citar como exemplo de boa-fé e transparência o dever do vendedor de um estabelecimento empresarial de informar eventuais pendências financeiras ou tributárias que acompanham o acervo patrimonial que possa inferir na decisão do comprador de celebrar ou não o negócio. A tentativa de acobertar tais dívidas pode levar, em que pese o contrato de compra e venda venha a estar em perfeita conformidade com a ordem jurídica vigente, a sua anulação por quebra do dever lateral de informação.

Além disso, a relação clássica obrigacional ficava adstrita as partes envolvidas. Atualmente, há um terceiro interveniente: a sociedade e o seu interesse no negócio. Assim, o negócio pode estar perfeito entre as partes, mas se a função social não é atendida tal relação pode ser revista pelo juiz, pois haveria um inadimplemento para com a sociedade, conforme preceitua o jurista Marcos Jorge Catalan[7]:

> Aliás, a necessidade de observância da função social do contrato, expressamente inserida no texto do atual Código Civil, sob as vestes de cláusula geral, demonstra a preocupação do legislador em proteger a coletividade, concedendo ao magistrado, efetivo poder jurígeno quando da aplicação da norma ao caso concreto. Pode concluir-se então que não seria válido o pacto firmado com finalidade anti-social, ferindo assim interesse protegido pela Lei maior, considerando-se o negócio jurídico assim contratado, ato jurídico *lato sensu* passível de ser revisto, ante a ofensa aos interesses sociais previstos na Constituição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Vale ressaltar também que há uma gradação do inadimplemento que perpassa pelo absoluto (total ausência de cumprimento do que fora avençado) até o ínfimo (de diminuta importância para a relação contratual como um todo) sendo este último o foco do presente trabalho, pois não há que se falar em aplicação da teoria da substancial performance quando a inadimplência é relevante para o negócio firmado.

Do exposto, depreende-se que a inadimplência no cenário atual é bem abrangente podendo atingir diversas fases da relação jurídica firmada, razão pela qual a teoria do inadimplemento mínimo não deve se restringir apenas a relação contratual formalmente subscrita, mas ao negócio jurídico como um todo.

4 A teoria da substancial performance

Tratando do início da aplicação da teoria do inadimplemento mínimo, primeiramente na Inglaterra, a jurista Aliciene Bueno Antocheves de Lima leciona[8]:

> A doutrina do adimplemento substancial teve sua origem em 1779, nos tribunais ingleses, com o caso Boone versus Eyre (OMAIRI, 2005), no qual o Julgador da questão, Lord Mansfield, declarou ser o direito de resolução, naquela situação, abusivo, permitindo apenas a indenização, já que o contrato havia sido adimplido substancialmente. No Brasil, o responsável por introduzir a doutrina da substancial performance foi o jurista Clóvis do Couto e Silva, fundamentando a sua utilização em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, embora este ainda não fosse expresso no Código Civil de 1916. A sua definição desta doutrina foi reproduzida por Jones Figueiredo Alves (2005, p.408), a qual seria "Um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento, vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé."

A mesma autora revela a não positivação da teoria no nosso direito pátrio e sua relação próxima com a boa-fé objetiva:

> Mister ressaltar que, embora já largamente adotada pela jurisprudência brasileira, a doutrina do adimplemento substancial não estava expressa no Código Civil de 1916, e também não foi positivada no Código Civil de 2002. Porém, sua aplicação ganhou uma base mais sólida com o implemento da boa-fé objetiva no art. 422, já que ambos os institutos estão estritamente relacionados.

A jurisprudência enfrenta o tema a contento, a despeito de inexistir legislação específica tratando sobre tal teoria. É o que se verifica no REsp 272739 / MG, DJ 02/04/2001 p. 299, com Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

> Ementa: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

O citado ministro-relator ponderou em seu voto demonstrando a plena aplicabilidade do instituto da teoria do inadimplemento mínimo ao sistema jurídico brasileiro relacionando com a boa-fé contratual:

> A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo, para ser revendido nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É observável no caso em tela a atitude abusiva do credor ao tentar constranger o bem alienado fiduciariamente tendo o devedor pago quase a totalidade do financiamento. Deve-se buscar sempre um ponto de equilíbrio entre o direito do credor em ter seus créditos satisfeitos e do devedor de não sofrer condutas abusivas por parte do seu credor. Acertadamente, o ministro afastou a constrição judicial mais penosa ao devedor, mas também não excluiu o direito creditório deixando aberta a possibilidade da cobrança ordinária do saldo residual pendente.

É nestes casos que a teoria substancial performance deve incidir. Diferente do inadimplemento total ou parcial da dívida que emerge ao credor todas as possibilidades possíveis para licitamente buscar a satisfação do seu crédito. Nesse sentido, Alves Jones Figueiredo[9]:

> -Inadimplemento relativo: este se configura quando o cumprimento da obrigação ainda é possível, embora seja tardio.
>
> -Inadimplemento absoluto: ocorre quando o descumprimento da obrigação contratada inviabiliza qualquer forma de manutenção posterior do contrato, restando apenas a sua resolução e indenização.
>
> -Inadimplemento insignificante: este ocorre quando o descumprimento do contrato atinge proporções mínimas, de tal modo que não chega a afetar os efeitos esperados pelo contrato.

Assim, diante de um inadimplemento insignificante, o contrato não chega a ser afetado na sua estrutura primordial descabendo a sua resolução total ou a constrição mais gravosa ao devedor.

Deve-se ressaltar que a boa-fé é uma via de mão dupla: tanto o devedor quanto o credor devem observá-la. De igual sorte, a eticidade, a conduta proba, que deve permear as relações contratuais e obrigacionais existentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Vale ressaltar também que não há uma estipulação quantificativa do que seja um inadimplemento insignificante. O ministro do STJ Ruy Rosado, corroborando com o tribunal *a quo* de Santa Catarina, já decidiu outrora que o valor do saldo devedor correspondente a 20 por cento do valor do bem financiado não autorizaria a sua retomada (Resp 469577 / SC, DJ 05/05/2003 p. 310). É necessário a análise casuística de cada relação contratual inadimplente para se verificar se o saldo devedor é representativo ou não para a eventual aplicação do princípio *substancial performance*.

Por outro lado, cabe ressaltar também que a aplicação da teoria da substancial performance não pode inverter a regra do integral cumprimento da obrigação. Por isso, é necessário que se obedeça alguns requisitos para a sua aplicação no caso concreto, como bem pontuado pelo Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, no Resp 1581505 / SC (Quarta turma. DJe 28/09/2016):

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO P ARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. O uso do instituto da substancial performance não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.
>
> 2. ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.

3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no Resp. 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.

5. Recurso especial não provido.

Na mesma toada, ressalta-se que não há um limite específico de adimplemento, um percentual fixo, eis que depende das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto. Outrossim, a jurisprudência do STJ nem sempre admite de modo pacífico a aplicação da teoria da substancial performance. Em pensão alimentícia, por exemplo, em um caso que o devedor adimpliu noventa e cinco por cento da sua obrigação, foi afastada a teoria do adimplemento substancial da dívida e denegada a ordem de habeas corpus ao argumento de que "a subtração de pequeno percentual pode mesmo ser insignificante para um, mas possivelmente não para outro mais necessitado". (HC 439.973, 4ª Turma do STJ, Relator para o Acórdão Antonio Carlos Ferreira, julgamento em: 16/08/2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É oportuno também citar outro princípio que se relaciona ao ora em estudo: *Duty to mitigate the loss*. Tal princípio diz que é um dever do credor mitigar suas perdas. Assim, por exemplo, se o devedor já adimpliu boa parte do seu débito e os encargos incidentes no saldo devedor (multas, juros, etc.) estiver inviabilizando o seu adimplemento cabe ao credor reduzi-lo no intuito de minorar suas eventuais e possíveis perdas. Nesse sentido, o enunciado 169 da jornada de Direito Civil dispõe: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Há de se, por derradeiro, que a aplicação deste instituto vai ao encontro do princípio da preservação das relações contratuais, pois o mero inadimplemento mínimo não deve gerar a ruptura do vinculo negocial. Nesse sentido e de forma bastante pertinente, a jurista Aliciene Bueno, tratando sobre a teoria em comento, realça a sua "importância para o direito contratual, já que possibilita a preservação da relação negocial mesmo quando a legislação, tecnicamente, permitiria a sua resolução"[10].

5 Conclusões

Da exposição realizada, conclui-se, que as relações jurídicas obrigacionais e contratuais nascem da vontade livre de agentes capazes, em busca de um objeto lícito, contraindo direitos e obrigações. O transcurso normal da obrigação leva sua extinção pelo adimplemento.

Entretanto, por eventos estranhos a relação, nem sempre é possível seu adimplemento integral, mas por vezes também, grande parte da avença foi cumprida. Daí emerge a teoria da substancial performance no intuito de evitar o rompimento abruptro da relação, buscando conservar o contrato e suas derivações, e com a finalidade também de resguardar o devedor que cumpriu boa parte da obrigação.

A sua utilização é realizada no seio jurisdicional cabendo ao magistrado no caso concreto analisar a pertinência de sua aplicação ou não. Assemelha-se a uma cláusula geral dando ampla possibilidade interpretativa para o juiz realizar o direito ao caso concreto definindo sua amplitude. Entretanto, cabe ao magistrado comedimento e razoabilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ao empregar tal instituto, pois, como visto, trata-se de exceção à regra e o uso arbitrário pode ocasionar insegurança jurídica, outra patologia jurídica pior do que o próprio inadimplemento.

Em que pese a sua não normatização expressa no ordenamento jurídico pátrio, é observável que a presente teoria com ele é plenamente compatível e amplamente, conforme exposto, utilizada na jurisprudência nacional.

Nesse sentindo, tratando sobre a teoria do inadimplemento mínimo, a jurista Aliciene Bueno pondera[11]:

> Portanto, pode-se afirmar que a substancial performance é a prova da relativização do direito do credor estipulado no art. 475 do Código Civil. Embora não esteja presente no Ordenamento Jurídico brasileiro como uma lei expressa, a jurisprudência se encarregou de consolidar esta teoria, podendo ela servir como um instrumento de defesa para a parte devedora sempre que esta tenha cumprido grande parte de suas obrigações e não queira ver sua pretensão frustrada sem uma real necessidade.

O que emerge de tudo que fora exposto é a necessidade de equilíbrio entre o desejo do credor em ter satisfeito o seu direito e o dever do devedor em honrar suas obrigações dentro da razoabilidade e sem coações desnecessárias quando o mesmo já adimpliu de forma densa boa parte da sua dívida.

Referências

ALMEIDA, Juliana Salles. **Breves considerações sobre o direito contratual americano e a formação dos contratos à luz do Common Law**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 405, 16 ago. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5574>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

CATALAN, Marcos Jorge. **O poder jurígeno dos sujeitos de direito**. Disponível em: < http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11197/9957>. Acesso em: 14 ago. 2018.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). **Novo código civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos**. São Paulo: Método, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Ed. LumenJures, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

LIMA, Aliciene Bueno Antocheves de. **A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa fé objetiva**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6796>. Acesso em: 14 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. **O inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2206, 16 jul. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13162>. Acesso em: 14 ago. 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SHAEKESPEARE. Willian. **O mercador de Veneza**. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Podivm, 2007.

NOTAS:

[1] PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. **O inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2206, 16 jul. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13162>. Acesso em: 14 ago. 2018.

[2] SHAEKESPEARE. Willian. **O mercador de Veneza**. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999, p. 38.

[3] ALMEIDA, Juliana Salles. **Breves considerações sobre o direito contratual americano e a formação dos contratos à luz do Common Law**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 405, 16 ago. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5574>. Acesso em: 14 ago. 2018.

[4] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 468

[5] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Ed. LumenJures, 2006. p. 336.

[6] PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. **O inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2206, 16 jul. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13162>. Acesso em: 14 ago. 2018.

[7] CATALAN, Marcos Jorge. **O poder jurígeno dos sujeitos de direito**. Disponível em: < http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11197/9957>. Acesso em: 14 ago. 2018.

[8] LIMA, Aliciene Bueno Antocheves de. **A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6796>. Acesso em: 14 ago. 2018.

[9] DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). **Novo código civil**: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005. p. 407.

[10] LIMA, Aliciene Bueno Antocheves de. **A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6796>. Acesso em: 14 ago. 2018.

[11] LIMA, Aliciene Bueno Antocheves de. **A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa-fé objetiva**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6796>. Acesso em: 14 ago. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

REALITY SHOW: A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

NEWLLER THIAGO FERNANDES MASCARENHAS: Graduando do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

RESUMO: O presente trabalho analisa a indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, para buscar responder a possibilidade de renúncia dos direitos fundamentais, dentre os quais direito à liberdade, privacidade e intimidade, para viabilizar a participação nas atrações denominadas *reality shows.* Para tanto foi utilizada a metodologia dedutiva e pesquisa bibliográfica, principalmente para definir e diferenciar o termo "renúncia", o qual não possui a significação dada pelo Direito Civil, sendo neste trabalho tratada como disposição voluntária do próprio direito. O presente trabalho pretendeu mostrar que existe uma colisão entre a liberdade de programação, que fundamenta a exibição do *reality,* e outros direitos fundamentais, como exemplo, o direito à privacidade. Esse conflito deve ser resolvido tendo como guia o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: Reality show, dignidade, liberdade, privacidade, intimidade, renúncia.

---

1. INDRODUÇÃO

A criatividade, característica marcante no ambiente televisivo, é considerada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) como livre, não sofrendo qualquer restrição prévia quanto à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, conforme artigo 220 da Constituição.

Essa livre manifestação do pensamento, criação, expressão e informação também esta elencada como garantia fundamental no artigo 5º, inciso IX da CRFB/1988, sendo conhecida como liberdade de expressão, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

qual se desdobra em liberdade de programação, espécie que fundamenta a criação e exibição do gênero televisivo *reality show*.

Essa liberdade de expressão ou, mais especificamente, programação, deu origem a um tipo de programa muito popular, conhecido como *reality show,* um gênero televisivo baseado na vida real, ou também visto por alguns doutrinadores como subgênero de *reality tv*, em que os participantes são pessoas reais vivendo situações ditas "cotidianas".

Em outras palavras, no *reality tv* ou mais especificadamente nos *reality shows* ocorre a mistura entre vida real e ficção, sendo que seus protagonistas são pessoas comuns, não se tratando de personagens. "A característica da televisão de realidade está no conteúdo, feito por pessoas comuns, fatos reais, depoimentos individuais."[1]

Como principal exemplo do gênero *reality show*, pode-se citar o *Big Brother,* fórmula criada em 1999 por John de Mol, na Holanda, cuja primeira temporada mundial foi realizada em 1999 nos Países Baixos.

O formato do Big Brother é de responsabilidade da Endemol, empresa holandesa que exportou a fórmula do *Big Brother* para diversos países - no Brasil, a primeira edição foi exibida no ano de 2002 pela Rede Globo de Televisão (Globo).

No Brasil, tem-se como exemplo o programa No Limite, em 2000, baseado em *Survivor,* fórmula americana em que os participantes eram colocados numa praia deserta e passavam por provas de resistência, inclusive para conseguirem se alimentar. O programa No Limite, assim como o BBB é considerado um *reality show* de confinamento.

No Limite tratava-se de um *reality* de convívio e sobrevivência. O Programa, transmitido pela Rede Globo, é considerado na televisão nacional como marco inicial desse tipo de programação; e, após sua exibição, diversos outros programas foram exibidos, em sua maioria com formato importado de outros países – No Limite, como mencionado, possui fórmula americana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em 2001, a Casa dos Artistas, transmitida pelo Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), gerou grande repercussão e curiosidade ao confinar celebridades numa casa. O programa Casa dos Artistas pretendia trazer as celebridades para perto do público ao colocá-las vivenciando situações rotineiras de uma pessoa anônima, comum.

Em 2009, a TV Record lançou A Fazenda, versão brasileira de *The Farm*, criado na Suécia pelo produtor Strix; e em 2017, A Casa, baseado no formato holandês da série *Getthe F*ck Out of My House*.

Tendo como pano de fundo o *reality show*, em especial o BBB e A Fazenda, será analisada nesse trabalho a relativização dos direitos fundamentais pela ótica das principais características dos direitos e garantias fundamentais, com foco na irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos fundamentais.

Essa característica, teoricamente, impediria a disposição voluntária dos direitos e garantias fundamentais pelos participantes dos *reality shows* para viabilizarem sua participação na atração.

Pretende-se analisar a disposição voluntária dos direitos e garantias fundamentais frente ao princípio transindividual da dignidade da pessoa humana, valor compartilhado pela sociedade e que o Estado deve proteger. A dignidade é considerada inata à pessoa humana, não podendo ser, ainda que de forma voluntária, disponível.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está expresso na CRFB/1988 como fundamento da República Federativa do Brasil no seu artigo 1º, inciso III, e é tido como princípio matriz de todos os direitos fundamentais.

Pretende-se demonstrar com o presente trabalho que os direitos fundamentais, assim como qualquer direito, não são absolutos, e que a liberdade de programação pode sofrer limitações quando excede limites da razoabilidade, colidindo com outros direitos e garantias fundamentais e até mesmo colocando em risco o princípio matriz da dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2. *Reality show* e a relativização dos direitos fundamentais

Os *reality* de confinamento se caracterizam pela participação de cidadãos comuns, caso do BBB, ou das chamadas "subcelebridades", em A Fazenda, e têm foco no cotidiano e na convivência do grupo, o qual passa por diversas provas no decorrer do confinamento, dentro as quais de liderança e provas para conseguirem comida. Provas essas que podem se subdividir em provas de resistência física ou mental, sorte, conhecimentos gerais, entre outras.

Durante o confinamento, que dura aproximadamente 3 (três) meses, os participantes têm seu direito à liberdade restringido, e o direito a privacidade ou intimidade mitigado. Esses direitos fundamentais são colocados de lado em prol da atração, porém de forma autônoma pelo participante. O que ocorre é a disposição voluntária do exercício do próprio direito através de um contrato entre o participante e a emissora.

Quando se inicia a atração, os participantes são expostos 24 (vinte e quatro) horas ao olhar do público, que pode acompanhá-los na televisão aberta, *pay per view* ou pela internet. O Big Brother, por exemplo, "é produzido para ser consumido em TV aberta e por assinatura, telefone fixo ou celular, além da Internet."[2]

Assim inicia-se a relativização de mais um direito fundamental, o direito a privacidade e/ou intimidade. Os participantes têm não só suas imagens expostas, como também suas sensações, intimidades e segredos, inclusive, anteriores à entrada no *reality*.

A privacidade e intimidade durante o programa praticamente deixa de existir em prol da atração, mas seus integrantes ainda são titulares desses direitos, chamados pelo Novo Código Civil de 2002 (NCC/2002) como direitos de personalidade.

No decorrer do programa, os integrantes passam por diversas provas, dentre as quais, as chamadas provas de resistência física, em que o participante deve ficar maior tempo realizando uma atividade ou em uma

determinada posição, sem poder se alimentar, ir ao banheiro ou dormir – temporariamente em situação que pode atingir negativamente a dignidade humana.

Além das provas de resistência, que levam os participantes à exaustão física, ocorreram também provas de resistência mental ou psíquica, com destaque para o "Quarto branco", no Big Brother Brasil.

Além do "Quarto branco", o Big Brother Brasil também já contou com uma "Casa de Vidro", uma espécie de prova para entrar na casa do *reality*, em que alguns participantes eram expostos numa casa de vidro montada em um *shopping*movimentado. Literalmente uma vitrine para escolha de quem entraria na "casa mais vigiada do Brasil", BBB, para a disputa milionária.

Algumas dessas provas, principalmente as provas de resistência física e mental ou psíquica, colocam em dúvida até que ponto uma pessoa pode de forma voluntária abdicar do exercício de seus direitos fundamentais, sem, no entanto, afastar a característica da irrenunciabilidade ou indelegabilidade dos direitos fundamentais, nem ter sua dignidade violada.

No *reality* A Casa, exibido pela Rede Record de Televisão, pode-se observar grave violação à dignidade dos participantes. A primeira edição do programa no Brasil colocou "cem pessoas confinadas para viver em uma residência de 120 m² - ou seja, cerca de 1 m² de espaço para cada participante - preparada para receber apenas quatro pessoas."[3]

A Casa tinha o tamanho, mobiliário, comida e água ideais para 4 (quatro) pessoas viverem confortavelmente, mas o programa começou com 100 (cem) participantes, numa situação visivelmente insustentável.

Assim, questiona-se até que ponto pode existir uma harmonização da disposição voluntária dos direitos e da dignidade da pessoa humana, sem que haja a violação ou, até mesmo, exclusão dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade, à privacidade e à intimidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Questiona-se ainda, se a pessoa pode voluntariamente afastar-se de sua dignidade para se transformar em objeto de lazer em atração televisiva ou elemento de entretenimento, como no célebre caso do "arremesso de anão".

Dessa forma, os direitos à liberdade, à privacidade e à intimidade devem assumir um lado da balança, no outro prato estará a liberdade de expressão, ou mais especificadamente a liberdade de programação, que "como os demais direitos fundamentais, pode sofrer restrições coerentes com sua amplitude constitucional, derivadas da colisão com outros direitos também reconhecidos como essenciais."[4]

3. Irrenunciabilidade dos direitos fundamentais

Ímpar ressaltar a característica da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos fundamentais, a qual dispõe que os direitos fundamentais não podem ser renunciados por disposição da própria vontade do titular, "o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade." [5]

Essa característica, combinada com a informação de que nenhum direito é absoluto, nem os direitos fundamentais, pede a análise do que seria essa renúncia dos direitos. A renúncia aqui é tida como renúncia total, nos termos do Direito Civil, sendo assim, a suspensão temporária do exercício do direito não configuraria a renúncia do direito, já que seria algo eventual e temporário não afetando a essência do direito.

> Um exemplo de renúncia temporária a direito fundamental individual é o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como *reality shows* (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (CF, art. 5º,X).[6]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, não se renunciaria o direito em si, mas tão somente seu exercício, e, ainda assim, de forma pontual.

No caso dos *realities*, cita-se como exemplo o direito a liberdade: o fato de o participante ficar aprisionado por aproximadamente 3 (três) meses não significa que ele renunciou a seu direito de liberdade, porém o está exercendo de forma negativa ou melhor dizendo, está com o exercício do direito à liberdade suspenso.

Ainda que haja a suspensão temporária do exercício do direito, o titular não pode ficar desamparado judicialmente. Deve-se levar em conta a garantia constitucional do Pleno Acesso à Justiça.

O participante do *reality*, ainda que tenha feito à disposição voluntária do exercício do próprio direito, mantém a qualidade de titular de direitos e garantias fundamentais. Ainda utilizando como exemplo o direito à liberdade, o titular mesmo suspendendo esse direito, pode desistir de participar do programa e pedir para sair, voltando a ter o exercício pleno do direito a liberdade. Essa autonomia também é elemento da Dignidade da Pessoa Humana.

4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade, princípio supremo direcionado a todo e qualquer ser humano, encontra-se positivado como um fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988:

O aclamado princípio se repete em tantas outras regras:

> A Constituição brasileira de 1988 acolheu a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa brasileira (art. 1:, III), um princípio fundamental (incluído no Título I) e um direito fundamental (art. 5", III).[7]

Juntamente com os demais princípios constitucionais, além de desempenharem "a função de normas com diferentes graus de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

concretização, ainda funcionam como critérios para interpretação de outras normas, não importando o nível hierárquico-normativo dessas".[8]

Ainda que o participante do *reality show* tenha, de forma voluntária, feito à disposição do exercício do seu próprio direito, terá o direito à dignidade protegida pela Constituição, ao passo que, conforme SARLET apud CONCEIÇÃO, "a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana irrenuncia?vel e inaliena?vel, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele na?o pode ser destacado."[9]

CONCLUSÃO

A atração do gênero *reality show* tem sua fundamentação legal baseada na liberdade de programação, uma espécie da liberdade de expressão, prevista no artigo 220 da CRFB/1988, o que torna a produção e transmissão do programa possível no Brasil, ainda que o formato seja importado de outros países, desde que haja uma adequação a cultura e ordenamento jurídico nacional.

Assim, a garantia da liberdade de programação sofre restrições de outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à privacidade e intimidade.

A liberdade de programação deve ser conciliada com outros direitos fundamentais e não pode desrespeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Em caso de choque entre a liberdade de programação com algum outro direito fundamental deve-se, na análise do caso concreto, tentar harmonizar esses direitos, tendo como norte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Esse princípio, considerado como princípio matriz do direito, está elencado no artigo 1º da CRFB/1988, que no *caput* prevê o Estado Democrático de Direito e traz como fundamento da República Federativa do Brasil a Dignidade da Pessoa Humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Por todo o exposto neste trabalho, conclui-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é princípio máster de nosso Estado, não sendo, pois, desconsiderado em nenhuma situação, ou seja, ainda que de forma voluntária, a dignidade da pessoa humana não é disponível ou renunciável, sendo algo inato a qualquer pessoa.

Dessa forma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não pode ser mitigado em prol da participação em programas televisivos, incluindo o gênero *reality show*. Se assim fosse, a pessoa seria tratada como um objeto, o que vai de encontro ao ordenamento jurídico nacional e a ideia da dignidade.

Pela importância do princípio em análise, ainda que haja a disposição voluntária do direito, permanecerá o respeito à dignidade, pois ela é inata à pessoa humana. A pessoa deve, pois, ser tratada como um fim em si mesmo, não podendo ser objetivada como elemento de lazer em atração televisiva.

O trabalho analisou também o choque entre os direitos e garantias fundamentais, sendo posto de um lado da balança a liberdade de programação e o Princípio da Autonomia e do outro os direitos de liberdade, privacidade e intimidade.

Nesse conflito, concluiu-se que o Princípio da Dignidade deve ser utilizado como "fiel da balança" em caso de colisão entre princípios ou entre direitos fundamentais.

Assim, no caso em análise, no *reality show* pode ocorrer, como visto, a colisão entre direitos e garantias fundamentais e para que não haja nenhuma aberração jurídica, cada caso deve ser analisado isoladamente e os direitos devem ser harmonizados, tendo por elemento de ponderação o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Foi demonstrado que em certos casos prevalecerá um direito em detrimento do outro, porém não poderá ocorrer a exclusão de um direito em prol do outro, ao passo que todos se encontram no mesmo nível de importância. Assim, os direitos fundamentais, como manda a característica da complementariedade, devem ser vistos de forma conjunta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Esses direitos à liberdade, privacidade e intimidade, ainda que de forma voluntária não são renunciáveis – levando se em conta o sentido de renúncia total atribuído pelo Direito Civil, o que pode ocorrer é a disposição voluntária do exercício do próprio direito e, ainda assim, de forma eventual e temporária.

Em outras palavras, tem-se uma renúncia relativa do direito ou, simplesmente, uma suspensão temporária do exercício do direito, a qual deve se dar de forma voluntária, temporária e eventual.

O presente trabalho pretendeu mostrar que a renúncia aqui analisada e possibilitada não é a renúncia nos termos do Direito Civil, mas sim a suspensão do exercício do direito, fundamentada no fato de que nenhum direito é absoluto, nem os direitos e garantias fundamentais, aplicando-se a característica da relatividade ou limitabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Em resumo, ainda que tenham como características a indisponibilidade e a irrenunciabilidade, o que se renuncia não é o direito, mas o seu exercício, e, ainda assim, de forma temporária e eventual.

REFERÊNCIAS:

BACCHIN, Rodrigo Boldrin. **Reality-show: a tv na era da globalização.** 2008. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/98962/bacchin_rb_me_arafcl.pdf?sequence=1

BAHIA, Flávia. **Coleção descomplicando.Direito Constitucional.** 3. ed. Recife (PE): Armador, 2017.

CONCEIÇÃO, Lourivaldoda.**Curso de direitos fundamentais**. Campina Grande (PB): EDUEPB, 2016.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm

GARCIA, Deomara Cristina Damasceno; VIEIRA, Antoniella Santos; PIRES, Cristiane Carneiro. **A explosão do fenômeno: reality show.** Disponível em: http://bocc.ubi.pt/pag/garcia-deomara-reality-show.pdf

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. revista, atualizada, apliada. São Paulo: Sariva, 2012.

MENDEL, Tony; SALOMON, Eva**. Liberdade de expressão e Regulacão da Radiodifusão.** SÉRIE Debates CI Nº8 – Fevereiro de 2011 ISSN 2176-3224. Disponível em http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001916/191623por.pdf.

MPF vai investigar condições humanitárias do reality 'A Casa': Procuradoria da República instaurou inquérito para apurar desrespeito aos direitos humanos no programa da Record. Disponível em: https://www.uai.com.br/app/noticia/series-e-tv/2017/06/29/noticias-series-e-tv,208884/mpf-vai-investigar-condicoes-humanitarias-do-reality-a-casa.shtml

NALINI, José Renato**. O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Novo Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2017.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

RAMOS, Cristina de Mello. **O direito fundamental à intimidade e à vida privada.**Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33174-41996-1-PB.pdf

RODAVALHO, Thiago. **O BBB e a liberdade de programação.** Disponível em: http://estadodedireito.com.br/o-bbb-e-a-liberdade-de-programacao/

ROCHA, Debora Cristine. **Reality TV e reality show: ficção e realidade na televisão.** Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação (E-compós), Brasília, v.12, n.3, setembro/dezembro 2009. Disponível em: http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/download/387/380

SCHROEDER, Helena Carolina. **Os "limites da limitação voluntária" dos direitos da personalidade diante do mínimo existencial e do núcleo duro dos direitos fundamentais.** Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/15765/3665

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

SOARES, Fábio Costa. **Liberdade de Comunicação. Proibição de Censura e Limites.** Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11 Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_60.pdf

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** Revista de Informação Legislativa. Ano 50. Número 200 out./dez. 2013.Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[1]GARCIA, Deomara Cristina Damasceno; VIEIRA, Antoniella Santos; PIRES, Cristiane Carneiro. **A explosão do fenômeno: reality show.** Disponível em: http://bocc.ubi.pt/pag/garcia-deomara-reality-show.pdf

[2]BACCHIN, Rodrigo Boldrin. **Reality-show: a tv na era da globalização.** 2008, p. 89. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/98962/bacchin_rb_me_arafcl.pdf?sequence=1

[3]**MPF vai investigar condições humanitárias do reality 'A Casa': Procuradoria da República instaurou inquérito para apurar desrespeito aos direitos humanos no programa da Record.** Disponível em: https://www.uai.com.br/app/noticia/series-e-tv/2017/06/29/noticias-series-e-tv,208884/mpf-vai-investigar-condicoes-humanitarias-do-reality-a-casa.shtml

[4]TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf

[5]LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. revista, atualizada, apliada. São Paulo: Sariva, 2012, p. 962.

[6]PAULO, Vicente; ALEXANDRINO. **Direito Constitucional descomplicado**. 16 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2017, p. 106.

[7]BAHIA, Flávia. **Coleção descomplicando. Direito Constitucional.** 3.ed. Recife (PE): Armador, 2017, p. 101.

[8]NALINI, José Renato**. O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 248.

[9]CONCEIÇÃO, Lourivaldoda.**Curso de direitos fundamentais**. Campina Grande (PB): EDUEPB, 2016, p. 186.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

PROTEÇÃO AMBIENTAL - BREVE ABORDAGEM CONSTITUCIONAL ACERCA DO CAR (CADASTRO AMBIENTAL RURAL)

TELMA APARECIDA ROSTELATO: Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Especialista em Direito Constitucional, pela ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional. Professora do Curso de Direito da FAIT - Faculdades Integradas de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva-SP. Procuradora Jurídica Municipal. Contato: telma-rostelato@fait.edu.br

RESUMO: O artigo discorre acerca da temática Direitos Fundamentais, sobre o viés da proteção ambiental, enfatizando que a Constituição Federal, visando preservar o meio ambiente, faz remissão expressa à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para tanto, adentra na análise do Código Florestal, já que para viabilizar o atingimento daquele desiderato constitucional, demais normas infraconstitucionais vieram servir-lhe de ferramentas, como ocorre com a exigência do art. 29 do Código Florestal, que obriga a realização do CAR – Cadastro Ambiental Rural, o qual se traduz numa espécie de instrumento empregado pelo governo, para realização da fiscalização, trazendo uma série de benefícios para aqueles que se enquadram ao conceito de proprietários rurais ou posseiros e em contrapartida, pode originar uma gama de restrições para os que não realizarem o cadastramento. Conclui que não apenas para o território brasileiro, mas também para o proprietário rural, sobretudo o pequeno proprietário rural, a exigência do cadastro ambiental rural denota grandiosa ferramenta ambiental, para o País porque subsume mais uma ferramenta de fiscalização e para os proprietários rurais porque viabilizou oportunidades de obtenção de diversos benefícios, que são verdadeiros incentivadores para que se proceda o cadastramento da área rural.

Palavras-Chave: Meio Ambiente; Código Florestal; Cadastro Ambiental Rural.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A PROTEÇÃO AMBIENTAL – SINGELO ESCORÇO HISTÓRICO; 2.1- O DIREITO AMBIENTAL COMO ESPEQUE DE DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA; 3. RESERVA LEGAL: CONSIDERAÇÕES PONTUAIS; 4. CAR – CADASTRO AMBIENTAL RURAL E SUA IMPORTÂNCIA; 4.1 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL; 5. CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS

ABSTRACT: The article aims to discuss the theme of Fundamental Rights, on the bias of environmental protection, emphasizing that the Federal Constitution, aiming to preserve the environment, expressly refers to the healthy quality of life, imposing on the Public Power and the community the duty to defend it, and preserve it for present and future generations. In the sequence, it intends to enter into the analysis of the Forest Code, since to enable the achievement of this constitutional desiderato, other infraconstitutional norms came to serve as tools, as occurs with the requirement of art. 29 of the Forest Code, which requires the implementation of the CAR - Rural Environmental Cadastre, which translates into a kind of instrument used by the government to carry out the inspection, bringing a series of benefits to those who fall under the concept of rural owners or squatters and on the other hand, it may give rise to a range of restrictions for those who do not register. It concludes that not only for the Brazilian territory, but also for the rural owner, especially the small rural owner, the requirement of the rural environmental register denotes a great environmental tool, for the Country because it subsumes another tool of inspection and for the landowners because it made possible opportunities to obtain several benefits, which are real incentive for the registration of the rural area.

Key words: Environment; Forest Code; Rural Environmental Registry.

1. INTRODUÇÃO

O direito ao meio ambiente reconhecido como Direito Fundamental, compõe o art. 225 da Constituição Federal e muito antes da sua entrada em vigor, em 1988, já encampava diversos movimentos ambientalistas além das fronteiras do País, tal a grandeza e importância que se lhe atribuiu.

Com o intento de fazer cumprir aquele preceito, assegurando uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações não são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

poucas as legislações infraconstitucionais que se ocupam do tema, sendo o que ocorreu com o Código Florestal, o qual entrou em vigor em 25 de maio de 2012, através da Lei 12.651.

Para conferir seguimento a estas intenções, a autora propõe-se em discorrer sobre o trajeto histórico da proteção ambiental, no Brasil e no mundo, bem como elucidar de forma precisa a localização do direito ambiental na seara dos Direitos Fundamentais e suas gerações, isto com o intuito de vir pontuar o conceito de reserva legal, desde o Código Florestal de 1934 até a recente definição atribuída por ocasião do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937 sobre o novo Código Florestal, a fim de que se possa identificar quem são os proprietários rurais ou posseiros que são obrigados a realizar o cadastramento ambiental rural, imposto pelo art. 29 do Código Florestal.

2. A PROTEÇÃO AMBIENTAL – SINGELO ESCORÇO HISTÓRICO

O direito ambiental veio ganhar nuances protetivas que estão muito além do preconizado no art. 225 e seguintes da Constituição Federal, isto porque, no decorrer dos anos a população mundial passou a compreender a responsabilidade e a importância ambiental, de modo que a preservação do meio ambiente veio subsumir uma significância muito mais abrangente, já que diretamente correlacionada com a proteção à própria vida.

Com isso, ao se fazer referência à atuação estatal, que se revista do intuito de proteger o meio ambiente, está-se concomitantemente fazendo menção à concessão de meios aptos a viabilizar uma existência digna a todas as pessoas indistintamente, isto porque o processo de deterioração do planeta, no dizer de Welber Barral e Gustavo Assed Ferreira (2006, p. 13) pode resultar o esgotamento dos recursos naturais, o que denota com solar clareza situação alarmante para a sociedade.

O desenvolvimento econômico do nosso País é incentivado no art. 3º., inciso II c/c 174, §1º. da Constituição Federal, não obstante, este fenômeno não pode representar o comprometimento do bem estar social, eis a ponderação necessária, justamente neste viés de análise a compreensão do desenvolvimento sustentável deve fazer-se presente, e uma vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

constituindo-se adequada a averiguação de seu alcance, reproduz-se adiante o seu significado: "como o desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades." [1]

No momento em que restou verificado que o planeta Terra não dispunha efetivamente de condições para suportar a desmesurada ação humana, iniciaram os movimentos protecionistas ambientais, sendo certo que até meados do século XIX inexistia maciça preocupação a este respeito (SOARES, 2003, p. 15), mas em virtude do desenvolvimento tecnológico experimentado no último quartel do século XIX, demonstrando-se poderosa contribuição do setor financeiro na área industrial que acabou por resultar o aumento da produção, desencadeando a popularização do consumo e ainda, face o crescimento populacional sobretudo nos países subdesenvolvidos e, em contrapartida, a oferta dos recursos naturais permanecia em dimensão, o mesmo.

Não se torna necessário tecer profundas reflexões no atinente à atuação humana, a solução foi a busca de utilização em maior escala dos recursos naturais, para a produção de alimentos e para a obtenção de energia, além da utilização em maior intensidade da água para a irrigação e insumos agrícolas que passaram a ser aplicados, como agrotóxicos e adubos solúveis (WELBER; FERREIRA, 2006, p. 15), com o intuito de incrementar a produção.

Na contramão, tais atitudes vieram paulatinamente comprometer a existência dos seres vivos que habitavam a Terra, daí originando o nominado ambientalismo, que pode ser compreendido como todas as formas de comportamento coletivo que, tanto em seus discursos como em sua prática, visam corrigir formas destrutivas de relacionamento entre o ser humano e o meio ambiente, contrariando a lógica estrutural e institucional atualmente predominante." (CASTELLS, 1999, p.156).

Assim, constatou-se que se tratava de um problema que comprometia o cenário mundial, razão pela qual dentre diversos encontros, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972 resultou numa convergência de ideais que tendem para a proteção do meio ambiente de forma geral e não setorizada, como houveram demonstrações, que a própria história pode confirmar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Advinda da Conferência de Estocolmo, a declaração de 26 princípios e também um plano de ação, contendo 109 recomendações, com o objetivo de enumerar as normas internacionais afetas ao tema desenvolvimento sustentável, ou seja, o incentivo ao desenvolvimento econômico dos países, jungido à plena observância ao bem estar ambiental da população mundial, podendo ser traduzidos como principais resultados da aludida Conferência, a Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano; um plano de ação do PNUMA, que nada mais é que um organismo voltado para a preocupação com os programas ambientais no mundo.

Em 1987 o Relatório Brundtland, elaborado pelos membros da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU veio definir o desenvolvimento sustentável como sendo aquele que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades. (BEBBINGTON, 2000, p. 8).

Recorrendo ao escólio de Welber Barral e Gustavo Assed Ferreira (2006, p. 27) é possível afirmar que o desenvolvimento sustentável tem como objetivo a promoção de convivência harmônica entre os seres humanos, a humanidade e a natureza.

Para que este desiderato seja alcançado, diversos momentos históricos serviram de contribuição, para que o panorama hoje existente se tornasse possível, pois é inconteste que desde os anos 80 a liderança ambientalista propugna em síntese por: um sistema político que assegure a democracia representativa, um sistema econômico que possa gerar excedentes e desenvolvimento técnico em base constante, um sistema social apto a solucionar as tensões ocasionadas pela opção de crescimento a qualquer custo e finalmente, um sistema de produção que respeite a obrigação de preservar a base ecológica do desenvolvimento, evitando o agravamento do processo de entropia global[2].

Como vem sendo explanando, diversas ocorrências denotam a atenção mundial que se voltou para este tema, tendo em 1992 se realizado a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como RIO-92, e que concentrou em suas discussões, as questões alusivas ao meio ambiente, coletando o posicionamento dos Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, já que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

na Conferência de Estocolmo o cerne da abordagem recaiu sobre a conscientização dos representante dos Estados em desenvolvimento para darem início à proteção ambiental, enquanto, em paralelo os Estados desenvolvidos aceitaram incluir a questão do desenvolvimento no campo do Direito Ambiental.

Dotada de maiores proporções, porque de influência mundial mais representativa, os preceitos definidos pelo Relatório Brundtland, foram internacionalmente aceitos por ocasião da RIO-92, tendo sido pontuados a inarredável observância aos princípios que adiante seguem esmiuçados:

a) Princípio da Prevenção, que tem como significado a atuação preventiva, autorizando-se a adoção de medidas que, embora despidas de comprovação científica, tendam a preservar o meio ambiente, eis o princípio do *in dubio pro ambiente.**[3]***

b) Princípio do Desenvolvimento Sustentável, o qual foca a necessidade de empregar-se meios racionais de desenvolvimento, a fim de que as gerações futuras não venham ressentir-se da degradação ambiental que ora sejam-lhe dada causa.[4]

c) Princípio da Responsabilidade Intergeracional, cujo propósito visa ressaltar a noção de solidariedade da vida humana, dada a necessidade de se compreender o meio ambiente como sendo um bem para a humanidade.[5]

d) Princípio da Cooperação Internacional entre os Povos, que requer a compreensão do fato que, ao considerar que o Direito Internacional busca a cooperação internacional, clama pela solidariedade entre os povos e a cooperação entre os Estados para repassar os conhecimentos de tecnologia limpa e de proteção ambiental para os Estados mais pobres.[6]

e) Princípio do Poluidor Pagador, que consiste em compelir aquele que ocasionou a degradação ambiental, ao pagamento pelo dano, significando o ônus pela sua atuação danosa ao meio ambiente.[7]

Convergiu-se, tencionando conferir eficácia às medidas de proteção ambiental, a divulgação das informações ambientais, aliás compreende o Princípio 10 da Declaração RIO-92, enfim são tópicos que vêm corroborar nosso entendimento acerca do alerta lançado em âmbito mundial.

Os norteamentos invocados durante a RIO-92 repercutiram na produção da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente (nesta, é que encontram-se dentre outros, consignados os princípios), a Agenda 21, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, em inglês), a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável, um acordo para negociar uma convenção mundial sobre a desertificação e a Declaração de Princípios para Manejo Sustentável das Florestas.

Neste ínterim, é que se abre um parêntese, a fim de ressaltar que na seara do direito brasileiro, indo ao encontro dos retro citados norteamentos lançados durante a RIO-92 (de 03 de junho de 1992 a 14 de junho de 1992), tendo sido sancionada a Lei nº. 8.490, de 19 de novembro de 1992**,** que criou, no inciso XVII, o Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal.

Assim, apesar de diversas outras demonstrações de interesse mundial na melhoria das condições ambientais, objeto de abordagem em muitas reuniões, merecendo destaque a UNFCCC, realizada em 1997 a Terceira Conferência das Partes, em que foi assinado o Protocolo de Kyoto (cujos termos entraram em vigor em 16 de fevereiro de 2005)[8], para o Estado brasileiro pode-se apontar como tendo sido a mola propulsora inicial, a própria RIO-92, por ter desencadeado normatização que veio recair mais tarde sobre aspectos genéricos envoltos ao manejo sustentável das florestas.

Pois bem, os objetivos traçados podem ser sintetizados como sendo a atenção ao bem estar social, em sede de direito fundamental à existência humana.

2.1- O DIREITO AMBIENTAL COMO ESPEQUE DE DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Depreende-se do que fora discorrido, que hodiernamente o direito ao meio ambiente ocupa uma posição muito superior àquela originariamente almejada e por isso, releva destacar em breves linhas, a significância do direito ao meio ambiente equilibrado como sendo fundamental aos seres vivos, não sendo diferente obviamente, para com a espécie humana.

Para o sistema jurídico brasileiro, *verbi gratia,* o meio ambiente possui uma composição oriunda de modificações históricas, as quais vieram requisitar exigências legais, capazes de acompanhar os avanços surgidos, aliás esta é a razão de ser do Direito Positivo, segundo Paulo Nader (2001, p.) que assevera que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> A árvore jurídica a cada dia que passa, torna-se mais densa, com o surgimento de novos ramos que, em permanente adequação às transformações sociais, especializam-se em sub ramos.

Exatamente isso, a necessidade social exige a evolução/modificação da normatização jurídica, já que o direito existe para regular o convívio social, quando a sociedade requisita, mediante demonstração de necessidade de intervenção estatal, em certos temas, sendo o que ocorreu com o direito ambiental, que se transformou num sub ramo do direito.

Presente de forma expressa no texto constitucional, como indicado alhures, o direito ambiental veio consagrar-se como verdadeiro direito fundamental e com a pretensão de esclarecer a abrangência da temática,discorrerá em breves linhas, a este respeito.

Com o surgimento do moderno Estado constitucional começaram os primeiros comentários versando sobre direitos fundamentais, e foi nesta mesma ocasião em que foi reconhecida a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, marcado historicamente pelo século XVIII.

Assim, por questão metodológica e em respeito ao emprego doutrinário adotado, vem subdividir os direitos fundamentais em três gerações, ocupando a primeira geração dos direitos fundamentais a posição do reconhecimento de "status" constitucional material e formal dos direitos fundamentais.

Não obstante, é de se gizar que embora as declarações inglesas do século XVII correspondam a significativas evoluções das liberdades e privilégios dos estamentos medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, aludida positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, ampliando-se a liberdade individual, em detrimento do poder real, ainda não pode ser considerada o ponto inicial para o nascimento dos direitos fundamentais, isto porque tal fundamentalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais, marcada na Inglaterra, naquela ocasião, não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (SARLET, 1998, p. 44).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O que marca definitivamente o nascimento dos direitos fundamentais é a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, a qual expressava em seu Art. 1º, que:

> Art. 1º: Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios a adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Com a Declaração mencionada,implementou-se a transição dos direitos de liberdade legais inglesa para os direitos fundamentais constitucionais, momento histórico em que direitos e liberdades foram incorporados pelas declarações americanas, destacando-se pela supremacia normativa e a posterior garantia de sua justicialidade.

Os direitos naturais do homem foram recepcionados como direitos fundamentais constitucionais e isto se deu por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, dimanando em 1791, a supremacia normativa da Suprema Corte.

De igual modo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, merece destaque, eis que, tal qual a declaração americana, a francesa tinha como características o reconhecimento ao ser humano dos direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, encontrando-se consagrados na Constituição Americana de 1789 o princípio democrático e a teoria da separação dos poderes, marcados por influências iluministas, assim como outros documentos de lavra de Rousseau e Montesquieu, que denotam grandiosa influência nesta fase histórica.

Pode-se asseverar convictamente, que os direitos fundamentais originaram-se de diversas ocorrências marcadas pela história, não nasceram de uma única vez (FIGUEIREDO, 2003, p. 63).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

As transformações dos direitos fundamentais deram guarida à atribuição de nomenclatura diversa, qual seja: dimensões (BONAVIDES, 2003, p. 563), vindo a ser considerada mais adequada que *geração*, vez que esta enseja a equivocada impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, não obstante seja adotada na doutrina brasileira, o renomado jurista adota aquela, eis que resulta de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.

Destarte, os direitos de primeira geração, destacados no século XVIII correspondem a três princípios: liberdade, igualdade (formal) e fraternidade, sendo que Paulo Bonavides (2003, p. 563) identifica-os da seguinte maneira:

> 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, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

São assim, os ditos direitos oponíveis ao Estado, a sociedade age em busca da independência da intervenção estatal, sobressaindo sobretudo, neste momento histórico, os direitos de liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, participação política e outros.

Os direitos de segunda geração, localizados no decorrer de todo o século XX integra-se pelos direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades (BONAVIDES, 2003, p. 564). Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho resumem-se nos direitos de solidariedade, o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade (2000, p. 58).

A transmutação dos direitos fundamentais é marcada pelas reivindicações de classes menos favorecidas, tendo sido alcançados vários direitos, como: liberdade de sindicalização, direito de greve, reconhecimento do direito a férias e descanso semanal remunerado e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

garantia de salário mínimo, que foram conclamados em reuniões da ONU – Organização das Nações Unidas e da UNESCO – *United Nations Education Science and Culture Organization*, sedimentando-se estes direitos no plano internacional.

Oportuno ressalvar que são poucas as Constituições que abordam em seu texto, limitando-se a destacar a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 e a Carta de Paris para uma nova Europa, de 1990.

Por fim, os direitos de terceira geração, são definidos (BONAVIDES, 2003, p. 569), como sendo:

> Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por destinatário o gênero humano mesmo [...].

Presente está nesta geração de direitos fundamentais, o reconhecimento dos direitos fundamentais reconhece direitos de fraternidade ou de solidariedade, por se destinarem à proteção de grupos humanos, tendo a titularidade coletiva ou difusa, tendo sido neste destacado momento histórico em que se conferiu atenção aos direitos de paz, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente.

Portanto, os direitos de terceira geração completam a tríade emblemática que completa o lema da Revolução Francesa.

Pietro de Jesús Lora Alarcón (2004, p. 83) tece precioso comentário a respeito do tema:

> [...] em suma: as dimensões, ou como prefere Norberto Bobbio, as gerações de direitos fundamentais, são apenas modalidades novas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

amparo da vida humana, por isso são a essência do movimento constitucionalista de hoje e de sempre.

Colocadas tais ponderações e ensinamentos, verifica-se com solar clareza que o meio ambiente foi erigido à compreensão com espeque de direito fundamental e assim sendo, o que se encontra sacramentado no decorrer de todo o texto constitucional vigente vem abarcar uma interpretação muito mais densa, porque estudiosos renderam-se ao fato de que a preservação ambiental abrange a luta por proteger a existência humana, em condições favoráveis.

Nesta linha de raciocínio, é de convir que uma vez enquadrado o meio ambiente, como sendo direito fundamental de terceira geração, segundo o momento histórico em que se frizava anseios de solidariedade e fraternidade e mais, por ter sido diagnosticado em âmbito mundial que a tarefa protetiva ambiental direciona-se à preservação da humanidade, deve-se render à inferência de que esta luta tende a busca de algo muito mais grandioso, que a singela proteção das reservas ambientais, mas sim ao alcance da consagração da vida, sob o seu mais sublime significado.

Em sendo direito fundamental é portanto, pelo comentado alhures, essencial à existência.

3. RESERVA LEGAL: CONSIDERAÇÕES PONTUAIS

Reserva legal é o trecho do terreno que o proprietário obriga-se a não dar destinação alguma, exceto aquela voltada para a preservação do meio ambiente.

No Brasil, a Constituição Federal garante a todos o direito tanto a um meio ambiente diverso e sustentável, como o direito ao desenvolvimento econômico.

Historicamente verifica-se que este conceito de Reserva Legal surgiu em 1934, com o primeiro Código Florestal, o qual foi atualizado em 1965 (pela Lei Federal nº 4.771), este, por sua vez, dividia as áreas a serem protegidas de acordo com as regiões[9], e não pelo tipo de vegetação como ocorre no Código Florestal vigente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

O Código Florestal que ora vigora estabeleceu um conceito mais restritivo à Reserva Legal, eis que junto com as Áreas de Preservação Permanente tem o objetivo de garantir a preservação da biodiversidade local; sendo que o percentual da propriedade que deve ser registrado como Reserva Legal oscila de acordo com o bioma e a região em questão, sendo: 80% em propriedades rurais localizadas em área de floresta na Amazônia Legal; 35% em propriedades situadas em áreas de Cerrado na Amazônia Legal, sendo no mínimo 20% na propriedade e 15% na forma de compensação ambiental em outra área, porém na mesma microbacia; 20% na propriedade situada em área de floresta, outras formas de vegetação nativa nas demais regiões do país; e 20% na propriedade em área de campos gerais em qualquer região do país (art. 12).

O art. 3º. do Código Florestal dispõe que:

> *Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:*
>
> *(...)*
>
> *III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;*

Infere-se daí, que a reserva legal é a área do imóvel rural que, coberta por vegetação natural, pode ser explorada com o manejo florestal sustentável, nos limites estabelecidos em lei para o bioma em que está a propriedade. Por abrigar parcela representativa do ambiente natural da região onde está inserida e, que por isso, se torna necessária à manutenção da biodiversidade local.

Corresponde à área do imóvel rural que deve ser coberta por vegetação natural e que pode ser explorada com o manejo florestal sustentável. Ela varia de acordo com o bioma em que está a propriedade. O texto inicial do Código Florestal de 1965 tinha uma redação bastante diferente da atual (muito modificada por uma medida provisória de 2001). Dividia as áreas a serem protegidas de acordo com as regiões, e não pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

tipo de vegetação. Fixava um mínimo de 20% a ser mantido nas "florestas de domínio privado" na maior parte do país, ressalvando uma proibição de corte de 50% nas propriedades "na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste".

Porém, em 1996, diante das estatísticas que indicavam recorde no desmatamento na Floresta Amazônica, foi editada a Medida Provisória 1.511, que ampliou para 80% a reserva legal naquela região.

Em 2001, uma nova MP (2.166-67) alterou o texto, definindo reserva legal como "área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas", restringindo ainda mais as possibilidades de uso dessas áreas.

É deste ano a definição em vigor acerca da reserva legal. Nas propriedades na Amazônia Legal, 80% em área de floresta, 35% no Cerrado e 20% nas demais vegetações e no restante do país, 20%.

4. CAR – CADASTRO AMBIENTAL RURAL E SUA IMPORTÂNCIA

De origem recente, imposto pela Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, determinou-se que todos os proprietários de terrenos rurais devem realizar um cadastramento de sua propriedade, informando assim, a extensão, localização, área construída, área preservada, existência de nascentes d´água, etc.

Desta forma, facilita-se a fiscalização quanto à preservação ambiental, já que o CAR – Cadastro Ambiental Rural repercute, num segundo momento, na necessidade de se realizar o plantio de determinada quantidade de plantas nativas, condicionando-se às especificações de cada terreno.

O CAR - Cadastro Ambiental Rural em âmbito nacional (foi instituído pela Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012) e sua regulamentação, por meio do Decreto nº 7.830, de 17 de outubro de 2012, foi criado o Sistema de Cadastro Ambiental Rural - SICAR, que integrará o CAR de todas as Unidades da Federação. O CAR é um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

instrumento fundamental para auxiliar no processo de regularização ambiental de propriedades e posses rurais, consistindo no levantamento de informações georreferenciadas do imóvel, com delimitação das Áreas de Proteção Permanente (APP), Reserva Legal (RL), remanescentes de vegetação nativa, área rural consolidada, áreas de interesse social e de utilidade pública.

Especificamente no art. 29 do Código Florestal é estabelecido que:

> Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.

O CAR é um registro eletrônico obrigatório feito a partir de imagens georreferenciadas, devendo indicar-se a situação ambiental de todas as propriedades rurais, com a reunião de informações sobre as APP´s, reserva legal, remanescentes de vegetação nativa e áreas consolidadas.

A aludida regularização objetiva traçar um mapa digital a partir do qual são calculados os valores das áreas para diagnóstico ambiental, constituindo-se ferramenta importante para auxiliar no planejamento do imóvel rural e na recuperação de áreas degradadas, o CAR fomenta a formação de corredores ecológicos e a conservação dos demais recursos naturais, contribuindo para a melhoria da qualidade ambiental, sendo atualmente utilizado pelos governos estaduais e federal.

Na Amazônia, o CAR já foi implantado em vários Estados, constituindo-se em instrumento de múltiplos usos pelas políticas públicas ambientais e contribuindo para o fortalecimento da gestão ambiental e o planejamento municipal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Inolvidável, que tal medida visa ampliar o espectro protetivo ambiental, já que visa até mesmo, via satélite efetuar uma conferência sobre os dados informados e a situação real do imóvel rural.

A exigência do cadastramento recai tanto sobre o proprietário, quanto sobre o posseiro (art. 1.196 do Código Civil), correspondendo a um intento governamental para disponibilidade de controle da extensão de mata nativa, área reflorestada e ainda, área desmatada.

Incumbe a todo proprietário rural o registro no órgão ambiental competente (estadual ou municipal) por meio de inscrição no Cadastro Ambiental Rural - CAR. As especificidades para o registro da reserva legal vão depender da legislação de cada Estado. Uma vez realizado o registro fica proibida a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão ou de desmembramento, com exceção das hipóteses previstas na Lei (art. 18 do Código Florestal).

Em geral, nas áreas de reserva legal é proibida a extração de recursos naturais, o corte raso, a alteração do uso do solo e a exploração comercial, exceto nos casos autorizados pelo órgão ambiental, via Plano de Manejo ou, em casos de sistemas agroflorestais e ecoturismo.

A inscrição do Cadastro Ambiental Rural[10] deve ser feita junto ao órgão ambiental estadual ou municipal competente, que disponibilizará na internet programa destinado à inscrição no CAR, bem como à consulta e acompanhamento da situação de regularização ambiental dos imóveis rurais.

No caso dos Estados que não possuem sistemas eletrônicos, estes poderão utilizar o Módulo de Cadastro, para fins de atendimento ao que dispõe a Lei 12.651/12 e acesso a seus benefícios. Desta forma, antes de acessar o Módulo CAR para realizar inscrição, deve-se verificar se o imóvel rural para o qual se pretende fazer o cadastro se localiza em unidade da federação no qual o órgão ambiental responsável por recepcionar as inscrições no CAR possui sistema eletrônico próprio e página específica para tal finalidade, em tais casos, não será possível inscrever o imóvel rural no CAR por meio do Módulo de Cadastro disponibilizado naquela página.

Para a realização da inscrição, deve-se acessar o sítio eletrônico e/ou entrar em contato com o órgão ambiental competente do Estado da federação em que se localiza o imóvel rural para obtenção de informações acerca dos procedimentos a serem adotados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Este cadastramento além de possibilitar o planejamento ambiental e econômico do uso e ocupação do imóvel rural, é acompanhada do compromisso de regularização ambiental quando for o caso, por ser pré-requisito para acesso à emissão das Cotas de Reserva Ambiental e aos benefícios previstos nos Programas de Regularização Ambiental – PRA e de Apoio e Incentivo à Preservação e Recuperação do Meio Ambiente, ambos definidos pela Lei 12.651/12. Dentre os benefícios desses programas pode-se citar:

•Possibilidade de regularização das APP e/ou Reserva Legal vegetação natural suprimida ou alterada até 22/07/2008 no imóvel rural, sem autuação por infração administrativa ou crime ambiental;

•Suspensão de sanções em função de infrações administrativas por supressão irregular de vegetação em áreas de APP, Reserva Legal e de uso restrito, cometidas até 22/07/2008.

•Obtenção de crédito agrícola, em todas as suas modalidades, com taxas de juros menores, bem como limites e prazos maiores que o praticado no mercado;

•Contratação do seguro agrícola em condições melhores que as praticadas no mercado;

•Dedução das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural-ITR, gerando créditos tributários;

•Linhas de financiamento atender iniciativas de preservação voluntária de vegetação nativa, proteção de espécies da flora nativa ameaçadas de extinção, manejo florestal e agroflorestal sustentável realizados na propriedade ou posse rural, ou recuperação de áreas degradadas; e

•Isenção de impostos para os principais insumos e equipamentos, tais como: fio de arame, postes de madeira tratada, bombas d'água, trado de perfuração do solo, dentre outros utilizados para os processos de recuperação e manutenção das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

Desde a entrada em vigor do Código Florestal (25/05/2012), é exigida a realização de acesso ao banco de dados e cadastramento por parte daqueles que se enquadrassem aos requisitos, tendo o prazo que venceria no último dia em 31 de maio, sido novamente prorrogado, pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Decreto Presidencial nº. 9.395, de 30 de maio de 2018, constando vencimento para 31/12/2018.

DECRETO Nº 9.395, DE 30 DE MAIO DE 2018

Prorroga o prazo de inscrição ao Cadastro Ambiental Rural - CAR.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 29, § 3º, da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012,

DECRETA:

Art. 1º Fica prorrogado até 31 de dezembro de 2018 o prazo para requerer a inscrição no Cadastro Ambiental Rural - CAR, conforme previsto no § 3º do art. 29 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 30 de maio de 2018; 197º da Independência e 130º da República.

MICHEL TEMER

Edson Gonçalves Duarte

Frise-se que o não cadastramento da propriedade no referido sistema poderá implicar penalidades jurídicas e administrativas para seus proprietários, consistindo em restrições junto às instituições financeiras de crédito rural e perda de diversos benefícios, já que o cadastro é condição obrigatória para a adesão do Programa de Regularização Ambiental (PRA).

Assim, caso o proprietário não esteja cadastrado, ele perderá o direito a benefícios como: não ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008; conclusão da recomposição da Reserva Legal poderá no prazo máximo de 20 anos; exploração econômica, mediante manejo florestal, com a introdução de espécies exóticas nas Reservas Legais; admissão, nas áreas rurais consolidadas dentro de Área de Preservação Permanente (APP), de atividades agrosilvipastoris, ecoturismo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ou de turismo rural, sendo obrigatória a recomposição mínima conforme o módulo fiscal.

Além disso, para o produtor que fizer o cadastro dentro do prazo, na eventualidade de ter algum passivo ambiental, as multas serão convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. O proprietário ou posseiro de imóvel rural garante todos os benefícios proporcionados pelo PRA, e inclusive a Segurança Jurídica.

4.1 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL

O Código Florestal sofreu algumas alterações e com relação às áreas destinadas à reserva legal, pode-se verificar que a redação dada pela Lei 12.727/2012, especificamente no que pertine ao constante no 67, veio conferir caráter controverso. Por influenciar diretamente quem deve fazer o CAR e a forma de sua efetivação, mister discorrer a respeito.

O art. 67 dispõe, "*ipsis litteris*":

> Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

Notório que o critério consignado, quando da entrada em vigor do Código Florestal ficava evidenciado que o art. 67 permitiu a redução das APP´s de rios a irrisórios 05 metros em imóveis de até quatro módulos fiscais (escalonando tamanho maior em outros), bem como dispensou estes de qualquer recuperação de Reserva Legal naquelas áreas ocupadas até 22 de julho de 2008.

Desta forma, se um imóvel abaixo de quatro módulos fiscais – que, em algumas regiões do Brasil pode atingir até quatrocentos hectares – não possuísse sequer 1% de vegetação nativa para compor a Reserva Legal, poderia ele ser dispensado de cumprir com tal obrigação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Questionada a constitucionalidade de diversos artigos do Código Florestal, inclusive a do art. 67, restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em data de 28/02/2018, conjuntamente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937 sobre o novo Código Florestal, reconhecendo a validade de vários dispositivos, declarando alguns trechos inconstitucionais e atribuindo interpretação conforme a outros itens.

Dos 38 itens postos em julgamento, a maioria foi considerada constitucional, sendo que o mais importante, do ponto de vista social, foi a manutenção pela constitucionalidade do artigo 67, que tratava da exigência de se reconstituir as reservas legais também para os pequenos produtores. Em resumo, em sua quase totalidade, foi mantido o Novo Código Florestal.

Grandiosa importância resultou da decisão do Colendo STF, por ter reconhecido a constitucionalidade do artigo 67, que tratava da regularização da reserva legal para os pequenos produtores com propriedades abaixo de quatro módulos fiscais, vez que à título ilustrativo, somente em Goiás afetaria mais de 103.000 (cento e três mil) propriedade rurais.

Dentre outros tópicos decididos, atribuiu-se interpretação conforme ao art. 225, § 1º. da Constituição Federal para o art. 59, § 4º. do Código Florestal, de modo a afastar o risco de decade?ncia ou prescric?a?o dos ili?citos ambientais praticados antes de 22 de julho de 2008 no decurso de execuc?a?o dos termos de compromisso escritos no a?mbito dos Programas de Regularizac?a?o Ambiental.

O art. 225, §1º. da Constituição Federal (que atribuiu o embasamento da interpretação pelo Supremo Tribunal Federal) estabelece que:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Já, o art. 59, §4º. do Código Florestal (ao qual aplicou-se a interpretação com base no texto constitucional antes mencionado) dispõe que:

Art. 59. A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da

data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar Programas de Regularização Ambiental - PRAs de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo

§ 1º Na regulamentação dos PRAs, a União estabelecerá, em até 180 (cento e oitenta) dias a partir da data da publicação desta Lei, sem prejuízo do prazo definido no caput, normas de caráter geral, incumbindo-se aos Estados e ao Distrito Federal o detalhamento por meio da edição de normas de caráter específico, em razão de suas peculiaridades territoriais, climáticas, históricas, culturais, econômicas e sociais, conforme preceitua o art. 24 da Constituição Federal.

§ 2º A inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA, devendo essa adesão ser requerida no prazo estipulado no § 3º do art. 29 desta Lei§ 3º Com base no requerimento de adesão ao PRA, o órgão competente integrante do Sisnama convocará o proprietário ou possuidor para assinar o termo de compromisso, que constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

Por versar este trecho do julgamento do Supremo Tribunal Federal, de assunto que influencia consideravelmente a conceituação da reserva legal e esta por sua vez por repercutir sobre a definição de quais seriam os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

proprietários rurais, sobre os quais a obrigatoriedade da realização do CAR incidiria, careceu proceder-se a abordagem anteriormente explicitada, tendo permanecido incidente a norma também sobre os pequenos produtores rurais.

5. CONCLUSÕES

O direito à usufruição de um meio ambiente saudável e equilibrado inolvidavelmente integra a relação de Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal.

Na seara mundial, desde os anos 80 a liderança ambientalista vem implantando fortes mecanismos destinados à efetiva preservação ambiental, conclamada na nossa Carta Magna.

Em âmbito infraconstitucional, o 1º. Código Florestal brasileiro, datado do ano de 1934, representa legislação de grandiosa importância para a questão da preservação ambiental, contemplando ao longo de seus 110 artigos, diversas menções que têm como sustentáculo a proteção ao meio ambiente, tendo definido Reserva Legal, como sendo o trecho do terreno que o proprietário obriga-se a não dar destinação alguma, que não seja a própria preservação ambiental, já o Código Florestal ora vigente estabeleceu certa restrição a este conceito, pois no art. 3º. definiu juntamente à previsão referente às áreas de preservação permanente, como objetivo de garantia da biodiversidade local.

Importante para o tema, foi a manifestação do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento conjunto, em 28/02/2018, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937 sobre o novo Código Florestal, quando além de outros tópicos, reconheceu a manutenção da constitucionalidade do artigo 67, que tratava da exigência de se reconstituir as reservas legais também para os pequenos produtores.

Indo ao encontro das premissas de salvaguarda constitucional aos Direitos Fundamentais porque o meio ambiente sadio deságua diretamente na proteção à existência das espécies, inclusive a humana, também no Código Florestal vigente foi imposta a obrigatoriedade da realização do cadastramento ambiental rural (o conhecido CAR), ferramenta através da qual, ampliou-se a forma de fiscalização ambiental, por parte dos governantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

A definição da Reserva Legal incide sobre a definição das pessoas que obrigam-se a realizar o CAR – Cadastro Ambiental Rural, implantado como procedimento obrigatório, no art. 29 do Código Florestal, desde a entrada em vigor do mesmo, ou seja, 25/05/2012 e que sofreu sucessivas prorrogações, constando como prazo final a expirar-se em 31/12/2018.

O CAR traz uma série de benefícios para aqueles que se enquadram ao conceito de proprietários rurais ou posseiros e para quem deixar de realizá-lo precisa estar ciente de que as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no CAR, além desta restrição que afeta o exercício da atividade rural em si, com outras podem se deparar os descumpridores da exigência legal.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. Direito Ambiental e Desenvolvimento. *In:* BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). **Direito Ambiental e Desenvolvimento.** Florianópolis: Boiteux, 2006.

BEBBINGTON, Jan; GREY, Rob. Accounts of sustainable development: the construction of meaning with inenvironmental report. University of Aberdee, **Aberdeen papers in accountancy, finance and mangement,** workingpaper, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 563.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade.** (Trad. Roneide Brandini Gerhardt). São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 58.

FIGUEIREDO, Igor Nery. Deficientes físicos: a tutela dos direitos fundamentais. *In*: **Revista Jurídica Consulex**, ano VII, nº 145:63-65. Brasília: Consulex LTDA, 2003, p. 63.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROSTELATO, Telma Aparecida; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Inclusão, meio ambiente e dignidade humana: o meio ambiente equilibrado, como premissa necessária para a efetividade da dignidade da pessoa humana.** Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado, v. 10, p. 413-429, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. **Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente.** São Paulo: Manole, 2003.

NOTAS:

[1] Relatório Brundtland, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. Disponível em: www.un.org. Acesso em 09 mar.2018.

[2] Entropia global – a tendência que o planeta tem de caminhar em direção a um contínuo processo de deterioração.

[3] Corresponde ao Princípio 15 da RIO-92, encontrando-se formalmente definido da seguinte maneira: "Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental."

[4]Corresponde ao Princípio 27 da RIO-92, e seu texto dispõe: "Os Estados e povos deveriam cooperar, de boa fé e com espírito de solidariedade, na aplicação dos princípios consagrados nesta declaração e no posterior desenvolvimento do direito internacional na esfera do desenvolvimento sustentável."

[5]Corresponde aos Princípios3e 4 da RIO-92 e contém em seu texto, a seguinte assertiva: "O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de tal

forma que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras." E, "A fim de alcançar o estágio do desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada."

[6]Corresponde ao Princípio 7 da RIO-92, que preconiza: "Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os Estados desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem."

[7]Corresponde ao Princípio 16 da RIO-92, que dispõe, *"in verbis":* "As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação, considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais."

[8] Nos termos do Art. 25 do Protocolo de Kyoto, sua entrada em vigor estava vinculada a que pelo menos 55 Partes da UNFCCC, englobando os Estados industrializados no Anexo I que contabilizassem o total de pelo menos 55% das emissões totais de dióxido de carbono em 1990, depositassem seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

[9] Fixava um mínimo de 20% a ser mantido nas "florestas de domínio privado" na maior parte do país, ressalvando uma proibição de corte de 50% nas propriedades "na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste".

[10] Disponível em: http://www.car.gov.br/. Acesso em 05 jun. 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA DEVE SER APLICADO COM CAUTELA NOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE DROGAS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

FRANCISCO SANNINI NETO: Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

O tema objeto deste artigo é extremamente polêmico e comporta diversos posicionamentos na jurisprudência. Como é cediço, o princípio da insignificância tem a aptidão de afastar a tipicidade material da conduta e vem sendo acolhido rotineiramente pelos Tribunais Superiores nas mais variadas hipóteses de infrações penais.

De um modo geral, o Superior Tribunal de Justiça tem sustentado a inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação aos crimes da Lei de Drogas, uma vez que estamos diante de crimes de perigo abstrato. No que se refere ao crime do artigo 28, da Lei, a jurisprudência acrescenta que a pequena quantidade de droga já é inerente a própria caracterização do delito, razão pela qual, não se poderia falar em insignificância nesse caso.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO.

> PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA INERENTE À NATUREZA DO DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena quantidade de entorpecente apreendida com o agravante ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é crime de perigo abstrato e, além disso, o reduzido volume da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes.[1]
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma – saúde pública. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.[2]

Já no Supremo Tribunal Federal o tema é mais controverso, sendo possível encontrar decisões em ambos os sentidos no que se refere ao crime do artigo 28, senão vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.[3]

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. POSSE DE ENTORPECENTES. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO JULGAMENTO DO AI N.º 747.522. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos requisitos estabelecidos na legislação infraconstitucional, posto controvérsia de natureza infraconstitucional, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do AI n.º 747.522–RG, Relator Min. Cezar Peluso, DJe de 25/9/2009 . 2. **A aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente. *In casu*, não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do aludido princípio, a fim de trancar a ação penal.**(Grifamos)[4]

O cenário torna-se ainda mais nebuloso quando nos deparamos com uma situação envolvendo a conduta de *importar* sementes de "maconha" (*cannabis sativa lineu*), que é essencial na produção da planta e, consequentemente, da própria droga. A controvérsia em torno desse caso se relaciona ao fato de que o artigo 28, da Lei 11.343/06, que trata do porte de drogas para consumo pessoal, não tipifica em seus núcleos a conduta de *importar*. Desse modo, torna-se impossível adequar a referida conduta ao tipo penal supracitado, ainda que estejamos diante da importação de pequena quantidade de sementes visando o cultivo de pequena quantidade da planta destinada a produção de pequena quantidade de "maconha" para consumo pessoal.

Com efeito, a jurisprudência absolutamente majoritária do Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando pela impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade da conduta em tais situações:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINNEU . MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. FATO TÍPICO. PRECEDENTES. PERIGO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a importação clandestina de sementes de cannabis sativa lineu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006. 2. Nessa linha de raciocínio, o fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga. Por isso, sua importação clandestina, por si só, amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, não havendo falar em atipicidade da conduta, tampouco em desclassificação para contrabando. (AgRg no REsp 1658937/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017). 3. Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida. 4. Agravo regimental não provido.[5]

Ocorre que recentemente instaurou-se uma divergência dentro do STJ, sendo possível encontrar ao menos dois julgados admitindo a aplicação da insignificância na hipótese de importação de pequena quantidade de sementes da planta *cannabis sativa lineu*:

> 1. O fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga, cuja importação clandestina amolda-se ao tipo penal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. 2. **Todavia, tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato**.(Grifamos)[6]

Tendo em vista que estes autores jamais se esquivaram dos debates mais espinhosos que rodeiam a seara criminal, na sequência passamos a expor a nossa opinião sobre tais controvérsias.

No que se refere ao crime do artigo 28, da Lei de Drogas, entendemos que, ao menos em regra, assiste razão ao Superior de Tribunal de Justiça, especialmente sob o argumento de que a pequena quantidade de droga já é da essência do delito. Excepcionalmente, contudo, admitimos a aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses em que o agente adquire a droga para consumo imediato.

Explicamos! Nos termos do artigo 28, da lei,não foi tipificada a conduta de *consumir* droga. O que se pune é a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte ou o porte da droga para o seu próprio consumo. Não é outra a lição de CAPEZ:

> A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de "usar", mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação.[7]

Assim, embora a conduta de *adquirir* droga para consumo pessoal seja típica, nos casos em que o usuário a consome imediatamente após a sua aquisição o fato seria materialmente atípico. Isto, pois, em tais circunstâncias, o bem jurídico tutelado (saúde pública) não é lesado e nem sequer exposto a um risco proibido relevante devido ao fato de que não houve circulação da substância ilícita. Ora, se o objetivo do artigo 28 é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

evitar o perigo social que a circulação da droga acarreta, no caso em análise é imperioso o reconhecimento do princípio da insignificância.

Já no que se refere aos crimes de tráfico de drogas (artigo 33, *caput* e §1º, da Lei) entendemos perfeitamente aplicável o princípio da insignificância a depender do caso concreto. Concordamos que, ao menos em regra, por se tratar de crime de perigo abstrato e de natureza equiparada à hedionda, o tráfico de drogas não permite o reconhecimento da insignificância.

Entretanto, em situações pontuais o reconhecimento do tráfico de drogas com a imposição de todos os seus rigores jurídico-penais, inclusive os previstos na Lei dos Crimes Hediondos, nos parece desproporcional. Para ilustrar nossa posição nos valemos do seguinte exemplo. É cediço que entre as condutas punidas no artigo 33, da Lei de Drogas, está o núcleo "fornecer". Isso significa que o simples fornecimento da droga, ainda que sem qualquer intenção de lucro, pode caracterizar a infração penal em questão.

Nesse contexto, imaginem o cenário em que um usuário de "maconha" resolva abandonar o vício. Ocorre que ele ainda mantém em sua posse 100 gramas da droga e, para não a jogar fora, resolve fornecê-la a um amigo sem qualquer contraprestação financeira. É evidente que nesse exemplo a conduta encontra adequação típica no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, mais especificamente no verbo "fornecer". Há, portanto, tipicidade formal ou legal. Contudo, parece-nos que nessa hipótese o bem jurídico tutelado não é lesionado de maneira relevante, razão pela qual, deve-se reconhecer a atipicidade material da conduta por meio da aplicação do princípio da insignificância.

O mesmo ocorreria na hipótese em que um usuário de *ecstasy* "fornecesse" apenas um comprimido da droga a um amigo para que ele a consumisse em uma *raive*. Aqui, tal qual no exemplo anterior, a conduta é formalmente típica, mas materialmente atípica, devido a irrelevância da lesão ao bem jurídico tutelado. Em tais situações, portanto, deve ser reconhecida a aplicação do princípio da insignificância para afastar a incidência do artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Por fim, no que se refere à conduta de *importar* pequena quantidade de sementes da planta *cannabis sativa lineu*, entendemos pela impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Isto, pois, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

conduta de *importar* nos parece sensivelmente mais grave por transcender o território nacional, fomentando, assim, o tráfico internacional de drogas. Note-se que o legislador poderia ter inserido a conduta de *importar* ou *exportar* drogas para uso pessoal entre as figuras típicas do artigo 28, da Lei, mas optou, deliberadamente, por não fazê-lo. Em nossa visão, isso significa que o próprio legislador, no momento de selecionar as condutas que mereceriam repressão por meio do artigo 28, entendeu por bem excluir os verbos *importar* e *exportar* por considerá-los de maior gravidade, o que é incompatível com o princípio da insignificância.

Em consonância com esse entendimento é o escólio de Rogério Sanches:

> Há de se considerar, todavia, que a importação de sementes, ainda que com a finalidade de utilizá-las para consumo pessoal, é mais grave, pois inegavelmente envolve indivíduos ligados ao tráfico internacional de drogas. Não é possível diminuir a relevância da importação sob o simples argumento de que a semeadura para consumo próprio é tratada de forma mais branda; é imperioso que se analise todo o contexto que envolve a importação.[8]

Em suma, o princípio da insignificância não pode ser considerado incompatível "a priori" com os tipos penais da Lei de Drogas, devendo, porém, cada situação concreta merecer a devida ponderação para uma aplicação ou afastamento justo de tal princípio.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação Especial*. ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Importação de pequena quantidade de sementes de maconha pode ser atípica*. Disponível: http://meusitejuridico.com.br/2018/02/01/stj-importacao-de-pequena-quantidade-de-sementes-de-maconha-pode-ser-atipica/ . Acesso em 02.08.2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

NOTAS:

[1] STJ, AgRg no AREsp 1093488/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18.12.2017. No mesmo sentido, STJ, RHC 34.446/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 27.05.2013.

[2] STJ, AgRg no RHC 68686q/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 12.09.2016.

[3]STF, HC 110478/SC, 1ª Turma Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.02.2012.

[4] STF, ARE 728688/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2013.

[5] STJ, AgRg no REsp 1.691.992/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 18.12.2017. No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.639.494/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 30.08.2017.

[6] STJ, AgRg no REsp 1.658.928/SP, DJe 12.12.2017. Na mesma linha: STJ, REsp 1.675.709/SP, DJe 13.10.2017.

[7] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação Especial*. ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 684-685.

[8] CUNHA, Rogério Sanches. *Importação de pequena quantidade de sementes de maconha pode ser atípica*. Disponível: http://meusitejuridico.com.br/2018/02/01/stj-importacao-de-pequena-quantidade-de-sementes-de-maconha-pode-ser-atipica/ . Acesso em 02.08.2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

A VIDA E O ALCANCE JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

TELMA APARECIDA ROSTELATO: Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Especialista em Direito Constitucional, pela ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional. Professora do Curso de Direito da FAIT - Faculdades Integradas de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva-SP. Procuradora Jurídica Municipal. Contato: telma-rostelato@fait.edu.br

RESUMO: O artigo objetiva abordar o abrangente significado que foi concebido ao direito à vida, na atualidade, pontuando que fundamental é aquilo que se constitui essencial e no caso dos direitos fundamentais, pode-se compreender como sendo essenciais à existência humana, sem os quais não se pode conceber a vida e é para isso que a concepção mais recente, iniciada sua abordagem no último quartel do século XX, a nominada quarta dimensão, atribui significância e abrangência aos Direitos Fundamentais, sob conotação de salvaguarda à forma de se viver e não apenas de singular proteção à vida, como estabelecido no texto constitucional, requisitando ao intérprete uma ampliação à compreensão do conceito hodierno.

Palavras-chave: Direito à vida; Direitos Fundamentais; Dimensão dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The article aims to address the broad meaning of the right to life today, stating that what is essential is fundamental and, in the case of fundamental rights, can be understood as being essential to human existence, without which there is no can conceive of life and this is why the most recent conception, which began its approach in the last quarter of the 20th century, the so-called fourth dimension, assigns significance and comprehensiveness to Fundamental Rights, in connotation of safeguarding the way of living and not only of a singular protection of life, as established in the constitutional text, requiring the interpreter to broaden the understanding of today's concept.

Key words: Right to life; Fundamental rights; Dimension of Fundamental Rights.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os Direitos Fundamentais e seu alcance jurídico;3. O direito à vida como escora protetora dos demais direitos; 4. Conclusões; Referências.

---

1. INTRODUÇÃO

A autora pretende esquadrinhar o tema Direito Fundamentais, sob a óptica da transmutação de sua concepção ao longo dos anos.

Com o intuito de indicar a localização legislativa, analisa as disposições constitucionais que estão a declarar estes direitos.

Para tanto, adentrará na verificação das dimensões de primeira, segunda e terceira geração, ressalvando a comentada quarta dimensão que vem sendo festejada desde o final do último quartel do século XX, por doutrinadores de renome.

A significância imputada recentemente aos Direitos Fundamentais, segundo tenciona explicitar, finca-se no direito à vida, atrelado à garantia do exercício à dignidade humana.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ALCANCE JURÍDICO

Na Constituição vigente, o § 1º do Art. 5º conferiu aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais e o § 4º do Art. 60, petrificou-as:

> Art. 5º: [...].
>
> § 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
>
> Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> [...]
>
> § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> [...]
>
> IV – os direitos e garantias fundamentais.

Assim, encontram-se, os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, abrangidos pela Constituição Federal de 1988, pois além do Título II, analisando-o como um todo, verifica-se a presença protetiva dos direitos à vida, liberdade e propriedade, bem como o princípio da igualdade e os direitos e garantias políticos, além dos direitos sociais (nestes verifica-se o enquadramento aos direitos fundamentais de segunda dimensão).

Quanto aos direitos de terceira dimensão, também são encontrados, entretanto a análise deve ser mais acurada, porque certos direitos ainda não se encontram positivados em nível constitucional interno, o que por certo não afasta a sua possibilidade de reconhecimento e efetivação, que poderia se dar também por intermédio do disposto no § 2º do Art. 5º, que preconiza:

> Art. 5º: [...].
>
> § 2º – 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.

Os direitos fundamentais têm um conceito aberto, como consagra a Constituição Federal, podendo ser inseridos no ordenamento, a qualquer momento, observando-se o estabelecido no Art. 5º, § 2º.

Isto é possível, dada a consideração doutrinária de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, como pondera Canotilho.[1]

Há uma unidade no sistema dos direitos fundamentais, refletora de lutas históricas, pretensoras da afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, mas há que se sublinhar o fato de que, outros direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e incondicional; tendo-lhes, inclusive, sido atribuído caráter de cláusula pétrea (Art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição Federal).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Apesar da importância que representam, os direitos fundamentais não podem ser vistos como superiores aos demais preceitos constitucionais, devendo ao revés, serem analisados com observância à unicidade do sistema constitucional, de maneira que a solução de eventuais conflitos deve se embasar em mecanismos de ponderação e harmonização dos princípios.

As características da fundamentalidade, que segundo ensinamento de Canotilho "[...] aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material".[2]

Nesta linha, Ingo Wolfgang Sarlet, sustenta que:

> A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (Art. 60 da Constituição Federal); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (Art. 5º, § 1º, da Constituição Federal). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.[3]

É importante salientar que os direitos fundamentais são tanto aqueles previstos no texto constitucional, os direitos fundamentais, em sentido formal, quanto aqueles que, embora não previstos no texto constitucional, considerado seu conteúdo e importância a eles se equiparam, classificando-se como direitos fundamentais, em sentido material.

A Constituição vigente, já no segundo Título, enumera os *Direitos e Garantias Fundamentais*; no Capítulo I enuncia: *Direitos e Deveres*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Individuais e Coletivos, no Capítulo II trata dos *Direitos Sociais*, após, trata de questões voltadas à nacionalidade, aos direitos políticos e aos partidos políticos.

Saliente-se ainda, que em outros pontos da Constituição, constam direitos fundamentais, cuja enumeração é meramente exemplificativa, como pondera Manoel Gonçalves Ferreira Filho,[4] fato que ocorre desde a Constituição de 1891, inserido na seção *Declaração de Direitos*, Título IV – *Dos Cidadãos Brasileiros*, em seu Art. 78, *in verbis*:

> Art. 78: A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

E, na atual, em seu Art. 5º, § 2º, que estabelece:

> Art. 5º: [...].
>
> § 2º – 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.

Estas normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, com a finalidade de torná-las efetivas; é o que prevê a Constituição, entretanto releva destacar que algumas normas não são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Sendo assim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que:

> Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direitos ou garantia fundamental é completa, e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês.[5]

Infere-se que as normas que não são auto executáveis ocupam o teto constitucional, apenas como meras declarações de direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3. O DIREITO À VIDA COMO ESCORA PROTETORA DOS DEMAIS DIREITOS

No que pertine ao direito à vida verifica-se que desde as mais parcas épocas, constitui-se preocupação dos povos a sua salvaguarda e são em diversos textos legais que a história nos permite confirmar a existência desta preocupação.

A Declaração Universal dos Diretos Humanos, de 1948, em seu art. III estabeleceu que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

No texto da Constituição de 1988, encontramos no art. 5º., "caput", expressamente a inviolabilidade do direito à vida. A vida, bem sublime, intocável, respeitada desde o seu início, portanto rechaçado o aborto no nosso sistema jurídico, tal qual a eutanásia, que muito embora possam certas pessoas encontrarem-se em estado terminal de determinada doença, inconscientes, numa maca hospitalar, ninguém poderá pôr fim à sua vida.

Em suma, qualquer forma de dissolução da vida é repugnada pela nossa Constituição, tanto que o inciso XLVII do art. 5º. preconiza que: "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX."

Portanto, nenhum mecanismo adotado para a dissolução da vida de uma pessoa, que não seja o mecanismo espontâneo, propriamente dito, é tido como violador aos ditames constitucionais.

Ocorre entretanto, que é averiguada na evolução dos Direitos Fundamentais, que determinados direitos, tal qual o direito à vida, veio ganhando contornos distintos, porque na realidade aqueles conceitos presentes na dimensão dos direitos fundamentais posterior, vieram a ser consagrados não em substituição ao anterior, mas em justaposição.

Estas dimensões preservam a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, pois originaram-se em diversas ocorrências marcadas pela história, não nasceram de uma única vez.[6]

E é exatamente fincados nesta transmutação conceitual dos Direitos Fundamentais, que se pretende desenvolver o presente estudo, já que a primeira dimensão é marcada pelo século XVIII e assentou-se em três

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

princípios: liberdade, igualdade (formal) e fraternidade, definida por Paulo Bonavides, como sendo:

> 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, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.[7]

Tais direitos são oponíveis ao Estado. Nesta dimensão dos direitos fundamentais, introduziu-se nos ordenamentos, os direitos de liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, participação política e outros.

Os direitos de segunda dimensão, marcados pelo princípio da igualdade, presentes por todo o século XX: "[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades [...]".[8]

A mencionada igualdade transmuta-se para o aspecto material. Esta fase dos direitos fundamentais é marcada pelas reivindicações de classes menos favorecidas, tendo sido alcançados vários direitos, como: liberdade de sindicalização, direito de greve, reconhecimento do direito a férias e descanso semanal remunerado e garantia de salário mínimo.

Anunciados em reuniões da ONU – Organização das Nações Unidas e da UNESCO – *United Nations Education Science and Culture Organization*, tais direitos sedimentaram-se no plano internacional, entretanto são poucas as Constituições que os concebem em seu texto, destacando-se a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 e a Carta de Paris para uma nova Europa, de 1990.

Integram, os direitos de solidariedade, o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho.[9]

Enquanto, os direitos de terceira dimensão, são definidos como sendo:

> Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por destinatário o gênero humano mesmo [...].[10]

Esta dimensão dos direitos fundamentais reconhece direitos de fraternidade ou de solidariedade, por se destinarem à proteção de grupos humanos, tendo a titularidade coletiva ou difusa. Nesta, foram alcançados, exemplificativamente, os direitos à paz, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente.

É de se ver então que o direito à vida mereceu atenção especial e que desde o momento em que se começou a conceber a existência dos direitos fundamentais de quarta dimensão no último quartel do século XX, passou desde então, a contemplar o rol de proteção. Com destaque à importância que deve ser dispensada à pretensa quarta dimensão dos direitos fundamentais, a qual vem sendo incluída à classificação das dimensões, tal qual Paulo Bonavides, que considera haver esta quarta geração dos direitos, a qual seria marcada pelo fim do século XX e teria como característica "[...] o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo".[11]

A sustentação desta dimensão centrar-se-ia, segundo seus adeptos, em cuidar do princípio da dignidade humana, interpretado sob outro enfoque, vinculando-se à liberdade de autonomia, proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências estatais, aí estariam enquadradas as manipulações genéticas, o direito de mudar de sexo e outros.[12]

Recorrendo ao escólio de Pietro de Jesús Lora Alarcón,[13] observa-se que o rompimento de uma dimensão de direitos fundamentais e o advento de uma outra, requer detectar os traços que caracterizam a sensibilidade desta e, estes traços têm sido encontrados nas descobertas da genética, visto que ela traz a lume uma nova forma de observar a vida humana.

Pois bem, a necessária efetivação do direito à vida (haja vista que o direito à vida passa a ser visto sob outro enfoque, a vida vivida com dignidade), tendo como significado o direcionamento à coletividade: todos indistintamente tem direito à sua usufruição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Agora esta vida, tem, como dito, um tratamento diferenciado, porque sedimentado no respeito à dignidade da pessoa, igualmente salvaguardado pela Constituição vigente (em seu art. 1º., inciso III), porque não basta garantir o direito à vida, imprescindível o resguardo à usufruição de uma vida digna.

As dimensões dos direitos fundamentais, como visto, salvaguardam a vida humana. Desta assertiva, convém ressaltar que, não basta assegurar o direito à vida, é necessária a proteção da vida digna, ou seja, a vida há que ser usufruída, com dignidade, daí então decorre a transmutação dos direitos fundamentais, em dimensões, sendo que em cada momento histórico, o enfoque de proteção dispensada é visto em conformidade com os valores atribuídos pela sociedade.

É inolvidável que hodiernamente, devido aos avanços científicos, a terapia genética pode resolver problemas de saúde do ser humano e, tal evento deve ser protegido, pois o bem que se tutela é a vida humana, com a realização da terapia visa-se não apenas proteger a vida, mas a vida digna daquela pessoa, que porta certa doença genética.

A inviolabilidade da vida humana é vista então, sob outro ângulo, no que se refere às terapias genéticas ou, mesmo, técnicas de clonagem, as quais repercutem sobre valores da vida.

O Estado deve dispensar tratamento aos seus jurisdicionados que seja apto a conferir-lhe uma existência saudável, ou seja, não sendo o bastante garantir que as pessoas permaneçam vivas, mas que tenham condições de viver dignamente, requerendo portanto a salvaguarda, em igual proporção que a do direito à vida, para proteção de princípios constitucionalmente consagrados.

4. CONCLUSÕES

O direito à vida constitui-se direito intransponível, irrestrito e inquestionável, portanto não sobressaem dúvidas acerca da importância e significância que lhe fora concedida pela Constituição Federal.

Ocorre que já faz algum tempo que também em apreço ao necessário resguardo da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, que está a alicerçar os demais, vem sendo requerida uma atribuição diferenciada ao conceito do direito à vida, se estabelecido cotejo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

com aquele primígeno, previsto em tantos textos legislativos, inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Aludida imposição de reflexão conceitual justifica-se pela exigência de o Estado viabilizar que seus jurisdicionados possam viver dignamente, não se bastando o mero resguardo da vida destes.

Compreenda-se esta existência digna, concebida por meio de obtenção de um mínimo necessário ao exercício dos intentos diários, aqueles mais comezinhos, inolvidável portanto, a transmutação da valoração dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *In*: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 02:165-198. São Paulo: Método, 2003.

_____. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

_____. Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. *In*: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (coords.). **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

ARISTÓTELES. **Política.** Trad. Therezinha Monteiro Deutsch Baby Abrão. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural. 2000.

BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **Portadores de Necessidades Especiais – As principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira**. São Paulo: Editora ARX, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O Princípio da Igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional.** São Paulo: Método, nº. 2: 209-223, jul./dez.2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. **Revista Brasileira de Direito Constitucional.** São Paulo: Método, nº. 2:51-68, 2003.

ÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência – garantia de igualdade na diversidade.** Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIGUEIREDO, Igor Nery. Deficientes físicos: a tutela dos direitos fundamentais. *In*: **Revista Jurídica Consulex**, ano VII, nº 145:63-65. Brasília: Consulex LTDA, 2003.

KOSOVSKI, Ester. Minorias e Discriminação. **Direito das Minorias**. Elida Séguin (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 01-09.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: Princípios Fundamentais – artigos 1º. a 4º..** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? **Revista Sentidos.** out./nov.2005, São Paulo: Áurea Editora, 2005, p. 44-48.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa Portadora de Deficiência e cidadania. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** Luiz Alberto David Araujo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais**,** 182-195, 2006.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de deficiência e prestação jurisdicional**. 1. ed. CURITIBA: JURUÁ EDITORA, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

_____. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. **Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NOTAS:

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1146.

[2] Idem. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 509.

[3] SARLET, 1998, p. 78-79.

[4] FERREIRA FILHO, 2000, p. 98.

[5] *Ibidem*, p. 100.

[6] FIGUEIREDO, Igor Nery. Deficientes físicos: a tutela dos direitos fundamentais. *In*: **Revista Jurídica Consulex**, ano VII, nº 145:63-65. Brasília: Consulex LTDA, 2003, p. 63.

[7] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 569.

[8 *Ibidem*, p. 564.

[9] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 58.

[10] BONAVIDES, 2003, p. 569.

[11] BONAVIDES, 2003, p. 571.

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

[13] ALARCÓN, 2004, p. 89.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS LIVROS ELETRÔNICOS

CLAUDIA MACHADO DE ASSIS: Graduada pela Universidade Federal da Bahia. Especialização em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

MAURO PASSETI

(Orientador)

Resumo: O presente artigo trata sobre o instituto da imunidade tributária prevista na alínea "d", inciso VI, do art. 150 da CF/88, também conhecida como imunidade cultural. Visa abordar, em especial, as características dessa imunidade, bem como as controvérsias jurisprudenciais que existiam em torno de algumas peculiaridades desse instituto, mais precisamente no que abrangia aos livros eletrônicos. Por fim, será feita uma análise, tendo em vista as decisões mais recentes, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, a qual tende a prevalecer nos Tribunais pátrios dentro do contexto atual de constante evolução.

Palavras-chave: **"**Imunidade Tributária"; "Imunidade Cultural"; "Livros Eletrônicos"; "Natureza Jurídica"; "Jurisprudência".

Abstract: *This article deals with the institute of tax immunity provided for in item "d", item VI, of art. 150 of CF / 88, also known as cultural immunity. It aims to address, in particular, the characteristics of that immunity, as well as the jurisprudential controversies that existed around some peculiarities of that institute, more precisely that which covered electronic books. Finally, an analysis will be made, in view of the most recent decisions, especially of the Federal Supreme Court, on which position prevails in the Courts of the courts within the current context of constant evolution.*

Keywords: **"**Immunity"; "Tax"; "Cultural Immunity"; "Electronic Books"; "Legal Nature"; "Jurisprudence".

Sumário: 1. Introdução. 2. Limitações constitucionais ao poder de tributar: imunidades. 2.1. A Imunidade Tributária Cultural. 3. A Imunidade dos livros eletrônicos. 4. Conclusões. Referências.

---

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao tratar das limitações do poder de tributar no artigo 150, elenca algumas ocorrências em que será vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos.

Assim, visando a proteção de valores que a República Federativa do Brasil considera essenciais, sejam de cunho político, social, cultural ou moral, foram estabelecidas situações que serão imunes à incidência de impostos.

Dentre as imunidades arroladas no artigo 150, inciso VI, da CF/88, será destacada nesta obra a que consta na alínea "d", que dispõe ser vedado instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

Nesse sentido, primeiramente, será abordada nessa obra as limitações ao poder de tributar do Estado, e até que ponto este pode adentrar na esfera privada do indivíduo, destacando dentre essas limitações o instituto da imunidade tributária.

E partindo desse trâmite, será abordada algumas características das imunidades tributárias pertinentes ao trabalho apresentado, tal como a de caráter objetivo, a diferenciação entre imunidade e isenção, bem como o direcionamento à imunidade prevista na alínea "d", inciso VI, do art. 150, da CF/88, dentro dessas classificações.

Por último, portanto, o enfoque central vai tratar da imunidade cultural, que é aquela atribuída aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, a qual a Constituição é clara ao vedar a cobrança de impostos relativos a tais bens. A discussão gira em torno se seriam os atuais livros eletrônicos abarcados por esta imunidade, uma vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que o meio de veiculação dos mesmos não ocorre através do papel impresso.

Será analisado o julgamento proferido anteriormente pelo STF, através do voto do Ministro Eros Grau e o entendimento que este possuía acerca dos livros eletrônicos, bem como, em contraponto, será abordada a posição atual do STF, recentemente divulgada.

O presente trabalho, portanto, visa esclarecer alguns institutos que giram em torno da controvérsia dos chamados *e-books*, trazendo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto, que, ao que tudo indica, parece ter sido pacificado no âmbito do STF com a seguinte tese:

> "A imunidade tributária constante do art. 150, VI, "d", da Constituição Federal (CF), aplica-se ao livro eletrônico ("e-book"), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo."
>
> STF. Plenário. RE 330817/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/3/2017

Diante do exposto, percebe-se que o presente trabalho traçará o caminho que levou o STF a tal entendimento, bem como analisará a referida conclusão dentro do contexto evolutivo atual.

2. Limitações constitucionais ao poder de tributar: imunidades.

A supremacia do interesse público sobre o privado coloca o Estado numa posição de preponderância em suas relações com particulares, especialmente no que tange ao bem comum da sociedade. No entanto, este poder estatal de interferir na esfera individual não é absoluto, não sendo, portanto, ilimitada a possibilidade de cobrança de tributos.

Logo, o poder de tributar do Estado encontra limites, e alguns desses estão elencados na CF/88, artigo 150[1], sendo a imunidade um dos institutos jurídicos que excepcionam a ocorrência do fato gerador, ou seja, trata-se de uma não incidência constitucional de tributo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Pode-se afirmar, portanto, que quando a própria Constituição delimita a competência do ente federativo, impedindo-o de definir determinadas situações como hipóteses de incidência de tributos, está se falando do instituto da imunidade.

A imunidade algumas vezes é confundida com o instituto da isenção que, por sua vez, trata-se da dispensa LEGAL, do pagamento do tributo. Verifica-se, portanto, que enquanto a imunidade é uma dispensa prevista na Constituição Federal, a isenção pode ser concedida por meio de lei de competência do ente político instituidor do tributo.

A imunidade tributária pode ser classificada de diversas formas, quais sejam: quanto ao parâmetro para concessão – que podem ser subjetivas, objetivas e mistas; quanto à origem – ontológicas e políticas; quanto ao alcance – gerais e específicas; quanto à forma – explícitas e implícitas; e quanto à necessidade regulamentação – incondicionadas e condicionadas.

Antes de adentrar especificamente na imunidade cultural, cumpre tecer breves explanações acerca dessa classificação.

A imunidade subjetiva leva em consideração as pessoas beneficiadas, enquanto a imunidade objetiva leva dispõe que o bem que é imune. Por sua vez, a imunidade mista leva em consideração as duas coisas ao mesmo tempo. Como exemplo de imunidade subjetiva, destaca-se a prevista na alínea "a", inciso VI, do art. 150, da CF/88, no que tange o patrimônio, renda ou serviços dos entes públicos. Nota-se aqui que a pessoa que está sendo tributada que será relevante para a incidência ou não do tributo, no caso, são os entes públicos. Já a imunidade objetiva se observa na norma que trata sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, que será visto com mais detalhe adiante. Por fim, a imunidade mista se encontra presente ao tratar do ITR, cuja imunidade prevista no art. 153, §4º, II, da CF/88, leva em consideração os dois aspectos.

A imunidade ontológica diz respeito ao seu caráter fundamental, cuja a existência não traz maiores controvérsias e se justifica no princípio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

isonomia, a exemplo da imunidade tributária recíproca, que visa assegurar o pacto federativo. A política trata de uma opção do legislador, que escolheu imunizar certas situações por conta de política tributária, visando outros interesses.

A de alcance geral, como o próprio nome alude, estabelece vedação a todos os entes tributantes, ao passo que a específica restringe a apenas um tributo de competência de uma dada pessoa jurídica.

As imunidades consideradas explícitas são aquelas expressas no texto constitucional, enquanto as implícitas seriam extraídas de princípios constitucionais, e não da norma escrita.

Por fim, existem as imunidades incondicionadas, que não necessitam de nenhuma regulamentação para que possam produzir efeitos, e as condicionadas, que ao contrário, carecem de regulamentação, ou sejam, precisam preencher certos requisitos para que possam gozar do benefício da imunidade.

Após análise perfunctória, portanto, de como podem ser classificadas as imunidades tributárias, o tópico a seguir abordará especificamente sobre a imunidade cultural e o seu enquadramento dentro da classificação acima explicada.

2.1 A Imunidade Tributária Cultural.

A imunidade concedida aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão surgiu com o escopo de acabar com a censura indireta que estes sofriam quando o conteúdo apresentado era contrário às ideias do governo, posto que nesses casos era demasiadamente onerado o imposto cobrado. Esta situação perdurou durante a ditadura conhecida como o Estado Novo, no governo de Getúlio Vargas, vindo a ser conferida a imunidade tributária ao papel, somente com a Constituição Federal de 1946.

Desse modo, pode-se concluir o porquê desta imunidade ser chamada de cultural, visto que foi criada com o intuito de garantir a liberdade de expressão, bem como divulgar a cultura e o ensino.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

Conforme visto linhas acima, as imunidades tributárias podem ser classificadas em imunidades subjetivas ou objetivas, no que tange ao parâmetro para concessão. A primeira leva em consideração as pessoas que serão beneficiadas pela imunidade; a segunda, por sua vez, o objeto, recai sobre bens, não sobre pessoas.

Pode-se concluir, portanto, que a imunidade tributária conferida na alínea "d", inciso VI, do art. 150 da CF/88, traz uma espécie de imunidade puramente objetiva, pois recai sobre "livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão".

É importante frisar que não importa o conteúdo veiculado, a CF/88 não fez restrição alguma no sentido de só conferir imunidade aos livros, jornais e periódicos que tivessem apenas um conteúdo educativo ou cultural. Logo, é vedado ao legislador infraconstitucional restringir algo que o constituinte não fez, tendo o Supremo Tribunal Federal já se posicionado neste sentido, tendo como o exemplo clássico, o álbum de figurinhas, cuja imunidade tributária é pacífica.

Tal norma constitucional possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo, portanto, uma imunidade tributária incondicionada, de modo que não necessita de regulamentação nenhuma para que produza todos os seus efeitos de direito.

É uma imunidade de alcance geral, explícita e política.

A sua classificação quanto política será de suma importância para o entendimento deste trabalho, pois é muito relevante que se entenda que a imunidade conferida no art. 150, inciso VI, alínea "d", da CF/88 foi uma opção do legislador constitucional, e vem sendo expandida cada vez mais pela doutrina e jurisprudência a fim de englobar situações semelhantes e não previstas pelo constituinte à época da elaboração da norma, ante a ausência dos avanços tecnológicos no âmbito da leitura.

Logo, a imunidade atribuída aos livros, jornais, periódicos e do papel destinado à sua impressão não existe por decorrência lógica, e sim por uma questão de política tributária, e preservação de valores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

constitucionais como a difusão da cultura, do ensino e da liberdade de expressão. E por se tratar, portanto, de uma escolha legislativa, que será esmiuçada a seguir a abordagem relativa à incidência desta imunidade aos livros eletrônicos, também conhecidos como *e-books*.

3. A Imunidade dos livros eletrônicos.

A questão sobre a incidência ou não da imunidade tributária cultural aos livros eletrônicos sempre foi muito controvertida. O tema, inclusive, ganhou contornos mais elucidativos com o julgado proferido pelo STF em março deste ano (2017), que mudou diametralmente a maneira como vinha sendo tratado os livros eletrônicos no âmbito da jurisprudência.

Até então, esse tipo de livro era tratado como software, levando aos tribunais a entenderam por um certo tempo pela não incidência da imunidade cultural, posto se tratar de uma mercadoria destinada à produção e comercialização. Veja-se como explicitou em decisão monocrática o Ministro Eros Grau à época:

> Decisão: Interpuseram recursos extraordinários o Município de São Paulo e a Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão do tribunal a quo, que em sede de embargos infringentes entendeu ser o pleito contido na inicial procedente – declaração de inexistência de relação jurídica entre os recorrentes que os autorizam a exigir ICMS e/ou ISS sobre a veiculação de informações na forma de CD-ROM – modificando o entendimento adotado em segunda instância, para declarar que na hipótese não há de se falar em nenhum dos supracitados impostos, mas em produto favorecido pela imunidade tributária prevista no art. 150, VI, letra ´d´, da CB/88. (Despacho publicado no DJU II de 28.01.2005, p. 18/19).
>
> 2. Trata o recurso interposto pela Municipalidade de São Paulo de requerer seja afastada a imunidade concedida – porque específica para livros, periódicos, jornal ou de papel destinado a sua impressão – para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

fins de fazer incidir sobre o serviço o ISS, na forma do inciso III do art. 156 da CB/88.

3. Requer, a Fazenda do Estado de São Paulo, por via extraordinária, com fundamento na alínea ´a´ do inciso III do art. 102 da CB/88, seja assegurada a supremacia do art. 150, inciso VI, ´d´, da CB/88, para que a comercialização do produto CD-ROM seja onerada com o ICMS.

4. A respeito do tema, é de se verificar o julgamento do RE 176626, do qual foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 11/12/1998, ementado nos seguintes termos:

EMENTA: I.(...). II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria. Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário. III. Programa de computador (software): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de ´licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador´ matéria exclusiva da lide, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado ´software de prateleira´ (off the shelf) – os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

> mercadorias postas em comércio. (STF, RE 285.870-6/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 03.12.2004, DJ 03.02.2005)

Contudo, atualmente, é imperiosa a necessidade de os tribunais pátrios, assim como o mundo jurídico como um todo, acompanhar a evolução da tecnologia e reconhecer a propagação cada vez mais dos livros eletrônicos, que já é uma realidade consagrada. Ao deixar de conceder a referida imunidade aos *e-books*, é ignorar todo o sentido desta, cujo objetivo primordial é a difusão do conhecimento, da cultura e da liberdade expressão, direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna brasileira.

Nesse sentido, no julgamento do RE 330817, o STF decidiu que a imunidade tributária constante do art. 150, VI, "d", da CF/88, aplica-se ao livro eletrônico (*e-book*), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli, faz uma explanação sobre o significado do papel, a fim de chegar à conclusão se este seria um elemento acidental ou essencial do livro. Entende-se como acidental o elemento cuja sua inexistência não retira a substancialidade do objeto, enquanto essencial o torna imprescindível para sua existência. Assevera o Ilmo. Ministro:

> "A propósito, os estudiosos do assunto mostram que os livros já foram feitos dos mais variados materiais: entrecasca de árvores; folha de palmeira; bambu reunido com fios de seda; a própria seda; placas de argila; placas de madeira e marfim; tijolos de barro; papiro; pergaminho (proveniente da pele de carneiro). Vai nesse sentido a acepção de número 7 do citado Houaiss: "7. conjunto de lâminas de qualquer material, em formato de folha, ger. unidas umas às outras como as folhas de um livro". Assim, a variedade de tipos de suporte (tangível ou intangível) que um livro pode ter aponta para a direção de que ele só pode ser considerado como elemento acidental no conceito de livro. Se isso não fosse o bastante, registre-se que não é necessário o livro ter o formato de códice para ser considerado como tal. A Biblioteca de Alexandria, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> exemplo, era formada por cerca de quinhentos mil rolos de papiro armazenados em nichos. Na antiguidade, a Ilíada, de Homero, era composta por 24 rolos de papiro, formando 24 livros; "apenas muito tempo depois, esses livros foram reunidos em um, sendo reinterpretados como 'capítulos' individuais" (FISCHER, Steven Roger. História da Leitura. São Paulo: UNESP, 2006, p. 44 e 54)."

Partindo da ideia, então, de que o livro pode ser composto por qualquer ferramenta, não necessariamente o papel, o Ministro Dias Toffoli adentrou na discussão dos livros eletrônicos, cujo suporte ao qual é veiculado é o menos importante no quesito imunidade tributária.

Logo, não importa se o conhecimento está sendo propagado através de um papel, de uma mídia ou de um áudio. A norma tributária imunizante existe para facilitar a difusão da cultura, seja ela de que forma for, e não pode se tornar obsoleta mediante o avanço das tecnologias disponíveis.

O direito deve acompanhar o progresso e a ele se adaptar, novas situações vão surgir sempre, e o mundo jurídico não pode ficar alheio a elas, e foi nesse sentido que o Ministro Dias Toffoli continuou o seu voto:

> "Vide que os fundamentos racionais que levaram à edição do art. 150, VI, d, da CF/88 continuam a existir mesmo quando se levam em consideração os livros eletrônicos (e-book), inequívocas manifestações do avanço tecnológico que a cultura escrita tem experimentado. Consoante a interpretação evolutiva da norma, conclui-se que eles estão inseridos no âmbito dessa imunidade tributária. Segundo Fischer, o "e-book está apenas dando os primeiros passos e ainda é cedo para saber qual será seu formato definitivo. O modo pelo qual a humanidade lerá no futuro por certo será bastante diferente do que conhecemos hoje" (ibidem, p. 295). Assim, a interpretação das imunidades tributárias deve se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imunizantes por mero lapso temporal, além de se propiciar a constante atualização do alcance dos seus preceitos."

Diante das explanações feitas linhas acima, depreende-se que o cerne da questão se trata mais da função social que os livros exercem, independente do suporte ao qual são produzidos. A controvérsia em torno dos livros eletrônicos não mais existe, reconhecendo o STF que estes também são dotados da imunidade tributária conferida aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Assim, ao analisar o assunto, percebe-se que o importante não é saber tão somente se a imunidade cultural abarca ou não os livros eletrônicos numa visão puramente econômica, e sim nos valores que a Constituição Federal quis preservar, nas garantias estabelecidas por ela.

4. Conclusões

A CF/88 traz na alínea "d", inciso VI, do art. 150 a imunidade tributária, conhecida como imunidade cultural, a qual veda a cobrança de impostos sobre os livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

O objetivo dessa norma imunizante é facilitar a propagação da cultura, do ensino, bem como da liberdade de expressão, que fora outrora tolhida em virtude do regime ditatorial instalado durante o Estado Novo, entre os anos de 1937 e 1945.

Partindo dessa premissa, chegou-se no STF a discussão acerca da possibilidade de ser atribuída a referida imunidade tributária também aos livros eletrônicos, tendo o Supremo reconhecido a repercussão geral do tema.

Tal entendimento trouxe uma reviravolta no mundo jurídico em torno desse assunto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Isto porque, a recente decisão do STF, proferida em março de 2017, foi no sentido diametralmente oposto ao que se vinha decidindo nos tribunais pátrios, cuja decisão mais emblemática teve como relator o Ministro Eros Grau, que atribuiu aos livros eletrônicos a mesma natureza dos softwares, ou seja, mera mercadorias destinadas à comercialização e que por isso deveriam ser tributados.

No entanto, em voto coerente e vanguardista, o Ministro Dias Toffoli fixou a tese de que a imunidade tributária mencionada na alínea "d", inciso VI, do art. 150, da CF/88, se aplica sim aos livros eletrônicos, concluindo que o papel é apenas um dentre outros instrumentos existentes de difusão do conhecimento. A *ratio essendi*da norma é a proteção da cultura, do saber, da liberdade de expressão, e não o papel.

Desse modo, a forma como esses valores serão veiculados é irrelevante. Os livros eletrônicos surgiram através de um avanço da tecnologia, que é uma constante no progresso do mundo todo, não podendo ser ignorada. A realidade aponta cada vez mais para os usos dos *e-books* em detrimentos dos livros impressos, e é dever do direito acompanhar essas mudanças.

Diante do exposto, percebe-se que o mundo jurídico está se abrindo para os avanços tecnológicos, e em posição de vanguarda, vem atribuindo o devido valor às suas normas, extraindo delas a sua essência a fim de acompanhar a evolução da sociedade.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. Lei nº 5.172 (1966). **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 330.817**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível

em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE330817.pdf

Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 285.870**. Relator: Min. Eros Grau. 3 fev. 2005. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+285870%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cqxx85kAcesso em: 19 jul. 2017.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário/Ricardo Alexandre – 11. Ed. rev. atual. E ampl – Salvador – Ed. JusPodivm, 2017.

NOVAIS, Rafael. Coleção Descomplicando – Direito Tributário – 2. Ed. rev. atual. E ampl – Recife-PE – Ed. Armador, 2016.

NOTAS:

[1] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

§ 1º A vedação do inciso III, *b,* não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, *c,* não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

§ 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

§ 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590532

O PROFESSOR DO CURSO DE DIREITO: SUA PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU E OS SEUS REFLEXOS NO ENSINO JURÍDICO

ELIZANGELA SANTOS DE ALMEIDA: Advogada. Mestra em Educação pela Universidade de Uberaba - Uniube.

I - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estudar a formação didático-pedagógica e humanística dos professores dos cursos de direito. O trabalho será focado em saber se a tão propalada "crise no ensino jurídico" não seria resultado das deficiências na formação didático-pedagógica e humanística dos professores dos cursos de direito, afinal, caso os cursos de pós-graduação *stricto sensu* formem mal os professores, o ensino jurídico possivelmente será afetado por essa circunstância.

Corriqueiramente, tornou-se lugar comum afirmar que os cursos de direito no Brasil passam por uma crise, isso em razão dos altos índices de reprovação em concursos na área jurídica, especialmente no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, que é o exame que avalia se os egressos dos cursos jurídicos possuem o mínimo de conhecimento jurídico necessário para ingressarem no mercado de trabalho.

Discute-se, então, qual a razão para o fato de não estarem sendo transmitidos aos estudantes de direito o mínimo de conhecimento jurídico suficiente para serem reconhecidos como profissionais capacitados para a interpretação e aplicação do direito. O Brasil experimentou nas últimas duas décadas uma proliferação dos cursos de direito, porém, esse crescimento não foi acompanhado da evolução das práticas de ensino, muito menos da qualificação dos professores.

O direito, por ser uma ciência eminentemente social, passa por evolução tal qual a sociedade a que ele se dirige. A forma de interpretar e aplicar o direito nos dias atuais é bem diferente da forma como se concebia o direito nos séculos passados. Fruto da filosofia de que o direito devia ser uma ciência pura, as normas jurídicas eram estudadas de forma isolada dos demais ramos da ciência; aspectos sociológicos, axiológicos, políticos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

filosóficos eram desprezados tanto no nascedouro quanto na aplicação das normas jurídicas. Evidentemente, assim também era pautado o ensino jurídico e as técnicas didáticas. A metodologia do ensino jurídico resumia-se ao dogmatismo, à memorização de leis e a regras jurídicas.

Ocorre que a partir da segunda metade do séc. XX o direito passou por transformações desde a forma de conceber, pensar, aplicar o direito; este saiu do seu isolamento e passou a dialogar com as outras áreas das ciências humanas. Aspectos sociológicos, filosóficos, políticos e morais passaram a ser determinantes para a definição das regras jurídicas.

No entanto, deparamo-nos com uma dificuldade histórica. O ensino jurídico, desde as primeiras escolas de direito surgidas no Brasil pautou-se em premissas dogmáticas e na aprendizagem e conhecimento do direito posto, baseado, invariavelmente, na filosofia positivista. Essa forma de ensinar refletia a preocupação da época em fazer dos estudantes de direito pessoas capazes de transitar com desenvoltura perante a aristocracia dominante, especialmente, entre os dirigentes estatais.

O universo jurídico, na visão do Estado liberal, com influências irradiadas a partir da revolução francesa, resumia-se ao estudo das leis. Essa premissa tinha como um dos seus pilares os ensinamentos de um dos maiores filósofos positivistas do direito, Hans Kelsen, percursor da Teoria Pura do Direito, assim intitulada, porque "se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico." (JR. J Cretella. CRETELLA. Agnes. 2006, p. 52).

E é nesse ambiente que floresce e se desenvolve o estudo do direito no Brasil. Por muito tempo, o ensino jurídico foi balizado pela diferenciação entre direito e moral, direito e justiça, direito e ética, dentre outras diferenciações que só se justificavam pela filosofia positivista que dominava não só a produção do direito formal, mas também a pedagogia do ensino jurídico.

Segundo Reale (2007, p.6), não basta, porém, ter uma visão unitária do Direito. É necessário, também, possuir o sentido da complementaridade inerente a essa união. As diferentes partes do Direito não se situam uma ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação que dia a dia se renova.

O dinamismo e a evolução teórica típica de uma ciência de comportamentos humanos é também inata ao direito. Assim, na segunda metade do século XX, notadamente após a segunda guerra mundial, a maneira de pensar e produzir o direito, aos poucos começa abandonar a filosofia positivista até então predominante. O direito não mais é visto como uma ciência isolada e pura, de conceitos únicos. Não é mais possível dissociar o direito da justiça, da moral ou da ética.

O imoral e o injusto não deve mais ser acobertado pelo direito, que passa a ser visto não mais como fruto de uma produção formal pelo Estado (as leis editadas pelo poder legislativo, como o era na época do positivismo), mas sim com o conjunto dessas leis associadas aos princípios pilares do convívio social e da própria existência humana. Justiça, moral, ética, solidariedade, proporcionalidade, dentre outros valores e princípios trazidos da filosofia e da sociologia passam a integrar o conceito de direito. A lei injusta, imoral, desproporcional deve ser extirpada do ordenamento.

Nesse contexto, denominado pelos adeptos dessa nova maneira de pensar e produzir o direito como "filosofia pós-positivista" é necessário que o profissional do direito busque uma sólida formação humanística a fim de poder compreender e ensinar o direito a partir de uma postura reflexiva, dinâmica e interdisciplinar, haja vista que o diálogo entre direito, filosofia e sociologia se faz cada vez mais presente.

Por essas e outras tantas razões é que analisar, pensar e refletir sobre as mudanças no ensino jurídico requer, antes, que se reflita a respeito da Ciência do Direito e da sua mutação paradigmática. E isso demanda uma volta ao passado, compreender como a Ciência do Direito chegou à "teoria pura" e porque marcha a passos firmes para o "pós-positivismo". Paralelamente, é imperiosa a análise das transformações sociais ocorridas especialmente no século XX, tais como: a urbanização da sociedade, as transformações ocorridas na produção, nas relações sociais, na reconstrução de objetivos, valores e conceitos, tendo em vista que tais transformações compõem o "caldo de cultura" [para utilizar uma expressão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

das ciências biológicas] que faz emergir essa nova concepção sobre "o que é o Direito" (BRAATZ, 2008, p.22). O direito passou a resgatar uma série de princípios e valores, até então esquecidos pelo positivismo jurídico. A formação do jurista tradicional não se enquadra nas novas exigências do universo jurídico. Como bem observa Lewis (2014, p. 1),

> Hoje, com o Pós-positivismo, é conferida intensa valorização aos princípios jurídicos. Não servem mais apenas para complementar lacunas na lei ou para direcionar a produção legislativa, mas como autênticas regras de aplicação imediata à sociedade, devendo ser observadas pelos juízes quando dos julgamentos. Mais do que nunca, a constituição assume o topo da pirâmide de referência normativa. Os valores nela consagrados servem de direcionamento para a aplicação de todo o ordenamento jurídico. A atividade judiciária eleva seu grau de eficácia social, enquanto a atividade legislativa tem reduzido seu grau de interferência direta na sociedade.

Portanto, partindo-se da premissa que o direito mudou, também, a formação dos professores deve se pautar nessas mudanças. Somente possuiremos escolas jurídicas capacitadas para formar juristas alinhados à nova filosofia do direito, casos os professores também sejam formados com uma base pedagógica renovada e dotada de forte influência humanística.

No entanto, a Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, não regulamentou a formação de docentes para o ensino superior, tão somente estabeleceu que o exercício do magistério fosse executado por docentes pós-graduados em cursos stricto sensu ou lato sensu, relegando à autonomia das universidades estabelecerem o perfil do mestrado ou do doutorado destinado à formação docente, que por sua vez estabeleceram foco na competência técnica e na pesquisa. Desta forma, a docência na graduação continua a ser constituída por "docentes titulados, porém, sem a menor competência pedagógica" (VASCONCELOS, 1998, p. 86).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Observa-se que a maioria os cursos de mestrado e doutorado em direito no Brasil, ocupam-se muito mais com a formação de pesquisadores do que com o preparo dos seus discentes para o ensino jurídico. Esse quadro tem levado as universidades a privilegiarem os técnicos nas salas de aula. O bom pesquisador do direito, o excelente juiz ou o destacado promotor de justiça são vistos como professores preferidos e exemplos a serem seguidos pelos alunos. Evidentemente, esse tipo de profissional, quando adentra em seara desconhecida para eles, como é o magistério, privilegiam o estudo isolado da lei; técnicas didáticas e metodológicas capazes de priorizar a formação geral do aluno são esquecidas. Assim, as universidades tendem a formar profissionais dissociados da realidade social e o conhecimento por eles absorvido torna-se algo estranho e insuficiente frente às novas e complexas relações sociais da atualidade.

II - A FORMAÇÃO DE PROFESSORES DOS CURSOS SUPERIORES

Quanto ao ensino superior, não houve a preocupação da legislação com a formação didático-pedagógica do professor desse nível de ensino; basta que o professor possua conhecimentos sólidos acerca da matéria a ser lecionada e que seja um bom comunicador. Nesse aspecto, normalmente, nos cursos de direito, os profissionais que mais se sobressaem no exercício da profissão são os convidados a lecionar. Dessa forma, segundo entendem as faculdades, além de ter em seus quadros professores que, realmente, entendem do assunto a ser tratado por eles, ainda ganharia credibilidade, posto que os alunos estariam aprendendo com quem saberia o caminho das pedras, ou seja, alguém que se deu bem na profissão e que, por isso, poderia levar seus pupilos a trilhar o mesmo rumo, o mesmo horizonte.

Por isso, não raro, as faculdades de direito andam infestadas de advogados de renome, juízes, promotores de justiça, desembargadores e delegados de polícia. O próprio perfil do aluno do curso superior permite que professores com esse perfil possam adentrar na sala de aula e comportar-se como ser fossem professores natos. O conhecimento e a prática didático-pedagógica não seriam necessários, pois em se tratando de alunos adultos, já com personalidade formada, a didática, sem nenhum prejuízo, poderia ficar relegada a segundo plano; da mesma forma, os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

conhecimentos pedagógicos, que, em princípios seriam direcionados apenas à formação nos níveis iniciais de ensino. Essa situação é bem retratada no trecho do livro Didática do Ensino Superior, do professor Antônio Carlos Gil

> Durante muito tempo prevaleceu no âmbito do Ensino Superior a crença de que, para se tornar um bom professor neste nível, bastaria dispor de comunicação fluente e sólidos conhecimentos relacionados à disciplina que pretendesse lecionar. A justificativa dessa afirmação fundamentava-se no fato de o corpo discente do ensino básico, constituído por crianças e adolescentes. Assim, esses alunos não necessitariam do auxilio de pedagogos. Aliás, o próprio termo pedagogia tem sua origem relacionada à palavra criança (grego: paidos = criança; gogein = conduzir). Os estudantes universitários, por já possuírem uma "personalidade formada" e por saberem o que pretendem não exigiriam de seus professores mais do que competência para transmitir os conhecimentos e para sanar suas dúvidas. Por essa razão é que até recentemente ao se verificar a preocupação explicita das autoridades educacionais com a preparação de professores para o Ensino Superior. Ou melhor, preocupação existia, mas com a preparação de pesquisadores, ficando subentendido que quanto melhor pesquisador fosse mais competente professor seria. (GIL, 2006, p. 16)

As universidades cometem grande equívoco ao formar o seu corpo docente apenas com profissionais graduados tecnicamente e sem nenhum conhecimento didático, afinal, "o professor universitário, como o de outro nível necessita, não apenas de sólidos conhecimentos na área em que pretende lecionar, mas também de habilidades pedagógicas suficientes para tornar o aprendizado mais eficaz." (FORNARI, 2007. p. 131)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tradicionalmente, as deficiências apontadas em relação aos professores dos cursos superiores, notadamente, os cursos de direito, referem-se à falta de didática dos professores. Apenas o exemplo de uma carreira bem sucedida não é suficiente para cumprir com a finalidade do ensino. O que diferencia o educador do mero transmissor de conhecimentos é, justamente, o domínio da didática. Não é possível falar numa sólida formação docente sem passar por uma longa e eficiente formação didática. Assim, é preciso que os cursos de mestrado e doutorado incluam em seus currículos o estudo do processo ensino-aprendizagem, pois em que pesem muitos desses cursos elegerem como um dos seus objetivos a formação de professores, como será visto adiante, sequer fazem qualquer referência à didática, ou possuem qualquer disciplina voltada para formação didático-pedagógica e humanística dos profissionais. Como exaustivamente dito, é impossível a formação completa dos professores sem o estudo da didática, afinal, não se pode esquecer que a didática é o estudo do processo ensino-aprendizagem em sala de aula e de seus resultados, e surgem, quando os adultos começam a intervir na atividade de aprendizagem das crianças e jovens através da direção deliberada e planejada do ensino, ao contrário das formas de intervenção mais ou menos espontâneas de antes (GIL, 2006, p. 2).

Sem o conhecimento da didática o professor se insere no processo sem a preparação adequada fazendo com que o processo de comunicação não se complete. As práticas didáticas são desconhecidas e o professor vale-se apenas dos seus conhecimentos anteriores obtidos no exercício profissional. Aliás, é talvez exatamente pelo fato que exercem outras profissões, tidas por principais, que os professores dos cursos de direito, não raramente, levam a profissão do magistério como algo apenas para complementar a renda, dedicam ao ensino, à preparação das aulas, ao estudo do projeto pedagógico, dos planos de aula, apenas o tempo que eventualmente possam dispor. Professores com dedicação integral são raros nos cursos de direito. Normalmente, juízes, promotores e advogados públicos, que são os profissionais mais presentes nos cursos de direito, têm a carga horária máxima limitada, em regra, apenas a vinte horas-aula semanais e desde que não prejudique a sua profissão principal. Não é raro o fato de juízes, promotores e advogados públicos faltarem às aulas em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

virtude de audiências judiciais a que não podem estar ausentes e que não podem ser remarcadas.

Portanto, os profissionais que mais despontam como professores nos cursos de direito, os juízes, promotores e procuradores de justiça, os advogados públicos e os defensores públicos tem a atividade docente limitada pelos órgãos fiscalizadores de seus cargos públicos, fato que, inevitavelmente, faz com que o magistério seja encarado como uma segunda atividade, de menor importância. Nesse quadro, evidentemente, esses profissionais não se importam em investir em formação didática, até porque a formação na área educacional pouco ou quase nenhuma importância tem para a sua função "principal".

Evidentemente, não devia ser assim, a importância da didática para a formação daquele que pretende ser um profissional do ensino é discutida desde há muito tempo. Comênius, já no séc. XVII pregava a importância de se discutir a relação entre ensinar e aprender. Gasparin (1994, p. 70-72) explica que

> Comênio vai do ensino à aprendizagem, da ação do professor à ação do aluno, ou seja, da docência à discência (...). As palavras docente e discente, que encerram o sentido de que alguém está fazendo alguma coisa, referem-se à ação do professor e do aluno, pois a origem delas atesta que *decere*significa ensinar, fazer aprender, enquanto *discere* traduz os sentidos de aprender. Seriam, pois duas ações distintas, mas complementares, interligadas e inseparáveis (...). A aquisição de conhecimentos não pode se dar unicamente por uma das partes, isto é, ou só pelo ensino ou só pela aprendizagem. Uma e outra constituem duas faces intercambiáveis e inseparáveis do mesmo todo. (GASPARIN, 1994. p. 70-72)

De fato, a grande dificuldade que se impõe em relação aos professores com pouca ou nenhuma formação didática refere-se à relação entre o ensinar e o aprender. Articular essas duas ações é tão importante quanto o preparo acerca do conhecimento técnico a ser transmitido aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

alunos. A transposição didática, entendida como a relação entre a reconstrução de um conhecimento no processo de ensino, isto é, a mediação para tornar um conhecimento ensinável, (PERRENOUD, 1993, p.25) é tão importante quanto aquilo que se ensina. Nesse caso, referindo-se à articulação entre o ensino e a aprendizagem Masetto (2003, p. 82-83) propõe uma mudança de paradigmas concentrando-se o foco na aprendizagem e não no ensino. Segundo propõe o autor

> Nas ações desenvolvidas na prática pedagógica universitária é preciso transitar: a) da centralização do professor para o aluno, cabendo a este o papel central de sujeito que exerce as ações necessárias para que ocorra sua aprendizagem, adquirindo habilidades, enfim, produzindo o conhecimento; b) do papel do professor enquanto agente de transmissão de informações para a função de mediador pedagógico, ou mesmo de orientador do processo de aprendizagem do aluno.

Essa articulação entre o ensino e a aprendizagem é que vai fazer com que o conteúdo ensinado, de fato, seja acessível ao aluno. A falta de formação didática do professor inevitavelmente acaba por transformar o aluno em mero receptor daquilo que Paulo Freire chamou de educação bancária. O professor posta-se na condição daquele que tudo sabe, cabendo aos alunos, meros ouvintes receber as informações transmitidas, assimilá-las e reproduzi-las nas provas que serão aplicadas em seguida. Nesse contexto

> Menos se verifica diversidade em relação às práticas didáticas. As aulas expositivas são as mais frequentes (...). O professor constitui a principal fonte sistemática de informação, e uma das habilidades que mais incentivam nos alunos é a da memorização. A prática mais constante de avaliação da aprendizagem consiste em aplicar provas e dar notas, que com frequência, também, é usada como meio de estabelecer autoridade em relação ao aluno. Aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> alunos, por sua vez, cabe colocarem-se na condição de ouvintes e esperar que os professores dêem aulas. (GIL, 2006, p. 5)

Assim, a construção da autonomia do estudante universitário, de fundamental importância, notadamente, nos cursos de direito, pede espaço e relega o aluno a um personagem de menos importância na construção do processo ensino-aprendizagem. Para Teixeira (2002, p. 161) "o papel do aluno, aprendente, o sujeito construtor do conhecimento, é de importância relevante na construção de sua autonomia, pois deve mostrar-se co-responsável pela construção de resultados em todos os momentos de seu percurso acadêmico". De fato, a mudança de paradigma pregada por Masetto deve pautar a conduta dos professores, afinal, focar a aprendizagem é tornar o aluno o centro do processo. Sem essa visão fica difícil a transmissão do conhecimento, a universidade será um ambiente estranho no qual o aluno sentir-se-á um componente deslocado que não consegue entrar em sintonia com as atividades propostas e tornar-se protagonista do projeto de ensino. "É nesse contexto de relações entre a construção da autonomia na aprendizagem universitária que a didática, campo do conhecimento vinculado à pedagogia, ganha força para dimensionar o ensino, isto é, a docência no ensino superior." (ALTHAUS, 2004, p. 102).

É importante fazer despertar no aluno a busca pelo conhecimento, a capacidade de reflexão. A filosofia atual de produção, compreensão e aplicação do direito, denominada de pós-positivista, parte exatamente do princípio de que o direito não pode se afastar da realidade e da dinâmica social. O direito sofre influência de todos os ramos do conhecimento, não é mais uma ciência isolada, esse fato exige do profissional uma visão multidisciplinar e capacidade de compreensão de fatos e fenômenos sociais relevantes. Aprender a pensar e construir o conhecimento são habilidades indispensáveis no estudante de direito. Visto desse ângulo, a universidade deve ser um espaço amplo de reflexões e discussões.

> A aula é parte do todo, está inserida na universidade, que por sua vez, está filiada a um sistema educacional que também é parte de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> sistema socioeconômico, político e cultural mais amplo (...) a aula universitária é a concretude do trabalho docente propriamente dito, que ocorre com a relação pedagógica entre professor e aluno. Ela é o locus produtivo da aprendizagem, que é, também, produção por excelência. O resultado do ensino é a construção do novo e a criação de uma atitude questionadora, de busca e inquietação, sendo local de construção e socialização de conhecimento e cultura. (VEIGA, 2000, p. 175)

O *novo* pregado por Veiga depende de avanços em relação à produção do conhecimento, avanços esses que devem ser viabilizados, além da pesquisa, pelo ensino e pela extensão.

> Quando nos referimos à inovação, fazemo-lo em associação a práticas de ensino que alterem, de algum modo, o sistema unidirecional de relações que concretiza o ensino tradicional. Em outras palavras, o sistema de relações centrado apenas na transmissão da informação – emitida pelo docente, presente em um impresso ou veiculada por qualquer meio tecnológico mais sofisticado, como o que se produz pela comunicação virtual. Uma inovação na aula supõe sempre uma ruptura com o estilo didático imposto pela epistemologia positivista, o qual comunica um conhecimento fechado, acabado, conducente a uma didática da transmissão que, regida pela racionalidade técnica, reduz o estudante a um sujeito destinado a receber passivamente esse conhecimento (LUCARELLI, 2000, p. 63)

Além dos mais, deve-se considerar que, por tudo que se disse até agora, a função do professor vem mudando com o tempo. As novas exigências, representadas por essa necessária mudança de paradigma, faz com que os professores, principalmente aqueles ligados à docência universitária, busquem, com urgência a profissionalização da profissão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Somente após encarar a docência como profissão e não como "bico" é que o investimento na carreira será significativo. A malfadada improvisação docente fica afastada quando o professor investe em sua formação. Conforme anotam Marques e Fávero (2012, p. 2)

> As funções formativas convencionais de um docente, tais como: ter um bom conhecimento sobre o conteúdo, saber explicá-lo, seu relacionamento com os acadêmicos, sua reflexão sobre sua prática, entre outros, foram tornando-se mais complexa com o tempo, principalmente com o surgimento de novas condições de trabalho. O atual contexto da educação superior exige do docente novas atribuições para dar conta de seu trabalho. Com isso percebe-se que estamos diante de um processo de ampliação das atribuições referente ao docente universitário. Neste sentido, ao considerar a docência como uma atividade especializada, ressaltamos sua importância no bojo da visão profissional. Assim, uma das características fundamentais gira em torno da docência como profissão e isto se opõe à visão não profissional, caracterizada pela "improvisação". A profissão é uma palavra de, construção social, uma realidade dinâmica e contingente, calcada em ações coletivas, produzida pelas ações dos atores sociais, no caso, os professores universitários.

Compreender, portanto, o papel da docência é de suma importância para a profissionalização dos professores universitários. É necessário que o professor se veja apenas como condutor do processo ensino-aprendizagem e não o centro do conhecimento dentro da sala de aula. Esse, aliás, como já referido algumas vezes nesse trabalho, é a principal deficiência dos professores dos cursos de direito. Às vezes levados pelo ego, pela prepotência ou mesmo pela admiração excessiva dos alunos, famoso advogado, promotor ou juiz presente na sala de aula continua ali como se estivesse no atendimento a um cliente em seu escritório ou numa sessão de julgamento. Os alunos, como meros ouvintes admirados se põem na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

condição de receptores passivos da retórica desenvolvida pelo mestre. Não há a construção do conhecimento, mas tão somente a transmissão de informações que, mais tarde, serão cobradas nas provas.

A sala de aula, ao invés de se tornar um ambiente democrático, de troca de ideias, discussão e embates, revela-se como o palco de um monólogo. Essa aula desprovida de qualquer viés pedagógico é o exemplo mais corriqueiro da aula improvisada. A improvisação, nesse sentido, não está ligada à ação de falar algo de repente, sem pensar, de supetão, mas sim ao fato de recorrer às outras habilidades profissionais, que não aquelas próprias do professor, para se organizar e ministrar uma aula. O professor, desprovido de habilidades didático-pedagógicas, recorre à retórica refinada, própria dos profissionais do direito, argumento de autoridade e ao alto poder de persuasão para fazer com que os alunos absorvam e assimilem o conhecimento que lhes foi repassado sem questionar, discutir, discordar e construir as ideias próprias.

> A docência requer de seus professores uma formação profissional para o seu exercício, sendo essa repleta de conhecimentos, de habilidades, troca de experiência, não deixando de fora as reflexões sobre o desempenho do seu trabalho. O professor, portanto, deve ser aquele que permite a emancipação do cidadão, a fim de que não sejam pessoas condicionadas às pressões alheias (DEMO, 1996, p. 17). Quando o professor se torna docente de forma "improvisada" dificilmente consegue tornar sua prática um processo de emancipação. (MARQUES e FÁVERO. 2012, p. 2)

Porém, essa deficiência dos professores dos cursos de direito está ligada diretamente ao processo de formação desses professores. A especialização cada vez mais centrada na formação conteudista, tendo em vista que os cursos de mestrado e doutorado objetivam quase que exclusivamente a formação técnico-jurídica, como será visto adiante, formam técnicos que se aventuram nas salas de aula. Aliás, a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional parece ter preterido a formação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

didático-pedagógica dos professores dos cursos superiores, afinal, com já estudado, ela não traçou as diretrizes para a formação desses docentes, ao contrário do que ocorre nos níveis inferiores de ensino.

Assim, a mudança de paradigma pregada por Masetto (2005) deve iniciar pela reestruturação dos programas de mestrado e doutorado que se dizem "acadêmicos", ou seja, é preciso voltar suas atenções realmente, para a academia, para o ensino, para a aprendizagem. O autor é contundente em relação a essa mudança, afirmando que "ao nos preocuparmos com a melhoria da docência, não podemos nos esquecer de que por trás do modo de lecionar existe um paradigma que precisa se explicitado, analisado, discutido, a fim de que a partir dele possamos pensar em fazer alterações significativas em nossas aulas.".

Marques e Fávero (2012, p. 5), também recorrendo aos ensinamentos de Masseto, explica que nesse paradigma obsoleto, do qual os professores precisam se libertar e que liga-se intimamente à improvisação docente

> O sujeito do processo é o professor, uma vez que ele ocupa o centro das atividades e das diferentes ações: é ele quem transmite, quem comunica, quem orienta, quem instrui, quem mostra, quem dá a última palavra, quem avalia, quem dá a nota. Nesse paradigma, a preocupação maior do docente é com o que ele vai ensinar, o que precisa repassar e o que seus alunos precisam reter para se tornarem profissionais dentro de uma determinada área do conhecimento. Nesse processo, o professor é detentor absoluto do "conhecimento" que deve ser repassado para que os alunos se tornem "profissionais preparados" para o mercado de trabalho. Não querendo exagerar na descrição dessa forma de caracterizar a docência, mas grande parte dos docentes universitários faz com que em suas salas se materialize exatamente esse paradigma, sem dar chance à mudança e à inovação. Pelo fato de ser um paradigma comumente identificado nas práticas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> docentes universitárias, compreende-se as razões pelas quais muitos professores que se tornam docentes "por acaso" utilizam esse *modus operandi* como forma de realizar seu trabalho docente. A isso chamamos "improvisação docente".

Portanto, ao romper com esse paradigma ultrapassado e focar na aprendizagem, a mudança causará profundas alterações no papel dos protagonistas do processo, pois ao aluno caberá conduzir a construção do conhecimento e exercer as ações necessárias à concretização de sua aprendizagem; o professor tornar-se-á mediador pedagógico ou orientador do processo. Gil (2006, p. 8) destaca: "o principal papel do professor do ensino superior passa a ser, portanto, o de formar pessoas, prepará-las para a vida e para a cidadania e treiná-las como agentes privilegiados do progresso social." Essa posição é compartilhada, também, por Fernando Becker (2001, p. 73) para quem "a educação deve ser um processo de construção de conhecimento ao qual ocorrem, em condição de complementariedade, por um lado, os alunos e professores e, por outro, os problemas sociais atuais e o conhecimento já construído ("acervo cultural da humanidade")". Vigotsky (1998, p. 125) também explica que "o professor universitário deve ser um agente mediador deste processo, propondo desafios aos seus acadêmicos e ajudando-os a resolvê-los, ou proporcionando atividades em grupo, em que aqueles que tiverem mais adiantadospossam cooperar com os que tiverem mais dificuldades".

No entanto, conforme explica Vasconcelos (1994, p. 57) essa mudança de paradigma, necessariamente, passa pela construção docente. O mesmo autor explica que para essa construção

> são necessários, além do saber acadêmico, um conjunto de saberes pedagógicos, que normalmente não fazem parte dos processos formativos e que são muitas vezes desconhecidos ou até mesmo ignorados pelos docentes universitários. Por isso, para ser docente universitário não basta ter apenas domínio sobre o conteúdo, mas é imprescindível conhecer metodologias e que estas sejam significativas para um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> determinado grupo de alunos, propiciando melhores possibilidades de construir conhecimentos significativos.

Portanto, nessa perspectiva, é preciso reinventar o espaço e o tempo da sala de aula, requalificando-os. De um monólogo, centrado na figura do professor, a sala de aula precisa se tornar um espaço democrático, propício para a construção do conhecimento e não apenas para a absorção de informações prontas e acabadas. Freire (1996, p. 26) já pregava que o ato de ensinar "não é transferir conhecimentos, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção". Partindo desse princípio do grande pensador Paulo Freire, Marques e Fávero (2012, p. 4) simplificam

> A reinvenção da ideia de aula universitária e a reinvenção do docente universitário a partir da perspectiva do paradigma da aprendizagem implicam em uma requalificação do "espaço e tempo da sala de aula". Nesse contexto, a universidade se tornaria um espaço social que tem como função específica possibilitar ao aluno a apropriação de conhecimentos científicos, filosóficos, matemáticos dentre outros, sistematizados ao longo da história da humanidade, bem como propiciar e estimular o desenvolvimento de habilidades culturais, sociais e afetivas necessárias para uma prática profissional cidadã.

No mesmo sentido, porém, mais abrangente, explica Masetto (2005, p. 89) que a sala de aula

> é espaço e tempo durante o qual os sujeitos do processo de aprendizagem (professor e alunos) se encontram, para juntos, realizarem uma série de ações (na verdade interações), como estudar, ler, discutir e debater, ouvir o professor, consultar e trabalhar na biblioteca, redigir trabalhos, participar de conferências de especialistas, entrevistá-los, fazer perguntas, solucionar dúvidas, orientar trabalhos de investigação de pesquisa, desenvolver diferentes formas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> expressão e comunicação, realizar oficinas e trabalhos de campo.

As diversas ações e a interatividade durante as aulas é que vai propiciar a existência de um docente dotado de fluência e mobilidade de pensamento e que estimula o aluno a se inserir no processo como sujeito ativo capaz de descobrir os caminhos da aprendizagem. "Os bons professores são descritos como aqueles que estimulam a independência dos alunos; são cordiais e amistosos em classe, criam condições para uma visão crítica, da sociedade e da produção" (CASTANHO, 2011, p. 158)

O professor, então, deve possuir sensibilidade para escolher os melhores e mais adequados métodos para desenvolver suas aulas levando em conta as condições e as capacidades de aprendizagem dos alunos. O aluno deve ser estimulado a aprender a aprender, desenvolvendo assim sua própria capacidade de reflexão e construção da aprendizagem. É nesse sentido que Masetto (2005, p. 87-88) explica que

> Teoricamente, hoje há consenso de que, "aprender a aprender" é o papel mais importante de qualquer instituição educacional. O que me parece imprescindível destacar é que "aprender a aprender" é mais do que uma técnica de como se faz. É a capacidade do aprendiz de refletir sobre sua própria experiência de aprender, identificar os procedimentos necessários para aprender, suas melhores opções, suas potencialidades e suas limitações.

Não se trata, evidentemente, de um professor ausente, que delega todo o processo aos cuidados dos alunos; o que se quer é que o professor tenha consciência de que ele é o orientador do processo. O professor não pode ser o principal e único centro do processo ensino-aprendizagem. Quando Masetto fala em aprender a aprender não está se referindo ao processo de formação contínua dos professores; é muito mais amplo que isso, refere-se a toda a dinâmica da aprendizagem, principalmente em relação ao aluno. Como já referido diversas vezes, é preciso fazer o aluno pensar, tirá-lo daquela zona de conforto de meros ouvintes e captadores de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

informações que deverão, posteriormente, serem repetidas nas provas. As relações sociais, dinâmicas que são, exigem, notadamente do estudante de direito, a visão crítica, capacidade de interpretar as mais diversas situações e aplicar o direito considerando os mais diversos valores axiológicos com que devem temperar a letra fia da lei.

No entanto, a falta de preparação pedagógica do professor dos cursos superiores torna-se mais complexa na medida em que os alunos dos cursos de graduação já não são mais crianças; normalmente, ingressam nos cursos ainda quando estão saindo da fase adolescente e tornam-se adultos durante o desenrolar do curso. Essa situação peculiar faz com que o professor tenha que lidar com um sujeito já maduro, dotado de independência e repleto de experiências que, necessariamente, devem ser levadas em conta no processo ensino-aprendizagem. Evidentemente, as técnicas de ensino e todo o processo pedagógico devem ser preparados levando em conta esse aluno que, ao invés de destinatário do processo, deve ser visto como sujeito atuante e integrante do sistema. Segundo Carlos César Ribeiro dos Santos

> A presença de adultos numa sala de aula é razão suficiente para que se considere a educação não mais como uma "arte operativa" e sim uma "arte cooperativa", isto é, uma atividade de interação voluntária entre os indivíduos durante o processo de aprendizagem. Nestas circunstâncias, os participantes adotam uma atitude de colaboração tanto no planejamento como na condução do processo e o professor é utilizado como elemento facilitador, proporcionando orientação, aconselhamento para que sejam atingidas as metas desejadas pelo grupo. E, na medida em que a realidade e as necessidades se alteram, vão sendo feitas revisões ao longo do curso, sem que hajam perdas de prestígio ou de padrões de qualidade por qualquer dos parceiros do processo (SANTOS, 2010, p.3)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Conforme será demonstrado adiante nesse trabalho, os cursos de mestrado e doutorado na área de direito, pouco ou quase nada se dedicam à formação didática dos professores. Mesmo que muitos deles coloquem na apresentação dos cursos e até nos regimentos internos que dentre os seus objetivos consta a formação de professores preparados para o ensino jurídico, a verdade é que a preparação refere-se apenas à formação técnica ou conteudista. Porém, mesmo que operem a mudança desejada em seus currículos, passando a oferecer de fato, e com uma carga horária satisfatória, as disciplinas de preparação pedagógica, de nada adiantará se essas disciplinas não levarem em conta as peculiaridades dos alunos dos cursos superiores.

III - A NECESSIDADE DE FORMAÇÃO HUMANÍSTICA DOS PROFESSORES DOS CURSOS DE DIREITO

Em uma sociedade cada vez mais complexa, em que as relações entre as pessoas envolve uma variante cada vez maior de aspectos, para que o profissional do direito possa lidar com esse panorama, torna-se imprescindível uma formação ampla que envolva não somente o conhecimento da lei ou do direito, mas também uma sólida formação relativa a aspectos sociais, políticos, culturais e éticos.

Desde há muito tempo o direito tem sido produzido, pensado e aplicado considerando-se aspectos sociológicos e valorativos, especialmente porque o direito ao longo dos séculos sempre acompanhou a dinâmica da evolução das relações sociais. É preciso aliar o conhecimento técnico a um amplo conhecimento do meio social em que o sujeito está envolvido. Fala-se, assim, numa filosofia pós-positivista do direito. Assim, é evidente que o professor dos cursos de direito deve ser possuidor de ampla formação capaz de dotá-lo de habilidades suficientes para ensinar o direito de acordo com essas novas exigências. Fala-se, assim, na formação humanística do professor dos cursos de direito, que somente poderá ser alcançada com a inclusão nos currículos dos cursos de mestrado acadêmico e doutorado de disciplinas como filosofia, sociologia, economia, ética, dentre outras. Segundo ensina Cenci e Fávero

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> A formação humanística na universidade diz respeito, ainda, à inserção social do profissional. Toda profissão é uma prestação de serviço à sociedade. A formação humanística está associada à ideia de que um profissional precisa ser preparado para dar conta da função social de sua profissão. Por essa razão, é fundamental auxiliá-lo no período de sua formação para que desenvolva uma postura eticamente responsável e comprometida com sua profissão; que tenha uma compreensão crítica e aprofundada da sociedade em que vive e onde atuará profissionalmente; que saiba dimensionar as especificidades, a natureza e as finalidades do conhecimento acadêmico; que tenha um compromisso social e político com os problemas que precisam ser coletivamente enfrentados. Toda profissão, enquanto prestação de serviço específica à sociedade, precisa ter como horizonte, além da sobrevivência e realização pessoal do profissional, o bem comum. Por essa razão, possui uma função pública, não apenas privada. (CENCI e FAVERO, 2008, p.5)

Ensinar o direito, atualmente, não se resume ao ensino das leis ou à mera subsunção de fatos a essas leis. Identificar e atender às diversas demandas, tão complexas como a sociedade de onde se originam, é fundamental para o sucesso do profissional das ciências jurídicas.

Uma das ciências necessárias a essa ampla formação do professor dos cursos de direito é a filosofia. Nos cursos de pedagogia a filosofia da educação já se encontra presente como disciplina obrigatória, o que significa que já existe essa preocupação quanto aos professores dos níveis iniciais do ensino. Porém, para ao professor do curso de direito é necessário mais que isso, é preciso que haja uma consciência filosófica sólida. Evidente que não defendemos a transformação dos cursos de mestrado ou doutorado em direito em cursos de filosofia do direito, mas que se dê a necessária atenção a esse aspecto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Filosofia e educação sempre devem andar juntas, afinal educar não se resume à mera transmissão de conhecimentos, mas também à formação da consciência política e social do educando. No ensino do direito, como expresso em diversas passagens desse trabalho, por se tratar de uma ciência eminentemente social, essa necessidade de uma formação ampla se mostra presente a todo momento. A atitude ou consciência filosófica do sujeito é fundamental, pois a filosofia lhe dá a ideia de conjunto, cada aspecto estudado é relacionado com os demais do contexto social em que está inserido. De um modo geral, pode-se dizer que é o estudo da filosofia que propicia o alcance dos objetivos e finalidades sociopolíticas da educação. Aranha ensina que

> A visão da filosofia é uma visão de conjunto, ou seja, o problema tratado nunca é examinado de modo parcial, mas sempre sob a perspectiva de conjunto, relacionando cada aspecto com os demais do contexto em que está inserido. Portanto, a realidade que fora fragmentada pelo saber especializado de cada ciência particular é resgatada na sua integralidade pela filosofia, a única capaz de fazer uma reflexão crítica e global sobre o saber e a prática do homem. (ARANHA, 1989, p. 41)

O educador deve possuir, assim, formação científica, política (em sentido amplo) e filosófica. Nesse aspecto, o conhecimento filosófico e o estudo da filosofia da educação deve ser parte integrante de todo e qualquer curso de formação de professores, seja de professor dos níveis iniciais do ensino ou de cursos universitários. Severino explicando sobre a importância da filosófica da educação ressalta

> Assim, cabe à reflexão filosófica explorar o significado da condição humana no mundo. E à filosofia da educação explicitar esse significado para o educador. Vale dizer, pois, que a filosofia da educação deve colocar para o educador a questão antropológica, questão que deve equacionar adequadamente, recorrendo à filosofia social e à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> filosofia da história, e fundamentando-se numa antropologia, alicerce último de toda reflexão sobre o realizar-se do homem. Obviamente, a explicitação do significado da própria atividade filosófica é tarefa preliminar: o alcance do pensamento humano, o seu equacionamento epistemológico é questão permanente para a filosofia. (SEVERINO, 1986, p. 14)

E conclui o citado autor

> O educador não pode realizar sua tarefa e dar a sua contribuição histórica se o seu projeto de trabalho não estiver lastreado nesta visão da totalidade humana. À filosofia da educação cabe então colaborar para que esta visão seja construída durante o processo de sua formação. O desafio radical que se impõe aos educadores é de um ingente esforço para a articulação de um projeto histórico- civilizatório para a sociedade brasileira como um todo, mas isto pressupõe que se discutam, com rigor e profundidade, questões fundamentais concernentes à condição humana. (SEVERINO, 1986, p. 15)

Constata-se assim, desde logo, que na atualidade, são utilizadas práticas pedagógicas equivocadas e ultrapassadas. Professores mal formados num enfoque didático-pedagógico têm empregado uma metodologia que resulta no desenvolvimento de um discente inerte, na expectativa de receber o conhecimento pronto e acabado.

Conforme Bittar,

> O professor da área jurídica possui, em seu perfil mais genérico, uma série de deficiências com relação aos profissionais da educação de outras áreas: (1) falta de didática de ensino; (2) escasso preparo metodológico; (3) desconhecimento da legislação que rege o setor; (4) pouco compromisso educacional; (5) distante compreensão da lógica dos procedimentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> educacionais, tornando o espaço acadêmico um espaço regido pelas mesmas regras do exercício das profissões jurídicas; (6) deficiente preparo psicológico no trato com os alunos; (7) insatisfatória visão de sistema do direito, que é tratado mais no caso a caso e na dimensão dos fatos e ocorrências quotidianas; (8) indisciplina no cumprimento das regras regimentais da instituição de ensino à qual se vincula; (9) escasso compromisso com os planos de ensino e com o programa de conteúdos programáticos; (10) inabilidade para a formulação de projetos pedagógicos. (BITTAR, 2001).

Vale aqui notar um ponto importante: a imprescindibilidade da articulação das disciplinas fundamentais com a interdisciplinaridade. Neste ínterim são indispensáveis os preceitos de Paulo Luiz Neto Lôbo,

> A interdisciplinaridade, na dimensão externa ao saber dogmático jurídico, enlaça-se com matérias que contribuem para a formação do profissional de direito, notadamente estimuladoras da reflexão crítica e da atuação político-institucional, que a sociedade cada vez mais dele reclama. Assim, a interessante abertura para as Ciências Sociais, Humanas, Políticas, para a Filosofia, incluindo as perspectivas lógica e ética, para a Psicologia, para a Informática, para a Ciência da Linguagem.
>
> [...] O conteúdo mínimo é assim divido em três partes: a) a parte fundamental e reflexivo-crítica; b) a parte profissionalizante ou técnica-jurídica; c) a parte prática.
>
> O curso jurídico, para bem desempenhar suas finalidades deve atingir de modo interindependente, a tríplice função de: a) formação fundamental e sociopolítica, que forneça ao aluno uma sólida base humanística e de capacitação crítica; b) formação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> técnico-jurídica, que o capacite ao exercício competente de sua profissão reconhecendo que as disciplinas dogmáticas admitem espaço à reflexão crítica; c) formação prática, oferecendo-lhes os meios para aplicar os conhecimentos obtidos. (LÔBO, 1993).

A compreensão das profundas modificações implementadas no conceito, conteúdo e objeto do direito levantam a discussão da superação da teoria pura do direito preconizada por Hans Kelsen que consistia em uma teoria do direito positivo que excluía deste conhecimento tudo o que não pertencia ao exato objeto jurídico. Isso quer dizer: expurgava a ciência do direito de todos os elementos estranhos. Segundo Dallari,

> É de suma relevância reforçar nos cursos de direitos para todos os alunos a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimentos sobre a história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito saiba o que tem sido o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. (DALLARI, 2002.)

Clèmerson Merlin Clève admite que para a redefinição do saber jurídico, o diálogo, entre juristas, filósofos, sociólogos e cientistas políticos é de singular importância. Parcela significativa dos juristas brasileiros tem aceitado o diálogo interdisciplinar. Mas a preocupação com a reelaboração do discurso jusfilosófico não é apenas de ordem acadêmica. Ao tempo em que se investiga o fenômeno jurídico em todas as suas dimensões cognoscíveis, compreendido num contexto interdisciplinar, procuram-se bases sólidas para transformá-lo. A questão da transformação emancipatória, nesse particular, é claramente assumida pela filosofia do direito. (CLÈVE, 2011).

Reconhecendo-se que a formação humanística aglutina valores verdadeiramente essenciais a qualquer curso, posto que conteúdos de disciplinas como a antropologia, a sociologia, a filosofia, dentre outras, dispensa-nos de maiores indagações sobre as matérias. Desnecessário é encarecer a importância da sociologia para o jurista ou para o legislador,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sendo as suas conclusões indispensáveis a quem tenha a missão de modelar os comportamentos humanos, para considerá-los lícitos ou ilícitos. Da mesma forma há que considerar-se a imprescindibilidade da filosofia para o direito, haja vista que a definição do direito só pode ser obra da filosofia, bem como outras indagações.

Interessa destacar ainda que a educação é um processo de formação geral da personalidade, pois o educando obtém aptidões no campo material, espiritual e social. O direito à educação precisa ser aprendido como um direito humano fundamental, porquanto seja uma das dimensões mais importantes da realização da dignidade da pessoa humana. Não se pode conceber a existência de uma vida digna sem a garantia institucional e normativa do direito à educação.

Para Freire, quanto mais se exercitem os educandos no arquivamento dos depósitos que lhes são feitos, tanto menos desenvolverão em si a consciência crítica de que resultaria a sua inserção no mundo, como transformadores dele. Como sujeitos. (FREIRE, 2005).

A mudança do docente tradicional para perfis novos e dinâmicos requer coragem e determinação, convicção de que a mudança é possível e, acima de tudo, longos anos de dedicação, afinal ninguém pode mudar por imposição. A mudança tem que ser voluntária. (FORNARI, 2007).

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os cursos de jurídicos no Brasil surgiram a partir da fundação das escolas de direito de Olinda e São Paulo. A partir daí o desenvolvimento do ensino jurídico no Brasil sofreu forte influência do pensamento positivista. Essa corrente filosófica, que nasceu a partir dos ideais de tornar o conhecimento livre de todos os elementos que não pudessem ser comprovados cientificamente, logo fez surgir no direito o chamado positivismo jurídico. Essa vertente procurava tornar o direito livre de todas as demais circunstâncias axiológicas, políticas ou econômicas. O direito deveria ser resumir ao estudo das leis. Segundo os positivistas, não compete ao estudioso do direito a aferição de significados de justiça, moral, dignidade, dentre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, essa maneira de pensar fez surgir no âmbito das escolas de direito o professor preocupado unicamente com o ensino do chamado direito positivo, ou seja, as leis emanadas do Estado, sem qualquer preocupação interpretativa ou reflexiva. Os alunos eram transformados em meros depositários de informações e repetidores de leis. De certa forma, essa metodologia atendia aos anseios da época, já que a própria produção do direito tinha sua base unicamente na Lei. Os estudos de disciplinas como a filosofia e a sociologia eram vistos como dispensáveis.

Na segunda metade do século XX ganhou força um movimento oposto denominado pós-positivismo, que já tinha surgido timidamente desde o culturalismo de Max Weber, que busca analisar o direito a partir de conceitos filosóficos e sociológicos. A fonte do direito não é mais somente a Lei, mas está conjugada com outros valores como a justiça e a moral. Atualmente, no Brasil essa corrente vem e firmando, sendo hoje objeto dos principais estudos filosóficos na área do direito.

Evidentemente, diante dessa nova realidade o antigo professor, formado na arcaica escola positivista, já não atende à expectativa da qualidade que se espera do ensino jurídico. Exige-se do professor dos cursos de direito uma sólida formação humanística para dotá-lo de capacidade de argumentação, raciocínio e reflexão, para que possa trabalhar de forma interdisciplinar com a filosofia, sociologia, economia, dentre outras. Não se nega que o sistema também precisa se adequar a essas exigências. Já não se concebe mais o professor que ocupa seu lugar na sala de aula, simplesmente, pela autoridade do conhecimento técnico. Um grande profissional do direito, seja ele um notório promotor, advogado ou juiz de direito, só por esse fato, não necessariamente, será um bom professor. A qualidade para ingressar na carreira docente dos cursos jurídicos deve ser muito mais que a sólida formação técnica é preciso entender que o direito mudou e consequentementemaneiro interpretá-lo e aplica-lo.

Ocorre, entretanto, que os cursos de pós-graduação stricto sensu, nos quais se formam os professores parece que não perceberam essa mudança e não se adaptaram à nova realidade. Os mestrados que se dizem acadêmicos, na verdade possuem perfil que muito mais se aproxima dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

mestrados profissionais. Há uma preocupação excessiva com a formação de pesquisadores e técnicos do direito. Não há a predominância, como deveria ser, de disciplinas voltadas para a formação humanística e didática do professor. Por essa razão convivemos com escolas de direito imersas numa realidade em que o que se pretende ensinar não condiz com a maneira de atuação dos professores.

Esse paradoxo, aliado à expansão indiscriminada dos cursos de direito levou à baixa qualidade do ensino. Os egressos dos cursos jurídicos saem das faculdades sem compreender o direito; muitas vezes com leis e códigos memorizados, mas sem condições intelectuais para conectar o conhecimento apreendido em sala de aula à realidade na qual desenvolverá sua vida profissional. De certa forma, os estudantes de direito não saem das faculdades preparados para compreender a sociedade repleta de conflitos e relações complexas.

Ocorre que por mais que se busque solução, não há como haver uma melhora na formação dos estudantes de direito caso não haja uma mudança radical na metodologia de formação dos professores. Afinal, professores mal formados conduzem ao ensino ruim. Nesse aspecto, é importante destacar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em que pese preocupar-se sobremaneira com a formação dos professores do ensino básico, pouco ou quase nada prescreveu para a formação dos professores dos cursos superiores; apenas fixou um quórum mínimo de professores mestres e doutores a que as faculdades devem obediência. Esse fato é que abriu a possibilidade de as faculdades contratarem para exercício do magistério profissionais que se sobressaem em suas áreas de atuação, com forte formação técnica, mas sem nenhuma formação didático-pedagógica. Não é raro os cursos de direito estarem povoados por professores que também são juízes, promotores, advogados públicos, defensores públicos que fazem do magistério uma segunda profissão, tanto por opção quanto por dedicação.

Não havendo, portanto, na LDB, diretrizes claras para a formação dos professores, os cursos de mestrado e doutorado acadêmicos que são a principal via de formação docente, são concebidos a partir de um perfil determinado por cada instituição de ensino, valendo-se de sua autonomia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

didático-pedagógica. Há apenas uma regulação mínima feita pela CAPES, muito mais de cunho repressivo, através de avaliação periódica, do que propriamente de controle sobre as finalidades dos programas de pós-graduação. Assim, predomina nos programas de mestrado e doutorado stricto sensu o direcionamento para a pesquisa e consequentemente a formação de pesquisadores. Evidentemente, não devia ser assim, os mestrados e doutorados acadêmicos deviam ter por principal finalidade a formação de professores para os cursos superiores. Não se quer dizer com isso que não se deve formar pesquisadores, afinal a universidade também deve fomentar a pesquisa, o queremos destacar é que em primeiro plano deve estar a formação docente. À unanimidade, os cursos de mestrado e doutorado acadêmicos muito mais se aproximam dos mestrados profissionais, pois é rara a preocupação institucional com o oferecimento de disciplinas propedêuticas. Muito pouco ou quase nada se trabalha a formação didático-pedagógica.

É preciso, portanto, que haja uma mudança de concepção. Os cursos de mestrado e doutorado que se dizem acadêmicos não podem se afastar do propósito de formar professores para os cursos superiores. O perfil desses cursos deve ser caracterizado por uma forte carga de disciplinas voltadas para a formação didático-pedagógica e humanística dos professores, além de manter o foco mais detidamente no estágio acadêmico.

Portanto, a tão propalada crise no ensino jurídico brasileiro para, necessariamente, pela má-formação didático-pedagógica e humanística dos professores. É preciso encontrar o equilíbrio entre a formação técnico-jurídica e a formação docente propriamente dita. Por mais que as faculdades queiram se destacar possuindo em seus quadros profissionais brilhantes, não pode relegar a segundo plano a atenção aos genuínos professores. Esses professores somente estarão disponíveis no mercado, em número suficiente para atender a todos os cursos jurídicos caso haja uma mudança de concepção na sua formação.

É preciso uma mudança mais que urgente no perfil dos cursos de mestrado e doutorado em direito, de forma que passem a privilegiar, na prática, disciplinas tendentes à formação didático-pedagógica e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

humanística dos futuros professores dos cursos de direito. A consolidação da nova maneira de pensar e aplicar o direito, denominada de pós-positivismo, que na verdade foi uma mudança forçada pela própria evolução da complexidade das relações sociais, exige uma preparação de profissionais conectados a essa nova realidade. Caso contrário, continuaremos a assistir a formação em massa de bacharéis em direito incapazes de exercer a profissão para a qual foram formados.

V – REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria L. de Arruda. **Filosofia da Educação**. São Paulo: Moderna, 1989.

ALTHAUS, Maiza Taques Margraf. **Ação Didática no Ensino Superior: A Docência em Discussão**. Revista Teoria e Prática da Educação, v. 7, n. 1, p. 101-106, jan-abr. 2004.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. **A ilustração brasileira e a idéia de universidade**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1959.

BARROSO, Luis Roberto (org). **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BECKER, Fernando. **Educação e construção do conhecimento**. Artmed. Porto Alegre: 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca**. Estudos Sobre o Ensino Jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**. (trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi). Madri: Editorial Debate, 1993.

BRAATZ. Tatiani heckert. **ENTRE A MUDANÇA E A CONTINUIDADE: os rumos do ensino jurídico no Brasil a partir de uma análise pós-positivista do fenômeno jurídico.** Ciência Jurídica - UNIVALI. Dissertação de Mestrado. Itajaí, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Advocacia Geral da União. Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial n 20, de 2009**. Dispõe sobre o exercício da atividade de magistério por Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais, Procuradores do Banco Central do Brasil e pelos integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória no 2.229-43, de 6 de setembro de 2001. Disponível em: < http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/atos/federais/pri_agu_mf_bcb_2009_20.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

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

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior**. Avaliação Trienal 2013**. Disponível em: <http://www.avaliacaotrienal2013.capes.gov.br/>. Acesso em: 02 dez. 2013.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.**Portaria n 193, de 2011**. Fixa normas e procedimentos para a apresentação e avaliação de propostas de cursos novos de mestrado e doutorado. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/sobre-a-capes/legislacao/2340-portarias>. Acesso em: 25 mar. 2013.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Documento de Área 2013**. Disponível em: http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacaotrienal/Docs_de_area/Direito_doc_area_e_comiss%C3%A3o_16out.pdf. Acesso em: 25 fev. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n 34, de 2007**. Dispõe sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12149-resolu-no-34-de-24-de-abril-de-2007>. Acesso em: 25 mar. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n 73, 2011**. Dispõe sobre o acúmulo do exercício das funções ministeriais com o exercício do magistério por membros do Ministério Público da União e dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Estados. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/mp%5CResolucao73CNMP.pdf >. Acesso em: 25 mar. 2013.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **RESOLUÇÃO CSDPU n 64, de 2012**.Dispõe sobre o exercício de atividades de magistério por membros da Defensoria Pública da União. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8852:resolucao-csdpu-n-64-de-03-de-julho-de-2012-dispoe-sobre-o-exercicio-de-atividades-de-magisterio-por-membros-da-defensoria-publica-da-uniao&catid=49&Itemid=460.>Acesso em: 25 mar. 2013.

BRASIL. Ministério da Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução n. 2, de 1998**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental. Disponível em:< http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceb02_98.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria Normativa do MEC n 7, de 2009**. Regulamentar o mestrado profissional Disponível em:<http://www.capes.gov.br/duvidas-frequentes/62-pos-graduacao/2376-qual-e-a-diferenca-entre-o-mestrado-academico-e-o-mestrado-profissional.> Acesso em 18. nov. 2013.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria n 1.886, de 1994**. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Disponível em: < http://www.oab-rn.org.br/arquivos/LegislacaosobreEnsinoJuridico.pdf.>Acesso em 18. nov. 2013.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CP n 01, de 2006**. Institui Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Pedagogia, licenciatura.

Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rcp01_06.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES n 09, de 2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências.

Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf> Acesso em: 03. jun. 2013.

RASIL. PUC-Rio. **Programa de Pós-Graduação em Direito**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/progjur.html#apresentacao>. Acesso em 07. jul.2013.

_____. Conselho Universitário. **R e s o l u ç ã o n 50, de 2010**. Aprova a alteração do regulamento do programa de pós-graduação em Direito - PPGD - mestrado e Doutorado. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291310075264.pdf>. Acesso em 07. jul.2013.

RASIL. Procuradoria – Geral Federal. **Portaria PGF n. 1432, de 2008**. Dispõe sobre as promoções relativas à carreira de Procurador Federal. Disponível em <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=211483.> Acesso em: 25 mar. 2013.

BRASIL. Universidade Gama Filho**. Programa de Pós-Graduação em Direito**. Disponível em: <http://www.ugf.br/stricto/direito?q=stricto/77/programa)>. Acesso em 07. jul.2013.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.**Portaria n 52, de 2002**. Aprova o novo Regulamento do Programa de Demanda Social. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/relatorios/Portaria_52_Regulamento_DS.pdf.> Acesso em 07. jul.2013.

BRASIL. Universidade de São Paulo. **Resolução n 6542, de 2013**. Baixa o Regimento de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo Disponível em: <http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-6542-de-18-de-abril-de-2013> Acesso em 07. jul.2013.

BRASIL. Universidade Federal do Paraná. Conselho de ensino, pesquisa e extensão. **Resolução n 65, de 2009**. Estabelece normas gerais únicas para os cursos de pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.ppge.ufpr.br/resol_65_09_cepe.pdf>. Acesso em: Acesso em 07. jul. 2013.

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Lei 9394, de 96.**Disponível em < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 25 mar. 2013.

CASTANHO, S. CASTANHO. M.E. (orgs.) **Temas e textos em Metodologia do Ensino Superior**. Campinas: Papirus, 2001.

CENCI. Angelo Vitório. FÀVERO. Altair Alberto. **Notas sobre o papel da formação humanística na universidade.** Revista Pragmateia Filosófica. Passo Fundo, ano 2, n 1, 2008. Disponível em: < http://www.nuep.org.br/site/images/pdf/rev-pragmateia-v2-n1-out-2008-notas-sobre-o-papel.pdf>. Acesso em 20. nov. 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos: Elementos para uma crítica do Direito contemporâneo**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

COMENIUS. **Didática Magna.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Exame de Ordem em Números**. Disponível em: < http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/exame_de_ordem_em_numeros.pdf>. Acesso em: 02 de mar. 2014.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n. 144, de 2011**. Dispõe sobre o Exame de Ordem. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/geral/provimento_144_exame_de_ordem.pdf>. Acesso em: 25 mar.2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FORNARI. Luiz Antônio Pivoto. **O Ensino Jurídico no Brasil e a Prática Docente: Repensando a Formação do Professor de Direito Sob uma Perspectiva Didático-Pedagógica**. Direito. Universidade Vale dos Sinos. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo, 2007.

FRAGALE FILHO, Roberto. **A portaria MEC Nº 1.886/94 e os novos dilemas do ensino jurídico**. Revista da Faculdade de Direito da UFF. vol. 4, 2000.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____. **Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática docente**. 19 ed. Paz e Terra. São Paulo: 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **As transformações do Direito e o novo perfil do profissional jurídico**. Revista Juris Síntese. n 41 – Maio-Junho, 2003.

GASPARINI, J. L. **Comênio ou da arte de ensinar tudo a todos**. Campinas: Papirus, 1994.

GIL, Antônio Carlos. **Didática do ensino superior**. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **A Crise (tríplice) do Ensino Jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, out. 2002. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/3328>. Acesso em: 21 jul. 2013.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBES, Thomas. Diálogo entre um filósofo e um jurista. São Paulo: Landy, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Babtista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

LEWIS, Thiago Serrano. **Concretização do pós-positivismo jurídico no âmbito do Direito Processual Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3534, mar. 2013. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/23879. Acesso em 03. mar. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Critérios de avaliação externa dos cursos jurídicos**. **In: OAB. CONSELHO FEDERAL. Ensino jurídico. Parâmetros para elevação de qualidade e avaliação**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1993.

CRETELHA. Jr. CRETELLA. Agnes. **Teoria pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito/Hans Kelsen**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUCARELLI, E. **Um desafio institucional: inovação e formação pedagógica do docente universitário.** In: Castanho, S. Castanho, M. O que há de novo na educação superior: do projeto pedagógico à prática transformadora. Campinas: Papirus, 2000.

MARQUES, Marta. FÁVERO, Altair Alberto. **A docência da educação superior: do paradigma do ensino ao paradigma da aprendizagem**. XVI ENDIPE. UNICAMP. Campinas: 2012.

MASETTO, M. **Docência na universidade**. Campinas: Papirus, 1998.

_____. Docência Universitária: repensando a aula. In: Teodoro, A. Vasconcelos, M. L. (orgs). **Ensinar e aprender no ensino superior: por uma epistemologia da curiosidade na formação universitária**. São Paulo: Mackenzie, 2003.

_____. **Docência Universitária: repensando a aula**. In: Teodoro, A. Vasconcelos, M. L. (orgs). **Ensinar e aprender no ensino superior: por uma epistemologia da curiosidade na formação universitária**. São Paulo: Mackenzie, 2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **A OAB e os padrões de qualidade do ensino jurídico**. In: Anuário ABEDI. Florianópolis: Boêmios, 2003.

MENDONÇA, Jacy de Souza. O **Curso de Filosofia do Professor Armando Câmara**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

MELO FILHO, A. **Direito Educacional: aspectos teóricos e práticos.** Revista do Conselho de Educação do Ceará, Fortaleza, n. 8, p. 47-74, 1982-1983.

MIGALHAS. **Especialistas opinam sobre o ensino jurídico no Brasil**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI161345,81042-Especialistas+opinam+sobre+o+ensino+juridico+no+Brasil> Acesso em 05. Dez.2013.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Suspensa abertura de cursos de Direito até criação de novas regras. Parceria entre OAB e MEC suspende 38 cursos de Direito.** Disponível em: Acesso em 22. Mar.2013.

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo. Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Carlos Otávio Fiúza; HORTALE, Virgínia Alonso; HARTZ, Zulmira de Araújo. **Avaliação da pós-graduação: buscando consenso**. Revista Brasileira de Pós-Graduação, Brasília, DF, n. 1, p. 26-40, jul. 2004.

MOREIRA, Claúdio. Da Pedagogia à Andragogia. Disponível em: < http://claudiomoreira.wordpress.com/2010/01/02/da-pedagogia-a-andragogia/> Acesso em 20. nov. 2013.

NASSETTI. Pietro. **Do Contrato Social: Jean- Jacques Rousseau**. 3. ed. Martin Claret: São Paulo, 2011.

NUNES, C. **O "velho" e "bom" ensino secundário: momentos decisivos**. Revista Brasileira de Educação, São Paulo: ANPED, n 14, p. 35-60, mai-ago. 2000.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Brasil, sozinho, tem mais faculdades de Direito que todos os países**. Disponível e:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

< http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>. Acesso em. 05. Dez. 2013.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Parceria entre OAB e MEC suspende 38 cursos de Direito**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/util/print/26428?print=Noticia> Acesso em 05. Dez.2013.

PERRENOUD. P. **Práticas pedagógicas, profissão docente e formação: perspectivas sociológicas**. Lisboa: Dom Quixote, 1993.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Carlos César Ribeiro Santos. **Andragogia: Aprendendo a ensinar adultos.** Disponível em: < http://www.aedb.br/seget/artigos10/402_ArtigoAndragogia.pdf> Acesso em 18. nov. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVIANI, Dermeval. **Os Saberes Implicados na Formação do Educador.** In: BICUDO. Maria Aparecida Viggiani; SILVA JUNIOR, Celestino Alves (Org.) 1996. Formação do Educador: Dever do Estado, Tarefa da Universidade. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Educação, Ideologia e Contra-Ideologia**. Editora Pedagógica e Universitária. São Paulo. 1986.

SIQUEIRA, Márcia Dalledone. **Faculdade de Direito, 1912-2000**. Curitiba: UFPR, 2000.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

STRECK, Lenio. **Crise de Paradigmas: Devemos nos Importar, Sim, com o que a Doutrina Diz**. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2006. Disponível em: . Acesso em: 22. jul. 2013.

TEIXEIRA, Mirian Aparecida R. M. **Prática docente e autonomia do aluno: uma relação a ser construída em cursos de graduação**. Educação e Currículo – PUCSP. Tese de Doutorado. São Paulo, 2002.

VASCONCELOS, Celso dos Santos. **Construção do conhecimento em sala de aula**. Cadernos Pedagógicos do Libertad. Libertad. São Paulo: 1994.

VEIGA, I; RESENDE, L E FONSECA,M. **A Aula Universitária e inovação**. em CASTANHO, M e VEIGA.I. **Pedagogia Universitária: a aula em foco**; Campinas: Papirus, 2000.

VILLELA, João Baptista. **Os cursos pós-graduados em Direito e a superação da idade exegética.** In: ENCONTRO da UnB. Ensino jurídico. Brasília: UnB, 1979.

VIGOTSKY, L. **Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem**. Ícone. São Paulo: 1998.

WARAT, Luís Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 870 de 08/09/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CEUMA UNIVERSIDADE
CURSO DE DIREITO

LUCAS JOSÉ MONT'ALVERNE FROTA

REFORMA TRABALHISTA E A INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL: análise das principais alterações advindas com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

São Luís
2018

www.conteudojuridico.com.br

LUCAS JOSÉ MONT'ALVERNE FROTA

REFORMA TRABALHISTA E A INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL: Análise das principais alterações advindas com a Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade CEUMA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Adriana Mendonça da Silva.

São Luís
2018

www.conteudojuridico.com.br

LUCAS JOSÉ MONT'ALVERNE FROTA

REFORMA TRABALHISTA E A INAFASTABILIDADE JURISDICIONAL: Análise das principais alterações advindas com a Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade CEUMA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/_____/____

BANCA EXAMINADORA

_____

Profa. Ma. Adriana Mendonça da Silva (Orientadora)

_____

1° Examinador

_____

2° Examinador

www.conteudojuridico.com.br

A Deus, em qualquer das formas que ele se manifeste. Aos meus pais, *Paulo* e *Ticiana* e aos demais familiares e amigos, pelo suporte.

www.conteudojuridico.com.br

AGRADECIMENTOS

A *Deus*, por sempre ter me acompanhado até aqui. Agradeço pelas conquistas, pelas derrotas que serviram de aprendizado e amadurecimento, por jamais ter caminhado solitário, ainda que em alguns momentos estivesse sozinho.

À minha mãe, *Ticiana*, pelo companheirismo, pela parceria, pela compreensão nos dias difíceis e, principalmente, por ter contribuído tanto para que eu me tornasse quem sou hoje. Jamais teria chegado aqui sem o seu apoio incondicional. Obrigado por tudo. Amo você.

Ao meu pai, *Paulo*, minha maior inspiração. Saiba que em todos os dias da minha carreira estarei pensando em você e, principalmente, me espelhando em você. Obrigado pelos valores repassados e pelo incentivo diário. Se um dia conseguir me tornar metade do que você foi, terei certeza que fiz um belo trabalho. Amo você.

Aos meus irmãos, *Camila e Matheus*, pessoas com as quais o convívio diário foi e sempre será essencial para o meu engrandecimento. Vocês a cada dia me ensinam algo que muito me acrescenta. Obrigado pela paciência e pela torcida durante esses anos. Amo vocês.

À minha namorada, *Carol*, por jamais ter permitido que eu deixasse de acreditar em meus sonhos. Por sempre ter acreditado em mim. Por ter segurado minha mão nos momentos em que precisei. Pela capacidade de me transmitir paz e tranqüilidade. Você foi fundamental nessa caminhada.

Aos meus queridos amigos, que estiveram comigo do começo ao fim, me dando forças e me apontando o caminho certo a seguir quando eu não conseguia, sequer, enxergar uma saída. Dentre eles devo destacar *Victor Barroso, Marcelo Lula, Raphael Palácio, Lucas Diniz, Lucas Miranda e Luccas Tartuce*, meus mais antigos amigos. Agradeço, ainda, aos meus amigos *Rodolfo Dequech, Sérgio Araújo, Marcos Barroso, Leon Hassan e Gustavo Haickel,* pela convivência e por terem sido de suma importância no decorrer dessa caminhada.

À minha orientadora, *Adriana Mendonça*, pelo amor e delicadeza com que trata a docência. Obrigado pela orientação, pela cobrança, pelos puxões de orelha, pelas correções, que foram necessárias para o enriquecimento do trabalho. Por ter contribuído significativamente para minha formação pessoal e profissional.

Às minhas queridas amigas do grupo de prática jurídica, com quem compartilhei momentos de angústia e alegria durante o curso. *Admée, Amélia, Andréa e Laura*, vocês são exemplos de luta e determinação. A amizade e parceria durante o curso foi determinante para a minha graduação.

Aos meus parceiros de turma e de Penetras Futebol Clube*, Gregório, Daniel, Darlan, Maciel, Diógenes, Jacson, Huyldson* e *Anderson. N*ossas peladas e brincadeiras tornaram a caminhada mais leve e divertida.

Por fim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a minha chegada até aqui. A vocês, todo o agradecimento será insuficiente.

“Uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.

Norberto Bobbio

RESUMO

O presente trabalho objetiva investigar as alterações na legislação trabalhista decorrentes da Lei 13.467 de 2017. O foco, contudo, é refletir de que maneira tais mudanças dificultaram o ingresso ao judiciário pelo trabalhador hipossuficiente. Essa pesquisa parte de um estudo teórico sobre a história do Direito do Trabalho, abordando sua evolução no mundo e, posteriormente, no Brasil, de modo a retratar as mais importantes normas jurídicas que regulamentaram a relação do trabalho, dando especial atenção à CLT. Em um segundo momento, trata sobre princípios aplicáveis à relação de trabalho. Após, realiza-se um estudo sobre a Reforma Trabalhista, abordando desde o processo de tramitação da lei, até os impactos causados pelo novo diploma legal ao trabalhador. Com esse propósito, levou-se em consideração a legislação, pesquisas doutrinárias, e o levantamento de jurisprudências pertinentes ao tema. Por fim, o trabalho faz uma ponderação sobre as novidades da Lei 13.467, concluindo-se que tais mudanças mitigaram o princípio constitucional do livre acesso à jurisdição para o trabalhador.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Proteção. Inafastabilidade de Jurisdição.

ABSTRACT

This study aims to investigate the changes in labor legislation introduced by Law 13.467 of 2017. The focus, however, is to reflect on how such changes made it difficult for the hyposufficient worker to join the judiciary. This research is based on a theoretical study about the history of Labor Law, addressing its evolution in the world and, later, in Brazil, in order to portray the most important legal norms that regulate the labor relation, paying special attention to CLT. Secondly, it deals with principles applicable to the employment relationship. Afterwards, a study on the Labor Reform is carried out, from the process of processing the law, to the impacts caused by the new legal diploma to the worker. For this purpose, legislation, doctrinal research, and relevant jurisprudence to the topic were taken into account. Finally, the paper analyzes the novelties of Law 13.467, concluding that such changes mitigated the constitutional principle of free access to jurisdiction for the worker.

Keywords: Labor Reform. Protection. Inafastability of Jurisdiction

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO..... 10
2 LEGISLAÇÃO E OS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS..... 13
2.1 Escorço Histórico Mundial..... 14
2.2 Escorço Histórico nas Constituições do Brasil 17
2.3 Sistematização legal e a Consolidação das Leis do Trabalho..... 22
3 PRINCÍPIO APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO E O PATAMAR MÍNIMO CIVILIZATÓRIO..... 24
3.1 Inafastabilidade Jurisdicional..... 27
3.2 Proteção..... 30
3.3 Inalterabilidade Contratual..... 33
3.4 Vedação ao Retrocesso Social..... 35
3.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Patamar Mínimo Civilizatório 37
4 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017..... 36
4.1 Novos paradigmas legais para a Reforma Trabalhista 36
4.2 Alterações à legislação trabalhista 39
4.2.1 Teletrabalho..... 39
4.2.2 Proteção ao Trabalho da Mulher..... 40
4.2.3 Do Intervalo Intrajornada..... 41
4.2.4 Da Jornada 12x36..... 42
4.2.5 Das Dispensas Imotivadas Coletivas e Negociação Coletiva Prévia..... 43
4.3.6 Da Quantificação da Indenização por Danos Morais 43
4.3.7 O Contrato Intermitente..... 44
5 Negociação Coletiva nas Relações de Trabalho: acordo e convenção coletiva 55
6 DA INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO..... 45
6.1 Termo de Quitação Anual das Obrigações Trabalhistas..... 60
6.2 Concessão da Gratuidade da Justiça..... 63
6.3 Arquivamento das Reclamações e Sua Renovação..... 69

6.4 Honorários de Sucumbência Recíproca..... 71
6.5 Honorários Periciais..... 75
6.6 Cláusula Compromissória de Arbitragem..... 78
7 CONCLUSÃO..... 80
REFERÊNCIAS..... 59

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho surge na Europa, no Século XVIII, em reação à exploração do trabalho durante a Revolução Industrial. No Brasil, por outro lado, em função da escravidão e do colonialismo, os direitos da classe empregadora foram claramente postergados ao longo dos anos. Após a promulgação da Lei Áurea, em 1888, passou-se a cogitar protegera classe trabalhadora.

Sob a influência do liberalismo europeu, foram surgindo inúmeras normas que, separadamente, regulamentavam a prestação do trabalho. Entretanto, com a gradativa produção legislativa, se viu a necessidade de unificar as normas trabalhistas em uma só lei. Eis que, com essa necessidade, em 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, instituiu-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Desde 1943 até 2017, a CLT foi a normativa básica das relações trabalhistas. Nesse período, alguns artigos foram revogados, enquanto outras matérias passaram a ser regulamentadas pela legislação infraconstitucional.

Sucede-se que, em 2017, o legislativo brasileiro entendeu que a legislação trabalhista deveria se adequar as novas relações de trabalho vividas atualmente. Sob esse aspecto, em 13 de Julho de 2017 foi sancionada a Lei 13.467, alterando a CLT, a Lei 6.019 de 3 de Janeiro de 1974, a Lei 8.036 de 11 de Maio de 1990 e a Lei 8.212 de 24 de Julho de 1991.

Ocorre que, a Reforma Trabalhista não trouxe somente nova disciplina ao direito material e processual do trabalho, de modo que também instituiu novo paradigma ao mitigar o livre acesso à justiça pelo trabalhador.

A importância da temática é eminente diante dos mais de 91 milhões de empregados e dos mais de 12,5 milhões de desempregados que existem no Brasil, segundo o IBGE (2017).

Nesse sentido, busca-se pesquisar acerca da Reforma Trabalhista e a garantia constitucional do livre acesso à Jurisdição, bem como serão analisadas as principais alterações decorrentes da Lei nº 13.647 de 13 de Julho de 2017.

O foco do presente estudo é a Reforma Trabalhista, suas características, bem como suas principais modificações. Após a análise mencionada, estuda-se

mais afundo os alcances da nova lei, discutindo se de alguma maneira a nova legislação limitou o acesso à jurisdição pelo trabalhador.

Para que se possa fazer essa análise, inicialmente será apresentada a história dos direitos sociais trabalhistas, comentando acerca do seu surgimento; pautando sua evolução no mundo e, posteriormente, no Brasil. Especificam-se as principais normas reguladoras das relações de trabalho no decorrer do tempo. Adentra-se, ainda, especificamente no estudo da Consolidação das Leis Trabalhistas, que entrou em vigor em 1943.

Em segundo plano, aborda-se acerca dos princípios aplicáveis às relações de trabalho, apresenta-se o conceito de cada um, debatendo sua origem e sua aplicação nos contratos laborais.

Após, tratará sobre a Reforma Trabalhista e seu alcance, onde será comentado sobre o período de instabilidade social e política vivida no Brasil durante o surgimento da Lei 13.467 de 2017. Além do mais, será abordado sobre o processo de tramitação, discutindo alguns argumentos que pautaram a Reforma.

Não obstante, discutir-se-á sobre os possíveis efeitos da Reforma Trabalhista nos contratos de trabalho, onde serão exibidos inúmeros artigos da legislação novel que pioram a condição de trabalho, se, em comparação com a CLT de 1943.

Em outra oportunidade, tratará sobre a Convenção Coletiva no Direito do Trabalho. Para isso, será realizada a diferença entre a Convenção e o Acordo Coletivo segundo a doutrina e a Lei. Adentrando-se na transformação no instituto decorrente da Reforma, para que seja analisado até que ponto as Convenções poderão regulamentar, apontando de que forma essa alteração pode ser prejudicial ao trabalhador.

Por fim, o último capítulo tratará sobre a Reforma Trabalhista e a possível mitigação do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, por meio do acréscimo de artigos na nova Lei. Será debatido sobre o termo de quitação anual das obrigações trabalhistas, cláusula compromissória de arbitragem, gratuidade da justiça, arquivamento das reclamações trabalhistas e honorários periciais e de sucumbência.

Nesse sentido, vale acentuar que, no que tange aos seus objetivos, a presente monografia utiliza-se do método hipotético-dedutivo, onde buscar-se-á

conhecer premissas provisórias, que podem ser confirmadas ou desconstituídas com o passar dos tempos. Para isso, demonstrar-se-á as mais variadas questões que possam se encaixar no tema estudado.

Já no tocante aos procedimentos, ainda segundo Gil (2002, p.44), pode-se dizer que o trabalho trata-se de pesquisa bibliográfica, constituído de artigos científicos e livros.

Ademais, na visão de Miracy Gustin (2006), acerca das vertentes teóricas, a presente pesquisa pode ser classificada como "critico-metodológica", linha pela qual se supõe uma crítica da realidade, adotando uma tese que defende um pensamento jurídico tópico, ao contrário do método dedutivo; problemático e não sistemático. Defende, ainda, que as decisões jurídicas devem ser pautadas na prudência e na razão prática.

Destaque-se, por fim, que o presente estudo não tem o objetivo de esgotar todos os esclarecimentos acerca da mudança legislativa, tampouco ditar regras sobre o acesso à jurisdição. Desta feita, buscar-se-á ensejar a reflexão a respeito da temática e apresentar o entendimento que se entender mais razoável sobre as matérias abordadas.

2 LEGISLAÇÃO E OS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

O Direito do Trabalho surge durante a Revolução Industrial, que se iniciou no século XVIII, em forma de reação ao cenário de exploração do trabalho, decorrente da expansão da indústria e do comércio. Isto porque, com o surgimento da máquina a vapor como fonte de energia, qualquer operário estaria apto ao labor, deixando a mão de obra cada dia mais barata, principalmente quando se tratava de crianças e mulheres (CASSAR, 2017, p. 12).

Nesse sentido, discorre Nascimento (2014, p. 42):

> A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração de mulheres e menores, que eram a mão de obra mais barata, os acidentes com os trabalhadores no desempenho das suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos no quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais podem-se acrescentar também os baixos salários.

O Direito Civil, ramo responsável por atender as demandas trabalhistas à época, por conta do volume de reinvidicações que emergiram, passou a não mais conseguir socorrer a necessidade da classe operária que era explorada e oprimida.

Em decorrência disso, houve, nesta época, a descoberta da ação coletiva, que funcionou como instrumento de atuação política e profissional utilizado pelos trabalhadores. Com o decorrer do tempo, surgiram fortes grupos de operários que passaram a formular propostas de normatização de caráter coletivo que regulamentassem a relação laboral. (DELGADO, 2014, p.92).

> O Direito Civil tratava os dois sujeitos da relação de emprego como seres individuais, ocultando, em sua equação formalística, a essencial qualificação de ser coletivo detida naturalmente pelo empregador. O movimento sindical, desse modo, desvelou como equivocada a equação do liberalismo individualista, que conferia validade social à ação do ser coletivo empresarial, mas negava impacto maior à ação do trabalhador individualmente considerado. Nessa linha, contrapôs ao ser coletivo empresarial também a ação do coletivo obreiro. Os trabalhadores passaram a agir coletivamente.

Por consequência, houve a necessidade de o Estado intervir nas relações trabalhistas, limitando a liberdade das partes, visando à proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador e o bem-estar social.

2.1 Escorço Histórico Mundial

Como foi possível perceber, durante a Revolução Industrial, a crescente expansão do mercado e a criação das máquinas resultou na exploração da mão de obra humana, sobretudo de crianças e mulheres. Pode-se dizer, portanto, que, como bem sustenta Martins (2017, p.49), a revolução industrial foi responsável por transformar “trabalho” em “emprego”. Constatou-se, então, a necessidade de regulamentar e coibir o abuso neste ramo, fazendo-se imprescindível a intervenção estatal. Em razão disso, surgiram as primeiras leis trabalhistas.

Neste sentido, Nascimento entende que (2002. p. 43):

> As primeiras leis trabalhistas na Europa foram motivadas pela necessidade de coibir os abusos perpetrados contra o proletariado e, mais diretamente, a exploração do trabalho dos menores e das mulheres. A falta de leis permitiu a utilização do trabalho de menores de 8, 7 e até 6 anos de idade nas fábricas e jornadas de trabalho excessivas para as mulheres. Desse modo, surgiram leis sobre idade mínima para o trabalho na indústria e duração diária para o trabalho. Leis de Previdência e assistência social também foram elaboradas, iniciando a área do direito social hoje denominada seguridade ou segurança social, abrangendo a previdência e assistência social.

Como percussora dessas leis, merece destaque a Lei de Peel, surgida em 1802, na Inglaterra, com escopo proteger as crianças e menores, regulando a jornada de trabalho ao mínimo de 12 (doze) horas diárias. (Garcia, 2010, p. 38). Além disso, nasce na França, em 1814, a proibição do trabalho para menores de 8 (oito) anos. Reforçando esta idéia, mais a frente, no ano de 1886 foram criadas, na Itália, leis protegendo o trabalho do menor e da mulher. (Nascimento, 2002, p. 43)

As primeiras regulamentações constitucionais a respeito da defesa de interesses sociais dos trabalhadores surgiram após o término da Primeira Guerra Mundial, com o chamado constitucionalismo social. No entendimento de Nascimento (2002, p. 42), Constitucionalismo Social é o nome que se dá ao movimento de inclusão de leis trabalhistas nas Constituições de alguns países.

O primeiro país a incluir em sua constituição regras sobre Direito do Trabalho foi o México, em 1917. Naquela Carta, o artigo 123 estabelecia limites à jornada de trabalho, tais quais: 8 horas diárias e, em caso de trabalho noturno, o labor se limitava a 7 horas. Ademais, os menores de 16 anos só poderiam trabalhar durante 6 horas, enquanto os menores de 12 anos estavam proibidos de trabalhar. Por fim, a Constituição Mexicana garantia descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, igualdade salarial, direito de greve, direito de sindicalização, direito à indenização de dispensa e seguros sociais (GARCIA, 2010, p. 37).

Não há como negar o fato de que a constituição do México serviu de exemplo para as demais cartas que surgiriam, prova disso é que alguns direitos ali previstos se mantêm até hoje em outras Normas Trabalhistas, inclusive na brasileira.

Dois anos mais tarde, em 1919, a Constituição de Weimar – Alemanha, passou a trazer disposições sobre o Direito do Trabalho, o que repercutiu na Europa e acabou por se tornar a base das democracias sociais (Nascimento, 2002, p. 42). Na Constituição de Weimar previa-se a participação dos trabalhadores nas empresas, a livre organização dos obreiros pela defesa e a melhoria das condições de trabalho; bem como o direito a seguridade social e o direito dos empregados de participarem do debate com os empregadores no que se referia à fixação de salários (Garcia, 2010, p.38).

No mesmo ano, em 1919, na Organização pela Paz[1], foi assinado o Tratado de Versalhes, que previu a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (Garcia, 2010, p. 38). A OIT tem como principal função a promoção da justiça social, fazendo com que sejam respeitados os direitos humanos nas relações laborais. Para esta entidade, não há como haver paz universal sem justiça social. (De Alvarenga, p. 2, 2007)

Em 1927, a *Carta Del Lavoro* da Itália foi a base de sistemas políticos corporativistas ao redor do mundo (Nascimento, 2002, p. 43). Tinha como principal objeto a organização da economia e sociedade pelo Estado. Segundo Nascimento, (2002, p.43) o lema da Carta era: “Tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”. Nesse modelo, os sindicatos perderam a força, em

[1] Ocorreu logo após a primeira guerra mundial e teve como objetivo promover a justiça social e os direitos humanos no mundo do trabalho. (ALVARENGA, 2007, p. 2)

decorrência da forte presença do estado, que regulamentava os assalariados por uma ampla legislação de fundo paternalista.

Em 1945, teve destaque a criação da ONU, órgão que, passado um ano, se vinculou à OIT, e já nasceu com objetivo de trabalhar pela paz e pelo desenvolvimento mundial. (Garcia, 2010, p. 38).

Ante o exposto, simples vislumbrar que o Direito do Trabalho é uma conquista da classe operária, e que sua evolução é vital para a garantia de condições mínimas para obtenção uma vida digna e o alcance do bem-estar da coletividade.

2.2 Escorço Histórico nas Constituições do Brasil

O Direito do Trabalho no Brasil inicia seus passos inspirado no modelo europeu pós Revolução Francesa. A primeira Constituição a tratar da matéria foi a de 1824 – Constituição do Império – que, em seu artigo 179, XXV, assegurava a ampla liberdade para o trabalho e extinguia as Corporações de Ofício (CASSAR, 2017, p.16).

Entretanto, embora inspirado no modelo europeu, na época, o Brasil ainda se encontrava em atraso com relação a outros países e isso se dava, em grande parte, por conta da escravidão. Nesse sentido, Cunha salienta acerca do assunto: (2008, p.16)

> Primeiramente, para demonstrar o descompasso entre a realidade brasileira e a dos demais países onde busca, posteriormente, inspiração para a elaboração de nossa própria identidade jurídico-laboral. Com efeito, enquanto na Europa falava-se em igualdade, liberdade e fraternidade, o tema relativo ao que se poderia conceber como um esboço de postulação de tutela do trabalho humano, em nosso país era o de liberdade.

Após a transição do período escravocrata para o abolicionismo, começa-se, enfim, a vislumbrar um indício de reais conquistas de direitos em prol da classe trabalhadora.

Embora não tenha qualquer fundamento justrabalhista, é incontroverso e na doutrina que a Lei Áurea é o principal ponto de referência em relação ao início do Direito do Trabalho no Brasil, haja vista que aboliu a escravidão a partir de 1888. Nesse sentido, Delgado (2010, p.105-106) assevera:

> Embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justrabalhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho Brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo justrabalhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego.

Como mencionado, a Lei Áurea pôs fim a ditadura da escravidão e, a partir daquele momento, os escravos passaram a ter o *status* de sujeito de direitos e, por outro lado, a sociedade teve que suportar a existência das relações de trabalho e emprego[2].

Após 1888, o liberalismo europeu influenciou o surgimento de normas laborais no Brasil. Todavia, diferentemente de outros países, onde as leis trabalhistas foram inseridas à constituição, aqui, foram criadas inúmeras normas que, mesmo separadamente, passaram a moldar as relações de trabalho.

A exemplo disso pode ser citada a carta de 1891 que passou a garantir o livre exercício de qualquer profissão (art. 72, § 24º), bem como permitiu a liberdade de associação (art. 72, § 8). No mesmo ano, o decreto nº 1.313 de 17 de Janeiro de 1891 proibiu o trabalho do menor de 12 anos nas fábricas, da mesma forma que estabeleceu jornada máxima de 7 horas aos menores de idade que tivessem entre 12 e 15 anos, para meninas e 12 e 14 anos, para meninos (Cassar, 2017, p.16).

Outro marco da regulamentação do Direito do Trabalho no Brasil foi a promulgação da Lei nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923, conhecida como Lei Eloy Chaves. Aqui, foi criada a caixa de aposentadoria e pensões dos ferroviários, bem como se passou a entender que estes trabalhadores, após dez anos no emprego, adquiririam estabilidade (Garcia, 2010, p. 40). Igualmente, a Lei Eloy Chaves também instituiu o Conselho Nacional do Trabalho, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. (Cassar, 2017, p.17).

---

[2] Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado explica: “Ressalte-se que não se trata de sustentar que inexistisse no país, antes de 1888, qualquer experiência de relação de emprego, qualquer experiência de indústria ou qualquer traço de regras jurídicas que pudessem ter vínculo, ainda que tênue, com a matéria que, futuramente, seria objeto do Direito do Trabalho. Trata-se, apenas, de reconhecer que, nesse período anterior, marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justrabalhista” (2010, p. 106)

Quando se fala em Direito do Trabalho no Brasil, é imperioso ilustrar o dia 24 de Outubro de 1930, dia em que Getúlio Vargas se tornou presidente do Brasil. Aproximadamente um mês depois, foi criado, por meio do Decreto nº 19.443 de 1º de Dezembro de 1930, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. (Cassar, 2017, p.17). A partir de então, despertou com mais força a disciplina legislativa a respeito das relações de trabalho em nosso país.

Quatro anos depois, em 1934, nasceu a primeira Constituição a falar sobre direitos trabalhistas. A chamada Constituição da República, que surgiu com influência da Constituição de Weimar, e passou a fomentar direitos sociais do trabalhador, garantindo, por meio dos artigos 120 e 121, o salário mínimo, a jornada de trabalho de oito horas, as férias, o repouso semanal, a pluralidade sindical, dentre outras importantes matérias. Ademais, a Constituição da República criou a Justiça do Trabalho no Brasil, ainda não integrante do Poder Judiciário (Cassar, 2017, p.17).

Porém, em 1937, com o Golpe que instaurou o Estado Novo, a Constituição passa a expressar o autoritarismo do Estado, que possuía características do sistema corporativista. Foi instituído o sindicato único, vinculado ao Estado e foi proibida a greve, tendo em vista sua nocividade à economia (Garcia, 2010, p. 40).

Já em 1943, em decorrência das inúmeras leis e decretos espalhados, houve a necessidade de sistematizá-los: foi quando estreou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto nº 5.452 de 1º de Maio 1943, maior marco da normatização das regras trabalhistas até aquele momento.

Em 1946, a Constituição Federal trouxe inúmeras modificações, que hoje são consolidadas na esfera Trabalhista. Nesta esteira, Cassar sustenta que (2017, p.18):

> A Carta de 1946 foi considerada democrática. Dispôs sobre a participação dos empregados nos lucros das empresas, o repouso semanal remunerado, feriados, concedeu estabilidade decenal a todos os trabalhadores, foi reconhecido o direito de greve, houve a inclusão da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, retirando este órgão da esfera do Executivo. Os julgadores e conciliadores da Justiça do Trabalho, até então nomeados (e não concursados), passaram a se chamar juízes e os dois conciliadores passaram a se chamar vogais, posteriormente classistas.

A Constituição de 1967 deu continuidade à Carta de 1946, criando alguns direitos, dentre os quais o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). No final

da década, especialmente em 1969, a Emenda Constitucional nº 1[3] fez, basicamente, uma reprodução da Constituição anterior, porém, com adicional de alguns direitos. De igual modo, proibiu a greve para servidores públicos e criou o imposto sindical. (GARCIA, p. 41, 2010)

Após tamanha evolução com relação às conquistas alcançadas pela classe operária, a atual Constituição Federal de 1988, arrolou inúmeros direitos fundamentais trabalhistas em seu artigo 7º, visando alcançar a melhoria da condição social dos trabalhadores.

Até os dias atuais, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é a regulamentação básica do Direito do Trabalho no Brasil – ela é complementada com a legislação infraconstitucional, a Constituição Federal, súmulas e orientações jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

Ainda assim, a doutrina reconhece a necessidade de uma atualização na CLT, para que esta norma se adéque à realidade contemporânea. Foi nesse sentido que entendeu o Poder Legislativo, quando formulou proposta de alteração e obteve êxito.

Em 2017, no dia 11 de julho, o Senado Federal aprovou a Lei 13.467, conhecida como Reforma Trabalhista, que trouxe significativa mudança à CLT.

2.3 Sistematização legal e a Consolidação das Leis Trabalhistas

Com o passar dos anos, e a gradativa produção legislativa sobre as relações de trabalho, o Estado viu a necessidade de organizar as normas sobre a matéria em uma só lei. O que ocorreu por meio da CLT.

Quanto a isso Delgado salienta: (2014 p. 112)

> O modelo justrabalhista então estruturado reuniu-se, anos após, em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452 de 1.5.1943). Embora o nome reverenciasse a obra legislativa anterior (consolidação), a CLT, na verdade, também alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria a um código do trabalho.

Nesse sentido, Nascimento complementa: (2014, p. 110-111)

> O governo resolveu, então, reunir os textos legais num só diploma, porém foi mais além de uma simples compilação porque, embora denominada

[3] Editada em 17 de Outubro de 1969, foi decretada pela Junta Militar, entrando em vigor no dia 30 de Novembro do mesmo ano, alterando a Constituição de 1967.

> consolidação, a publicação acrescentou inovações, aproximando-se de um verdadeiro código.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi instituída por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943, entrando em vigor no dia 10 de Novembro do mesmo ano. A consolidação sistematizou inúmeras leis já existentes, e acrescentou novos institutos criados pela comissão de juristas formada por Segadas Vianna, Luiz Augusto de Rego Monteiro, Oscar Saraiva, Arnaldo Sussekind e Dorval Lacerda. (LEITE, 2017, p. 36)

A unificação das leis já existentes em uma consolidação atribuiu aos trabalhadores direitos mínimos e fundamentais para uma existência digna. De igual modo, proporcionou o conhecimento dos direitos trabalhistas a todos os interessados. (CASSAR, p. 19).

A CLT é dividida em dez títulos: Introdução (I), Normas que cuidam da tutela do trabalho (II, III e IV), Da Organização Sindical (V), da Negociação Coletiva (VI), da Fiscalização Trabalhista (VII), da Justiça do Trabalho (VIII), do Ministério Público do Trabalho (IX) e do Processo do Trabalho.

Atualmente, as relações de trabalho são regulamentadas pela CLT, que é o texto básico do direito trabalhista no Brasil, bem como é complementada pela legislação infraconstitucional. Por ela é desempenhado papel de elevada importância para o direito do trabalho.

Embora tenha surgido em 1943, entende Fraga (2013) que as normas são extremamente atuais:

> As normas de direito material contidas na CLT são ainda extremamente atuais, especialmente em tempos de globalização, pois prevêem a irredutibilidade dos direitos sociais frente à economia, em nome dos princípios da valorização do trabalho e de respeito à dignidade da pessoa humana

Em contrapartida, LEITE (p. 36, 2017) sustenta que o ideal seria a constante atualização das normas visando à adequação à realidade contemporânea. Sob esse argumento, em 2017, a CLT foi alterada substancialmente pela Reforma Trabalhista – Lei nº 13.467.

3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO E O PATAMAR MÍNIMO CIVILIZATÓRIO

O termo “princípios”, em seu significado propriamente dito, é a origem, a base, ponto de partida. Isto é, são eles as proposições que fundamentam determinado ramo científico e que ditam o norte dos sistemas jurídicos. “Os princípios inspiram, orientam, guiam, fundamentam a construção do ordenamento jurídico”, (MARTINS, 2017, p. 125)

O sistema jurídico não é composto somente por normas, mas também por princípios. Martins (2017, p. 126) costuma os diferenciar afirmando que as normas, necessariamente, estão positivadas; enquanto os princípios podem ou não estar positivados. Vale esclarecer que, em alguns casos, eles estão contidos em alguma regra e decorrem de estimação ética e social.

Os princípios possuem função tríplice, podendo ser apontadas como: função informativa, interpretativa e normativa. A função informativa é destinada ao legislador, que deve realizar atividade legislativa de acordo com os princípios éticos do ordenamento jurídico. A função Interpretativa é aplicada ao juiz, que deve compreender o sentido das normas e apresentar ao caso concreto. E, por fim, a função normativa, que também é destinada ao juiz, que deve constatar que os princípios podem ser aplicados de forma direta na solução dos litígios, podendo, inclusive, se sobrepor a uma norma **(LEITE, 2017, página)**

Diante disso, percebe-se a importância do estudo e aplicação dos princípios que regulamentam o Direito brasileiro, seja pelo legislador, pelo intérprete ou pelo aplicador do direito.

3.1 Inafastabilidade Jurisdicional

Também conhecido como Princípio do livre acesso à jurisdição, o princípio da inafastabilidade jurisdicional é oriundo do direito constitucional. A Constituição Federal de 1988 o incluiu no rol dos direitos fundamentais. Ademais, está expressamente previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O princípio do livre acesso à jurisdição consagra uma garantia processual, um direito subjetivo de obter a tutela jurisdicional em razão do direito de ação. Mesmo com curta redação, o artigo 5º, XXXV, da Lei Maior, consegue deixar evidente a responsabilidade do Judiciário de julgar e, do mesmo modo, é capaz de anunciar o direito fundamental do acesso à justiça.

Entretanto, importante consignar que a inafastabilidade jurisdicional não pode ser entendida meramente como o acesso à justiça, mas, sim, como o dever do Estado de atender o jurisdicionado de forma correta, célere e segura, de maneira que a sentença garanta seu caráter reparatório.

A respeito do referido princípio, aduzem Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 42)

> Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. (...) para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente, sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (...). O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa, podendo exigir dela a (d) efetividade de uma participação em diálogo - tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação.

Assim, ensinam *Mauro Cappelletti* e *Bryant Garth*:

> "A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reinvindicar e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produizr resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo." (*Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 8)

Denota-se, assim, que é função social do Estado assegurar a qualquer indivíduo o livre acesso à justiça, tendo o Judiciário o dever de apresentar soluções céleres e obedecendo o que determina o ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 Proteção

O princípio da proteção é exclusivo do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. Surge na intenção de equilibrar as relações trabalhistas, impedindo a exploração do capital sobre o trabalho humano. Enquanto no direito comum busca-se a igualdade entre os contratantes, no direito laboral a principal preocupação é proteger o trabalhador, haja vista que se presume ser este a parte hipossuficiente nestas relações. Desta forma, o grande objetivo é alcançar uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Ou seja, a intenção é equilibrar a discrepância causada pela diferença de poder econômico presente entre os contratantes nas relações laborais. Nesse sentido, Delgado afirma (2014, p. 194):

> Toda a estrutura do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico. Em tal relação, o empregador age naturalmente como ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações – ainda que intraempresariais – têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla.
> Em contrapartida, no outro pólo da relação inscreve-se um ser individual, consubstanciado no trabalhador que, como sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta fez emergir o Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego.

Considerado por muitos o maior juslaboralista da América Latina, o uruguaio Américo Plá Rodriguez, afirma, em sua obra clássica[4] — o seguinte entendimento sobre o princípio em comento:

> O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho. Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas.
> O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades. (2002, p. 85)

O princípio da proteção é abordado sob a forma de três prismas. (Plá Rodriguez, 2002, p. 107). O primeiro deles trata-se da regra do '*in dúbio, pro operário'*, que determina a aplicação da interpretação mais favorável ao trabalhador, entre as várias possíveis em uma mesma norma. O segundo, a regra da norma mais favorável, afirma que se houverem diversas normas válidas sobre a relação de emprego, deve-se usar aquela mais benéfica ao trabalhador (Garcia, 2010, p.98). Por fim, a regra da condição mais benéfica, que assegura ao empregado a manutenção de direitos mais vantajosos, impossibilitando a retirada ou modificação deles.

Revela-se, assim, a importância do princípio da proteção, que acaba por limitar a autonomia da parte mais forte da relação – o empregador – e protege o empregado, que já adentra na relação em desvantagem, seja por depender daquele trabalho ou, como mencionado, pela clara diferença econômica.

Todavia, a doutrina vem defendendo a teoria de crise do princípio da proteção, por acreditar que essa idéia ficou no passado ou mesmo que nunca existiu.

Sobre o tema, BOMFIM, (p. 170-171), afirma:

> "É visível a crise enfrentada que enfraquece, e muito, o princípio da proteção ao trabalhador, o que pode ser facilmente constatado pela jurisprudência e súmulas mais recentes dos tribunais trabalhistas, que já não mais defendem ferozmente o trabalhador como outrora faziam, permitindo, em alguns casos, a redução de seus direitos ou a alteração *in pejus*.

[4] Princípios de Direito do Trabalho, 2002

Entretanto, num estado democrático de direito, onde se busca a igualdade entre todos, se faz imprescindível a intervenção estatal para proteger o trabalhador, de forma a compensar a desigualdade que já nasce com a relação contratual.

3.3 Inalterabilidade Contratual

O princípio da inalterabilidade contratual surge do Direito Civil, e tem como principal escopo o cumprimento dos pactos firmados entre as partes, sem que haja alterações no curso do contrato, objetivando uma maior segurança entre os envolvidos.

O artigo 421 do Código Civil estabelece que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função contratual”, ou seja, a liberdade contratual é baseada na autonomia de vontade das partes, as quais podem estipular cláusulas da forma como melhor lhes convir, porém, após a realização do negócio, a autonomia dos contratantes passa a ser limitada por aquilo que foi estabelecido.

Desse artigo surge o princípio da força obrigatória dos contratos e o termo *pacta sunt servanda*, em tradução literal: os pactos devem ser cumpridos.

O princípio da inalterabilidade contratual ou princípio da força obrigatória dos contratos é conhecido classicamente pelo termo *pacta sunt servanda* que traduz a cogência de que emana o contrato (GAGLIANO E FILHO, 2017, P.400). Ou seja, a partir desse termo, entende-se que o contrato faz lei entre as partes.

Orlando Gomes (2008, p. 36) aduz que:

> (...) o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que todo contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade devem ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. [...] Essa força obrigatória, atribuída pela lei aos contratos, é a pedra angular da segurança do comércio jurídico.

Contudo, já há entendimento na doutrina de que este princípio está sendo relativizado, tendo em vista que o novo viés civilista é o da ética, boa-fé objetiva, função social do contrato e não abuso do direito (CASSAR, p. 202).

Delgado sustenta sobre o assunto: (2014, p. 197)

> Sabe-se, porém, que esse princípio jurídico geral (pacta sunt servanda) já sofreu claras atenuações no próprio âmbito do Direito Civil, através da formula Rebus sic stantibus. Por essa fórmula atenuadora, a inalterabilidade unilateral deixou de ser absoluta, podendo ser suplantada por uma compatível retificação das cláusulas do contrato ao longo de seu

> andamento. Essa possibilidade retificadora surgiria caso fosse evidenciado que as condições objetivas despontadas durante o prazo contratual – condições criadas sem o concurso das partes – provocaram grave desequilíbrio contratual, inexistente e impensável no instante de formulação do contrato e fixação dos respectivos direitos e obrigações. Tais circunstâncias novas e involuntárias propiciariam à parte prejudicada, desse modo, a lícita pretensão de modificação do contrato.

No direito do trabalho, por outro lado, tem-se o princípio da Inalterabilidade Contratual in Pejus (lesiva). Sua origem é claramente baseada no princípio da inalterabilidade contratual prevista no Código Civil.

Diferentemente do Direito Civil, no ramo laboralista, a manifestação das partes sobre o contrato é mitigada. Isto é, embora vinculados aos limites da lei, é possível estipular cláusulas iguais ou mais benéficas (para o trabalhador) do que aquelas vigentes no contrato. (CASSAR, 2017, p. 203)

> "Art. 444: As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de **livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho**, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes".

Se, por um lado, a alteração contratual benéfica ao trabalhador é permitida no direito do trabalho, em regra, é totalmente vedada àquela que piore a situação em que o obreiro se encontra. Esta afirmação decorre do que é regido pelo artigo 468 da CLT:

> "Art. 468: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim **desde que não resultem direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado**, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".

O princípio da inalterabilidade contratual in pejus é essencial na busca pelo equilíbrio do contrato de trabalho. De igual forma, é primordial na efetivação da finalidade precípua do direito do trabalho, qual seja a proteção ao trabalhador hipossuficiente

3.4 Vedação ao Retrocesso Social

Os direitos constitucionais fundamentais asseguram proteção e devem evitar excessos sobre os cidadãos. Em razão disso, nenhum direito fundamental

pode sofrer qualquer redução à sua efetividade. E isso é exatamente o que se conhece por vedação ao retrocesso de direitos.

Ingo W. Sarlet (2009, p. 121) explica sobre o referido princípio:

> toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo a restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais ou não).

O princípio da vedação ao retrocesso social é uma garantia constitucional decorrente de três pilares, quais sejam: a segurança jurídica, a máxima efetividade dos direitos constitucionais e a dignidade da pessoa humana. Este princípio insere a idéia de que o Estado, após implementar um direito fundamental, não pode retroceder, seja limitando-o ou o excluindo.

Sendo assim, segundo MELO (2010, p. 66), levando em consideração que a Constituição Federal de 1988 atribuiu caráter de direitos fundamentais aos direitos laborais, estes também estão protegidos pela garantia constitucional do não retrocesso, principalmente por conta da natureza progressiva do caput do artigo 7º da Constituição Republicana, que reza: ”Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”

Melo (2010, p. 66), explica o princípio:

> Denota-se que a CR/88 fixa uma gama de direitos sociais dos trabalhadores, e ainda, claramente firma posição ao mencionar “além de outros” de que outras normas que porventura advierem devem trazer ao obreiro uma condição social melhor do que a anteriormente alcançada no mundo fenomênico. Fortalece o entendimento de que Constituição da República elevou os direitos laborais ao status de garantia fundamental o fato de esses estarem presentes no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, do Título II – Dos Direitos e Garantias fundamentais, em seu artigo 6º. Bem como no Capítulo I – Dos Princípio Gerais da Atividade Econômica – do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, em seu art. 170, o qual estabelece que a orem econômica estará fundada na valorização do trabalho humano.

Nesse mister, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social no direito do trabalho tem um viés histórico, que visa impedir que os trabalhadores voltem a laborar em condições degradantes. Consiste no dever do Estado de se abster de retroceder na consolidação e na aplicação dos direitos fundamentais trabalhistas.

3.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Patamar Mínimo Civilizatório

Pois bem, fazendo uma retrospectiva do que já foi dito, sabe-se que, historicamente, o direito do trabalho é fruto de intensas conquistas. Não é demais afirmar que, se o objetivo principal sempre foi proteger o ser humano, em suas várias dimensões, o princípio da dignidade da pessoa humana é peça significativa neste cenário.

Ora, o Direito do Trabalho é o direito fundamental, social, inerente a um grupo que merece atenção especial em face da sua desigualdade fática e financeira: os trabalhadores.

A idéia de patamar mínimo civilizatório está diretamente ligada à ideia de dignidade da pessoa humana, afinal, ambos fundam-se no conceito de condição mínima a ser assegurado a todas as pessoas pelo estado, conforme determina a Constituição Federal de 1988.

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos (2010):

> A dignidade da pessoa humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios, incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais, etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria.
> A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem. (apud ANDRADE; MUNIZ. 2015, p. 459-460)

Ou seja, a dignidade da pessoa humana é condição inerente do homem; está pautada na integridade física e psíquica, bem como na liberdade e igualdade entre todos, o que é assentado na Constituição Federal de 1988.

Ingo Sarlet (2014, p. 59) conceitua:

> 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 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos'

Não se pode esquecer o que ordena a Constituição Federal, atribuindo como fundamento do Estado a concessão de dignidade ao povo:

> Art 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos
> **III – a dignidade da pessoa humana**;
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> Art 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I – construir **uma sociedade livre, justa e solidária**
> III – **erradicar a pobreza** e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (grifo nosso)

Dito isso, percebe-se a consagração do trabalho como direito fundamental e os valores sociais decorrentes dele como pressuposto de existência digna pela Constituição Federal.

O labor é um dos principais meios para que isso ocorra, pois, através da força do trabalho, o indivíduo passa a ter renda, consumir e se inserir na sociedade, o que promove fluxo no mercado, incrementa a economia e, consequentemente, aumenta os postos de trabalho.

Ressalta-se que não é qualquer trabalho que é considerado direito fundamental. Leite (2017, p.39) induz a idéia de que somente o trabalho realmente dignificante pode ser assim considerado: "Fala-se, assim, em direito ao trabalho digno ou ao trabalho decente como valor fundante de um ordenamento jurídico, político e social"

O trabalho gera valor. Todavia, se o trabalho for insalubre, penoso ou perigoso, o valor gerado é negativo. Diferentemente do trabalho em condições ideais, que se torna saudável, gerando ao obreiro a sua inserção na sociedade e corroborando em sua identidade social.

Nesse entendimento, no seio das relações laborais deve ser vedada a violação da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, ao tratar dos direitos sociais, a Constituição Federal traz ainda:

> Art 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

> proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição
> Art 7º São direitos dos **trabalhadores** urbanos e rurais, além de outros que visem a **melhoria de sua condição social**
> XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Ressalta-se que a concretização da dignidade da pessoa humana só é possível quando se tem acesso à saúde, à educação e ao trabalho digno.

A Constituição Federal é enfática ao dizer em seu artigo 170, III e IV:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios
> III – Função social da propriedade;
> IV – Redução das desigualdades regionais e sociais.

Deve ser evidenciado o papel primordial da classe empregadora na redução de desigualdades através da valorização do trabalho. A doutrina pátria vem entendendo que o Direito do Trabalho é um meio de solidificação da dignidade da pessoa humana, bem como da superação das desigualdades sociais.

É o que diz Godinho (2014 p. 43-44):

> (...) a idéia de dignidade não se reduz, hoje a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa provação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o individuo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho.

Nesse norte, o labor em condições dignas não violará o homem, pelo contrário, a dignidade deve ser pressuposto básico de qualquer emprego. Assim, entende-se que: onde não houver a garantia de um trabalho digno, com respeito à integridade física e psíquica do homem, não haverá o respeito à dignidade da pessoa humana.

4 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017

4.1 Novos Paradigmas Legais para a Reforma Trabalhista

A Reforma Trabalhista tramitou, inicialmente, na Câmara dos Deputados, através do Projeto de Lei nº 6.787/16, no qual foi proferido parecer a favor em Comissão Especial sob a relatoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN) e presidência do Deputado Federal Daniel Vilela (PMDB-GO). Posteriormente,

tramitou no Senado Federal como Projeto de Lei Complementar nº 38/2017, culminando, na promulgação da Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017.

Os parlamentares da base do governo insistiam que a Reforma Trabalhista não retiraria direitos dos obreiros; afirmavam que ela iria modernizar a legislação, protegendo o trabalhador no emprego, reduzindo o desemprego e tornando o processo do trabalho cada vez mais célere. O projeto em comento tinha como objetivo aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva e da atualização da mão-de-obra no país

A partir da leitura do relatório da Comissão Especial, fica demonstrado que se buscou discutir amplamente a matéria, seja com membros do Governo Federal, do Poder Judiciário Trabalhista, Ministério Público do Trabalho e também com o povo, através de audiências públicas, seminários, entre outras reuniões para discussão do tema.

Ao todo, foram dezessete audiências públicas, sete seminários e quarenta reuniões sobre a reforma, nas quais foram apresentadas 850 emendas ao projeto, dentre as quais, algumas foram excluídas pelos autores.

Embora a Reforma Trabalhista tenha alguns pontos que atinjam os direitos dos trabalhadores, ela não é de todo atentatória aos dispositivos constitucionais, de modo que resta comprovada sua constitucionalidade.

Pois bem, quanto à necessidade de uma reforma na legislação trabalhista, o relator do projeto destacou que em 1943, 60% da população brasileira vivia no campo, muito diferente da situação em que se vive atualmente. Ressaltou que hoje existem muitas profissões que naquele tempo não existiam, enquanto outras desapareceram.

Do mesmo modo, o avanço da tecnologia alterou e muito os métodos de trabalho do brasileiro. Marinho, no decorrer do relatório de projeto da lei, (2017, p.17), ao realizar uma comparação entre o ano da antiga CLT e o século atual, salienta que hoje, na era das tecnologias da informação, telefones celulares conseguem carregar mais processamento que toda a NASA quando enviou o homem à Lua.

Ademais, o relator reformista (MARINHO, 2017) ao citar o ex Ministro do TST, João Oreste Dalazen, que afirmou, em 2012, que a CLT é rígida, que engessa

a relação entre patrão e empregado, da mesma forma que é muito detalhista e confusa, além de cheia de lacunas.

Eis que, buscou-se modernizar a legislação trabalhista no Brasil, visando um maior equilíbrio entre as normas e o tempo em que se vive.

A legislação trabalhista passa por um momento de grande e profunda transformação, com a entrada em vigor da Lei n. 13.467, de 13 de Julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista e sancionada no Governo do Presidente Michel Temer, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, e as Leis nº 6.019 de 3 de Janeiro, de 1974 e a Lei nº 8.036 de 11 de Maio 1990, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Nos últimos anos, o Brasil vem passando por uma forte crise, com instabilidades econômicas e políticas. A reforma trabalhista é vista como uma das medidas necessárias para a criação, ou melhor, para a retomada, de um ambiente institucional, jurídico e econômico favorável ao país.

Dentre os argumentos justificadores da necessidade de alteração nas normas jus laborais, sustentou-se a tese de necessidade de atualização, haja vista que a Consolidação das Leis do Trabalho – de 1943 – estaria antiquada, tendo em vista o crescimento do país, da economia e as mudanças trazidas pela globalização.

Há que se ressaltar, todavia, que inúmeros dispositivos da antiga CLT foram alterados e revogados durante o passar dos anos, em busca de adequar a legislação à realidade social vivida em cada época. Do mesmo modo que algumas matérias foram regulamentadas pela legislação infraconstitucional, Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST.

Por outro lado, embora seja pautada na idéia de atualização, a Reforma Trabalhista manteve alguns artigos obsoletos da antiga CLT. A exemplo disso, cita-se o artigo 850, parágrafo único, que continua a chamar de “Junta” as hoje conhecidas como “Varas do Trabalho”. Da mesma forma, mantém a expressão o “voto dos vogais”, os antigos Juízes Classistas, que hoje também não mais fazem parte da estrutura do judiciário trabalhista. É o que se expõe adiante:

> Art. 850: Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão

> Parágrafo único: O Presidente da Junta, após propor a solução do dissídio, tomará os votos dos vogais e, havendo divergência entre estes, poderá desempatar ou proferir decisão que melhor atenda ao cumprimento da lei e ao justo equilíbrio entre os votos divergentes e ao interesse social.

Da interpretação do retromencionado artigo, percebe-se que, caso o objetivo primordial do legislador fosse, de fato, a atualização desta legislação, ele teria observado a redação de certos artigos e realizado a exata e atualizada alteração.

Outro ponto debatido pelos apoiadores da reformulação trabalhista é a grande quantidade de processos que tramitam na Justiça do Trabalho. Dizia-se que a CLT trazia normas exageradas e que isso acabava por tornar o processo mais litigioso.

Embora esse argumento venha principalmente da classe empregadora, ele não detém sentido algum. Seria o caso de o legislador excluir condutas ilícitas do regramento nacional com o objetivo de reduzir as ações e consequentes condenações. Não obstante, algumas das modificações trazidas pela reforma trabalhista acabam por tornar o processo mais lento, principalmente aquelas que dizem respeito à fase de execução.

Os defensores desta idéia chegam até a afirmar que a Justiça do Trabalho é responsável pelo alto desemprego no país, posto que atrapalharia a atividade empresarial. E, seria justamente por conta disso que as alterações trazidas pela Reforma seriam eficazes no combate ao desemprego.

> “a Reforma Trabalhista veio com o objetivo maior de diminuir a litigiosidade que é muito alta no Brasil e estimular a produtividade nas empresas com a criação de novos empregos, esse sim, o maior drama dos trabalhadores. O desemprego é um problema social dos mais graves, pois gera problemas financeiros, psicológicos (depressão, ansiedade, etc) e outras anomalias para o trabalhador, já que é ligado à sua sobrevivência e ao bem-estar familiar”. (LTr, VOLUME 81, Nº 12, p. 1415-1454, 2017)

Há que se ressaltar, entretanto, que a Justiça do Trabalho é apenas uma válvula de escape da classe trabalhadora em busca de seus direitos. A grande maioria dos casos que circulam na Justiça laboral é de trabalhadores que pleiteiam apenas verbas rescisórias. Essa busca decorre puramente de uma cultura brasileira de não pagar o que se deve. Afinal, quem não conhece a história: “quer seu direito? Busque na justiça”.

Pois bem, de fato, a CLT precisava, em parte, ser atualizada. Todavia, uma grande parte dos artigos alterados veio de modo prejudicial aos que deveriam ser protegidos – a parte hipossuficiente na relação.

4.2 Alterações à Legislação Trabalhista

A reforma trabalhista foi promulgada no dia 13 de Julho de 2017, passando a vigorar a partir de 11 de Novembro de 2017. Três dias após a sua vigência, o Presidente Michel Temer editou a Medida Provisória nº 808 de 14 de Novembro de 2017, alterando diversos artigos da Reforma Trabalhista.

Ocorre, entretanto, que a medida provisória 808 não chegou a ser analisada e muito menos votada pelo Senado Federal, fato que gerou a perda da sua eficácia no dia 24 de Abril de 2018, após a publicação do ato declaratório no Diário Oficial da União, que ocorreu no dia 25 do mesmo mês. Vigorando, dessa maneira, a redação original da Lei.

A Reforma Trabalhista não foi elaborada com o principal foco de proteger o trabalhador. Pelo contrário, de certo modo, passou a proteger o empregador, a parte mais potente na relação de emprego.

Delgado (2017, p. 40) afirma que a Lei 13.467/2017 busca instituir inúmeros mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva à concepção de Estado Democrático de Direito, aos princípios constitucionais e sociais e aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Além dos argumentos fantasiosos, serão demonstrados abaixo inúmeros artigos que foram inseridos ou modificados, que tornaram a nova legislação um tanto quanto prejudicial ao trabalhador, de forma que atingiu diretamente direitos conquistados com muita luta e afetou toda a evolução percorrida em busca do ideal de preservação do patamar mínimo civilizatório

4.2.1 Teletrabalho

Com o desenvolvimento tecnológico e as novas formas de trabalho surgidas no país, o exercício da atividade profissional efetuado de casa ou de outro

local que não seja a empresa está cada vez mais presente no Brasil. Os defensores da reforma pautavam a regulamentação do teletrabalho como uma mudança necessária. E assim o foi feito.

O capítulo II-A da CLT reformada veio tratando especificamente sobre o teletrabalho. Enquanto o artigo 75-B o conceitua o seguinte:

> Art 73-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Ocorre que, caso seja feita uma breve análise do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, e que permaneceu com a reforma, não se denota nenhuma diferença entre este artigo e o 73 – B, acima citado, visto que ambos prevêem o trabalho a distância:

> Art 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego (redação dada pela Lei nº 12.551 de 2011)
> Parágrafo Único: Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, supervisão do trabalho alheio.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi alterada pela Lei 12.551 de 15 de Dezembro de 2011 para prever o teletrabalho.

Outrossim, pela leitura do mesmo artigo 6º, percebe-se que a jornada do teletrabalhador, independente do local da prestação do serviço, desde que haja os requisitos da relação empregatícia: habitualidade, onerosidade e subordinação (CORREIA, p. 800) Havendo a presença desses três requisitos, restará configurada a relação e devidos os direitos trabalhistas. Logo, é certo que o período que o trabalhador fica de sobreaviso ou aguardando ordens, deve ser contado como período trabalhado.

Porém, não foi este o entendimento do legislador reformista. A Reforma trouxe a real novidade em relação ao teletrabalho. Trata-se da inclusão do inciso III ao artigo 62 na CLT, que dispensa o teletrabalhador de qualquer controle de jornada, ou seja, aquele que exerce o teletrabalho não terá direito às possíveis horas extras, intervalos ou adicionais que vier a realizar.

Outro ponto que merece destaque é o artigo 75-C, que foi instituído com a reforma, trazendo uma enorme e desnecessária formalidade na realização do contrato, e impedindo a contratação tácita do empregado em regime de teletrabalho. (CORREIA, p. 804) Ora, se as relações trabalhistas são caracterizadas justamente pela informalidade, ao trazer tanto protocolo simplesmente dificulta iniciação do vínculo.

Em contrapartida, traz uma facilidade na alteração do contrato de teletrabalho para presencial, visto que, tal mudança, independe de anuência do trabalhador.

> Art. 75-C: A prestação de serviços na modalidade teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.
> §1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.
> §2ª Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Além do mais, o parágrafo segundo do referido artigo, possibilitou a mudança no regime de trabalho sem a anuência do empregado, o que é, no mínimo, uma alteração favorável ao empregador.

E, se é favorável ao empregador, nem sempre o será para o trabalhador. Nesse sentido, importante relembrar o que foi dito alhures acerca do princípio da inalterabilidade contratual *in pejus*: qualquer modificação que piore a situação do obreiro é uma afronta ao principio retromencionado.

4.2.2 Proteção do Trabalho da Mulher

Como justificativa para a criação da reforma trabalhista, o principal argumento foi o de necessidade de atualização, tendo sido afirmado, reiteradas vezes, que o trabalhador não perderia direitos.

Pois bem, não é exatamente o que se vê quando se estuda o Capítulo “Da proteção ao trabalho da Mulher”.

Para embasar o que se diz, importante mencionar o artigo 384 da antiga CLT, que foi revogado pela Lei 13.467 de 2017.

> Art. 384 CLT/43. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho.

Com o enfoque de obter igualdade entre homens e mulheres, o intervalo de 15 minutos que era previsto na antiga legislação, para a classe feminina, foi retirado. Ocorre, entretanto, que esse intervalo se justifica em decorrência de uma necessidade fisiológica básica feminina e, nesse sentido, entendiam os tribunais pátrios:

> ARTIGO 384 DA CLT. **PAUSA DE 15 MINUTOS PARA MULHER**. CONSTITUCIONALIDADE. **A necessidade do intervalo de 15 minutos para a mulher antes do início da sobrejornada se justifica pelas mesmas razões pelas quais se impõe ao trabalho feminino a restrição do art. 390 da CLT (emprego de força muscular).** Afinal, embora a CF tenha estatuído a proteção da pessoa independentemente do sexo, ela não altera a realidade da diversidade fisiológica entre homens e mulheres, exatamente o pressuposto em que o artigo 384 da CLT se funda. Assim sendo, referido artigo não é extensivo aos empregados do sexo masculino.Acórdão PJe TRT 3ª / Terceira Turma / 2014-08-04 Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Turma3ª Região - Minas Gerais (TRT 3ª Região. 2014.On-line, Acordão nº 0010254-56.2013)

Não restam dúvidas de que revogar um artigo que obrigava a concessão de um intervalo de quinze minutos antes do período extraordinário de trabalho é retirar direitos do trabalhador, o que contraria os princípios do Direito do Trabalho.

Igualmente, quem mais teve seus direitos afetados foram às gestantes e lactantes, bem como seus filhos.

Explica-se. Antes da Reforma trabalhista, o artigo 394-A trazia a seguinte redação:

> Art 394-A CLT/43. A empregada gestante ou lactante **será afastada** enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, **operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre**.

Ou seja, enquanto grávida e lactante, a mulher seria proibida de laborar em condições insalubres.

Entretanto, a nova redação da Reforma traz o seguinte:

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
> I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
> II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, **quando apresentar atestado de saúde**, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
> III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, **quando apresentar atestado de saúde**, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Isto é, o artigo novel passou a permitir o trabalho da gestante em locais considerados insalubres, em grau médio ou mínimo, e em qualquer grau para aquela que esteja em período de lactação. O afastamento será concedido quando apresentado atestado que recomende o desligamento do trabalho naquelas condições.

Há que se ressaltar, a Medida Provisória 808 de 14 de Novembro de 2017, editada três dias após a vigência da Reforma, buscava modificar alguns artigos, dentre os quais, o 394-A, especialmente o §2º e §3º, passando a ter a seguinte redação:

> Art 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade
> §2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médio de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades;
> §3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.

A MP foi editada buscando reduzir alguns dos prejuízos trazidos pela nova legislação ao trabalhador brasileiro.

O caput do referido artigo, trazia redação similar ao artigo da CLT/1943, visando proteger a gestante do trabalho insalubre. Em contrapartida, não é o que se conclui da redação dos parágrafos que o seguem, que acabam por possibilitar o trabalho da gestante em condições insalubres quando apresentado atestado médico de forma voluntária. A contrário senso, o parágrafo terceiro aduz que a lactante só será afastada quando apresentar atestado que recomende o afastamento.

Todavia, como já foi mencionado acima, **a Medida Provisória perdeu sua eficácia**, passando a vigorar então a redação original da Lei 13.467 de 2017.

Dito isso, alterar a legislação para uma nova forma que não proíbe o trabalho insalubre e perigoso de grávidas e lactantes, além de ser uma afronta ao princípio da proteção e da vedação ao retrocesso social, pode trazer inúmeros riscos ao futuro da trabalhadora e do filho que está prestes a nascer ou que está amamentando.

Sobre a antiga previsão de proibição do trabalho insalubre à grávidas e gestantes e posteriormente sobre a alteração da Reforma, Melo (2017, **p. ARTIGO CONJUR**), ex-Procurador Regional do Trabalho, em artigo sobre o tema, aduz:

> Esse objetivo encontra respaldo em fundamento científico, porque, comprovadamente, o trabalho em ambientes insalubres é prejudicial não só às trabalhadoras em qualquer situação, mas, principalmente, às gestantes e lactantes, ao feto e à criança em fase de amamentação, sendo correta a proibição do trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres, o que foi ignorado pelo Congresso Nacional e pelo presidente da República, que sancionou a lei sem qualquer restrição.

Levando esse fato em consideração, resta claro o desrespeito aos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, que estabelecem como direito social a saúde e a proteção à maternidade e à infância.

Não bastasse isso, o legislador pátrio trouxe, ainda, outra previsão quanto à amamentação, que veio elencada no parágrafo segundo do artigo 396 da nova CLT.

> Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que se complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um
> §2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo **deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.**

A previsão do parágrafo segundo destoa do que se entendia pela jurisprudência e pela doutrina brasileira. *In verbis*:

> INTERVALO DE DESCANSO PARA AMAMENTAÇÃO. O art. 396 da CLT estabelece a obrigação de o empregador conceder 02 intervalos de 30 minutos cada, durante a jornada, visando a proporcionar à empregada lactante fazer a amamentação do seu filho nos primeiros 06 meses de vida da criança. Apesar de a referida norma não estabelecer os horários em que os intervalos devam ser concedidos, utilizando-se apenas da expressão "durante a jornada de trabalho", o seu objetivo é não só proporcionar a adequada amamentação da criança, o que seria ilógico pensar que aconteceria apenas pelo prolongamento do intervalo intrajornada, como

> também aumentar o tempo de contato entre mãe e filho. Esse contato não só é importante, como também é essencial para o correto desenvolvimento físico e psíquico da criança. Para isso, o legislador pretendeu acrescentar, além do intervalo intrajornada, que também pode ser utilizado pela mãe para amamentar seu filho, mais 02 intervalos no decorrer da jornada de trabalho, não sendo razoável pensar que a criança irá amamentar o volume de duas mamadas ao mesmo tempo, porque, unilateralmente, por vontade da empresa, os intervalos foram agrupados e concedidos de uma só vez, ao final da jornada ou elastecendo-se o intervalo intrajornada, o que seria melhor para a reclamada. O intervalo para amamentação não foi criado pelo legislador para suprir interesse da mãe, muito menos pode ser medida de negociação, pois o verdadeiro interessado é a criança, para ela se dirigindo o benefício Acórdão TRT 3ª / Quinta Turma / 2014-06-03 Tribunal Regional do Trabalho. 5ª Turma 3ª Região - Minas Gerais (TRT. 2014. On-line, Acórdão nº 0001274-44.2012)

O legislador reformista, ao estabelecer que os descansos para amamentação devam ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador, não considerou que tal intervalo tem como principal interessado a criança e sua formação, razão pela qual esta matéria deveria ser definida de acordo com as necessidades dela, e não ante acordo entre patrão e empregada, haja vista a possibilidade de haver imposição conforme a vontade da parte forte (o empregador).

É fato que a Reforma Trabalhista, mais uma vez, foi contra o que determina o artigo 6º da Constituição Federal, as normas de medicina e segurança do trabalho e o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

4.2.3 Do Intervalo Intrajornada

Outro ponto que merece destaque é o intervalo intrajornada, que é o período de descanso que ocorre ao longo do expediente de trabalho, e tem por finalidade a reposição das energias pelo trabalhador ou outro motivo específico determinado pela lei, a exemplo da alimentação ou amamentação (CASSAR, p.701).

A concessão do repouso está prevista no artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho, e é norma de medicina e segurança, razão pela qual o empregador não poderia suprimir.

Esse intervalo visa unicamente à saúde do obreiro, objetivando, portanto, a redução da fadiga, de modo que evite qualquer acidente no local de trabalho. CASSAR (2017, p. 613) afirma: “Nem a norma coletiva poderá suprimir ou fracionar

o intervalo, salvo raros casos autorizados por lei, pois a medida é indispensável para reposição de energia, alimentação e descanso".

Aduz o artigo 71, § 4º da CLT de 1943 o seguinte:

> Art 71. CLT/43: Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda 6 (seis) horas, **é obrigatória a concessão de um intervalo** para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.
> §4º. Quando o **intervalo** para repouso e alimentação, previsto neste artigo, **não for concedido pelo empregador**, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinqüenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Interpretando esse dispositivo, o TST entendeu no sentido de que a não concessão ou a concessão parcial do intervalo mínimo para repouso e alimentação, implicaria no pagamento do intervalo inteiro, com acréscimo de 50% sobre a hora normal.

> Sum. 437. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 71 DA CLT
> I – Após a edição da Lei nº 8.923/94, **a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregador urbano e rural, implica o pagamento total do período** correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, sem prejuízo do computo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

A doutrina juslaboralista discutiu por muito tempo a natureza jurídica do respectivo adicional. Vólia Bonfim (2017 p. 614) em análise sobre o assunto, afirma que havia uma tendência em considerar a medida como uma penalidade, o que acarretaria em torná-la uma indenização e não uma hora extra e, por isso, a parcela discutida não teria natureza salarial e, sim, indenizatória.

Por outro lado, a doutrina majoritária, composta por Mauricio Godinho Delgado, Alice Monteiro de Barros e Sérgio Pinto Martins, entendia no sentido de que aquele intervalo, se não concedido, implicaria em tempo a disposição do empregador, logo, deveria ser remunerado como hora trabalhada (CASSAR, p. 614). Da mesma forma era o entendimento da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que estabeleceu a natureza salarial no inciso II da Súmula 437:

> Sum. 437. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 71 DA CLT
> III – **Possui natureza salarial** a parcela prevista no art. 71 § 4º da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923 de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

O objetivo primordial era desencorajar o empregador a colocar seus funcionários no trabalho durante o período de descanso.

Entretanto, após a Lei nº 13.467/17, o artigo 611-A, III, da CLT autoriza a redução desse intervalo por meio de Acordo ou Convenção Coletiva, corroborando o que previa a Portaria nº 42 do Ministério do Trabalho e Emprego, e ignorando toda e qualquer recomendação de segurança que protege o obreiro:

> Art.611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
> III – Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas.

Não obstante, a nova redação trazida pela Lei da Reforma Tabalhista aduz o seguinte sobre a não concessão ou concessão parcial do intervalo:

> Art. 71, § 4º. A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregador urbanos e rurais, **implica o pagamento, de natureza indenizatória**, **apenas do período suprimido**, com acréscimo de 50% (cinqüenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho

Ou seja, com a alteração, caberá ao empregador pagar somente o intervalo que deixou de ser usufruído pelo empregado. Outrossim, o novo dispositivo também prevê que o pagamento terá natureza indenizatória, diferentemente da antiga redação. Nesse caso, não deverá o obreiro receber reflexos desse pagamento em férias, 13º salário, aviso prévio e incidência do FGTS.

Mais uma vez o legislador reformista não levou em conta que a supressão do intervalo compromete a saúde do trabalhador. Sem o intervalo, maior é a probabilidade de acidentes, causando prejuízos tanto para os trabalhadores, em geral, como para o empregador.

Outrora, a CLT e jurisprudências condicionavam o pagamento do intervalo completo em caso de supressão, justamente para que o intervalo intrajornada fosse concedido em sua totalidade.

Constata-se que, repetidamente, o legislador traz inovações prejudiciais ao trabalhador, tendo em vista que não observou os dizeres do artigo 7º da Constituição Federal, muito menos se atentou ao princípio da proteção que fundamenta as relações de trabalho.

4.2.4 Da Jornada 12x36

A jornada de trabalho diz respeito à quantidade de horas que o trabalhador fica a disposição, prestando serviços à empresa. Uma das maiores vitórias conquistadas pela classe trabalhadora foi a limitação da jornada.

Ordinariamente, a duração máxima do trabalho fica limitada a 8 horas diárias e 44 horas semanais, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 7º, XIII:

> Art. 7º, XIII: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A limitação da jornada do trabalho foi imposta visando reduzir prejuízos à saúde do trabalhador (CORREIA, 2018, p. 773). Excepcionalmente, o legislador possibilita a jornada superior a de 8 horas diárias. Dentre as hipóteses, se prevê a jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso.

A jornada 12x36 consiste em 12 horas de trabalho e 36 de descanso. Como dito, é admitida pela lei em casos excepcionais, tendo em vista que o aumento na jornada de trabalho é nocivo ao obreiro, considerando a fadiga que pode lhe causar, facilitando ainda mais doenças e acidentes, podendo acarretar em danos para a empresa e sociedade em geral.

O Tribunal Superior do Trabalho passou a admitir a referida jornada por meio da Súmula 444, desde que por acordo ou convenção coletiva.

Pois bem, não esgotadas as modificações, o novo artigo 59-A da CLT, aduz sobre a possibilidade de regulamentação da jornada 12x36 por simples acordo individual entre as partes, diferentemente do que determina a Constituição Federal.

> Art. 59-A.Em exceção ao disposto no artigo 59 desta Consolidação, é facultado às partes, **mediante acordo individual escrito**, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de

> doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou **indenizados os intervalos para repouso e alimentação**

Em outra senda, é público e notório que, aqueles que trabalham nessa jornada, não descansam as 36 horas que deveriam. Muitos, aproveitando esse tempo e devido à necessidade financeira, correm para outros empregos, em busca de outros meios de obtenção de renda.

Ademais, com a nova regra, o legislador passou a permitir que empregador e empregado acordem acerca da indenização do horário de descanso. O que já era bastante prejudicial àqueles que seguem jornada normal, se torna muito pior diante de uma jornada longa como a de 12 horas de trabalho.

Vale ressaltar que, da mesma forma que ao trabalhador de jornada comum, a verba paga pelo intervalo suprimido do empregado da jornada 12x36, será indenizatória, e não refletirá em demais verbas contratuais.

Dessa maneira, diante do que foi demonstrado acima, mais uma vez resta claro que o legislador optou pela supressão de direitos trabalhistas em favor da melhoria na qualidade de vida da empresa, violando totalmente o princípio da proteção e ao texto constitucional, que prevê aos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Não fosse demais, outra novidade trazida pela Reforma Trabalhista foi o parágrafo único do artigo 60 da CLT. O artigo trata sobre as atividades insalubres, que em caso de prorrogação de jornada, deverão ser acordadas mediante autorização do Ministério do Trabalho, conforme se depreende:

> Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Industria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federias, estaduais e municiais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.
> P.Único. **Excetuam-se da exigência de licença** prévia as jornadas de **doze horas de trabalho por trinta e seis horas** ininterruptas de descanso.

Ora, além da possibilidade de trabalhar sem intervalo, aqueles que laboram sob a jornada de 12x36 também poderão trabalhar em atividade insalubre

não licenciada pelas autoridades do Ministério do Trabalho. Essa mudança é totalmente contrária aos ditames dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

No mais, se faz interessante citar o fim da prorrogação da hora noturna, trazida pela Reforma Trabalhista.

A norma trabalhista estabelece como trabalho noturno aquele realizado entre 22:00 horas e 05:00 horas, para o trabalhador urbano e das 21:00 às 05:00 para o trabalhador rural. Prevê, de igual forma, o acréscimo na remuneração de 20% (urbano) e 25% (rural). Outrossim, o parágrafo 5º do artigo 73 da CLT reza: "Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste capítulo". Ou seja, daqui se tira a conclusão que aquele trabalhador que segue jornada noturna e ultrapassa o horário de 5h da manha, receberá como hora noturna aquelas depois deste horário.

Ocorre que, ao empregado que trabalha na jornada 12x36, a Reforma Trabalhista suprimiu tal direito, por meio do artigo 59-A, parágrafo único:

> P. único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o artigo 70 e o § 5º desta Consolidação.

Dessa maneira, impossível não vislumbrar a retirada de direitos pelo constituinte da Reforma.

4.2.5 Das Dispensas Imotivadas Coletivas e Negociação Coletiva Prévia

Um dos princípios que regem o Direito do Trabalho é o da Continuidade da Relação de Emprego. Barros (2006, p. 183) aduz que este princípio está pautado no artigo 7º, I, da Constituição da República, enfatizando que o Direito do Trabalho tende a resistir à dispensa arbitrária e a premiar as estabilidades.

A dispensa coletiva não era regulamentada no Brasil antes da Reforma Trabalhista, todavia, o Tribunal Superior do Trabalho já tinha entendimento sobre a questão.

Segundo Melo (2017) a temática surgiu quando a empresa Embraer demitiu aproximadamente 4.200 funcionários no ano de 2009, sem qualquer acordo com o sindicato. A questão virou dissídio coletivo e julgado procedente no TRT da

15ª Região, que declarou abusiva a dispensa em razão de ausência de negociação coletiva. Em seguida, o TST entendeu, por maioria dos votos, que a demissão em massa, diante das graves conseqüências econômicas e sociais, deve ser submetida a negociação com o sindicato dos trabalhadores, para que se busque mecanismos que reduzam o impacto para a sociedade.

No tocante à questão, a Reforma Trabalhista trouxe a regulamentação, todavia, diferente do entendimento que vigorava.

> Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Segundo Cláudio Jannotti da Rocha (2017, p.325), a dispensa individual consiste na demissão do trabalhador devidamente reconhecido pelo empregador. Enquanto a dispensa plúrima é quando o empregador, dispensa empregados por um fato em comum. Já a Dispensa Coletiva ocorre quando o empregador não atinge um empregado ou um grupo determinado, mas vários empregados determinados.

Como se vê, o legislador pátrio conseguiu equiparar três formas de dispensa totalmente diferentes uma das outras.

Novamente, mostra-se imprescindível salientar que a nova previsão trazida na reforma é totalmente contrária ao entendimento da Constituição Federal, especificamente do artigo 7º, I, que esclarece:

> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Pois bem, tal mudança abriu margem para notícias como as subsequentes:

No jornal Folha do Estado de São Paulo, foi noticiado o seguinte acontecimento (2017):

> Quase um mês após a entrada em vigor das novas regras trabalhistas, o grupo de ensino superior Estácio comunicou nesta terça-feira a demissão de 1.200 professores. A instituição possui hoje cerca de 10 mil docentes.

> Novos profissionais serão recontratados para substituí-los sob o modelo trabalhista renovado.

Neste caso, a empresa demitiu 1.200 funcionários para recontratar outros 1.200, sob uma forma mais benéfica a elas. Ou seja, repetidamente, a reforma permite a supressão de direitos trabalhistas em face do bem estar patronal.

Vale destacar que, quando a Reforma traz a desnecessidade de acordo ou convenção coletiva, viola também um dos argumentos que ensejaram a mudança, qual seja: desembaraçar o processo, em busca de soluções mais céleres, como a negociada.

4.2.6 Da Quantificação da Indenização por Danos Morais

Segundo aponta Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 95) dano é a “subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a honra, imagem, liberdade”.

Enquanto o dano material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, o dano moral ou extrapatrimonial é o que ataca os direitos de personalidade inerentes às pessoas. Ou seja, é todo o sofrimento que não decorre de uma perda material. É o resultado de ação ou omissão que causa lesão à pessoa (física ou jurídica).

CASSAR (2017, p. 894) entende que desde o surgimento da Constituição Federal, o dano moral não está atrelado somente à dor, tristeza, sofrimento. Passou-se a abarcar nesse conceito a violação ao nome, à imagem, à voz, à estética, em virtude do artigo 5º, X, da Lei Maior, que diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral”.

Outrossim, deve-se lembrar que para obter direito à indenização por dano, é necessário a presença de três requisitos, quais sejam: dano, ato ilícito, abusivo ou atividade de risco (responsabilidade objetiva) e nexo causal.

Importa destacar que a Lei da Reforma Trabalhista trouxe novo título – “Do dano extrapatrimonial” –, que abarcam os artigos 223-A a 223-G.

Os artigos 223-C e 223-D trazem, taxativamente, os bens jurídicos tutelados:

> Art. 223-C: A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.
> Art. 223-D: A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados, inerentes à pessoa jurídica.

Essa recente taxatividade que a CLT trouxe é um tanto injusta, tendo em vista que ao relacionar os bens imateriais, não mencionou a privacidade (BONFIM, 2017, p. 897). Novamente, o legislador fez questão de tomar passos solitários, ao abandonar os ditames constitucionais, mais especificamente o artigo 5º, X.

Ponto que merece destaque é a quantificação da indenização por danos extrapatrimoniais. Antes da Reforma Trabalhista, prevalecia a tese do arbitramento, sem parâmetros definidos sobre valor, haja vista que o dano moral não tem medida pecuniária, sendo impossível quantificar a dor, o sofrimento ou a angústia e humilhação que alguém sofreu.

Antes da Lei nº 13.467/2017, existiam quatro correntes acerca da quantificação do valor do dano moral, é o que diz CASSAR (2017, p.906). A primeira delas consistia em uma remuneração por ano de serviço ou fração superior à seis meses, em aplicação analógica do artigo 478 da CLT/73. Informa que foi usada por um bom tempo, no entanto, foi desprezada, haja vista que a intensidade de sofrimento não é proporcional ao tempo de serviço.

A segunda corrente utilizada estava contida no Código Penal, que determinava a aplicação do artigo 953 do Código Cível. A terceira corrente pautava-se em aplicar a Lei de Imprensa, para quantificar em Salários mínimos (de 2 a 20) as indenizações.

E a última delas, e mais utilizada, é a aplicação analógica do artigo 1.694, § 1º do Código Civil, para fixar a indenização de acordo com a capacidade econômica do empregador.

Entretanto, a nova redação da CLT, trazida pela Reforma Trabalhista mudou completamente o sistema de indenizações, visto que previu um sistema tarifário.

O artigo 223-G foi o responsável pela mudança. E ele diz o seguinte:

> Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
> I – a natureza do bem jurídico tutelado;
> II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

> III – a possibilidade de superação física ou psicológica;
> IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
> V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
> VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
> VII – o grau de dolo ou culpa;
> **VIII – a ocorrência de retratação espontânea;**
> **IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;**
> **X – o perdão, tácito ou expresso**;
> XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;
> XII – o grau de publicidade da ofensa.

Os critérios para apreciação do dano moral se assemelham aos antigos utilizados, todavia, a principal alteração trazida pela nova lei foi a classificação da lesão extrapatrimonial em níveis: leve, média, grave, gravíssima. É o que vêm no parágrafo primeiro e seus incisos:

> §1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
> I – ofensa de natureza **leve**, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
> II – ofensa de natureza **média**, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
> III – ofensa de natureza **grave**, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
> IV – ofensa de natureza **gravíssima**, até cinqüenta vezes o último salário contratual do ofendido
> §2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no §1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.
> §3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização

O que se percebe, dessa forma, é que a Reforma trabalhista alterou o tratamento dado ao obreiro vítima de dano moral. A começar pela introdução de um limite tarifário, discriminando trabalhadores por nível de renda, como se a honra de uma pessoa fosse calculada pelo valor de seu salário.

Nas palavras de Correia (2018, p. 1316):

> De acordo com nosso entendimento, que é reforçado pelo posicionamento adotado pelo Ministério Público do Trabalho, o sistema de tarifação do dano moral nas relações de trabalho é inconstitucional, pois impõe limite injustificado ao valor a ser indenizado àquele que sofreu o dano, o que pode impedir a sua reparação integral.

Como será explicar que em um acidente em uma obra, onde faleçam engenheiro e servente, aquele receba uma indenização dez, vinte ou até trinta vezes

superior à deste? Pois bem, o que se percebe é uma legislação altamente preconceituosa e seletista.

Por outro lado, ao supor um empregado que recebe salário mínimo e que sofre danos morais em decorrência de assédio moral, assédio sexual, acidente de trabalho, ou mesmo aquele que esteja trabalhando em condições análogas à de escravo, não caberia condenação superior a cinqüenta salários mínimos ao empregador.

Outrossim, ao imaginar um trabalhador que recebe salário mínimo e é o único provedor da casa, em caso de acidente de trabalho em que ele fique tetraplégico ou venha a óbito, seria justo que sua indenização ou a indenização a ser paga à sua esposa e filhos fosse no máximo de R$ 46.850,00?

Sobre o artigo 223-G da CLT, que estabelece o sistema tarifário do dano moral, Correia salienta:

> O art. 223-G da CLT, deverá, no futuro, ser declarado inconstitucional pelo STF. A tarifação do dano moral viola os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana previstos no artigo 1º, III e 5º da Constituição Federal, ao estabelecer o limite para a violação de um direito de personalidade da pessoa. Além disso, o próprio STF e STJ não admitiram o sistema de tarifação que era previsto na Lei de Imprensa.

Para se ter noção da mudança trazida pela Reforma Trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Recurso de Revista nº **92840-68.2007.5.02.0045 elevou, em 2014, o valor da indenização por morte de um empregado de R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) para R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Em outro caso, o mesmo tribunal e no mesmo ano, por meio do Recurso de Revista nº** 482-19.2012.5.03.0098, condenou a empresa Gerdau ao valor de R$ 600.000,00 pela morte de um empregado que caiu em um forno a 700º Célsius.

Como restou demonstrado, a alteração em relação à quantificação do valor foi altamente contrária aos precedentes dos Tribunais Superiores e às determinações da Constituição Federal.

4.2.7 O Contrato de Trabalho Intermitente

Entre os argumentos utilizados para a necessidade de alteração legislativa, está o alto nível de desemprego e a dificuldade dos empresários de

suportar as obrigações decorrentes do pacto laboral. Foi nesse viés que a Reforma Trabalhista trouxe a figura do Contrato de Trabalho Intermitente.

O artigo 443 da CLT dispõe sobre o trabalho intermitente nos seguintes termos:

> Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, **ou para prestação de trabalho intermitente** (grifei).

No entanto, necessário se conceituar a figura do contrato intermitente, que se faz perante o parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo:

> § 3º. Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados **em horas, dias ou meses**, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

A nova modalidade de trabalho trazida pela Lei 13.467/2017 é uma forma não contínua, prestada com alternância de períodos de inatividade e outros de efetiva prestação de serviços, em horas, dias ou meses, ou seja, no contrato de trabalho intermitente, o empregado não dispõe de jornada fixa ou estabelecida de trabalho, podendo ser contratado por certo período de tempo.

No que concerne à forma de contratação e prestação do serviço, o legislador tratou no artigo 452-A, acrescentado pela nova lei, que diz o seguinte:

> Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente **o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo** ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

Os parágrafos que o seguem, estabelecem que o empregador deve convocar o empregado, por qualquer meio de comunicação eficaz (hoje, diante dos avanços tecnológicos já se permite que tal comunicação seja realizada por meio dos aplicativos de aparelhos telefônicos), informando a jornada a ser cumprida, desde que por prazo de 3 (três) dias de antecedência. Depois de recebida, o empregado

terá 1 (um) dia útil para aceitar ou recusar o chamado e, em caso de silêncio, entende-se pela recusa, não caracterizando uma insubordinação.

O parágrafo quarto estabelece ainda que em caso de aceitação da oferta de trabalho, aquele que descumprir o que fora acordado, inclusive no caso de ser o empregado, deverá pagar multa equivalente a 50% do valor que se receberia/pagaria pela prestação do serviço.

Pela leitura da nova legislação trabalhista, percebe-se que, na figura do contrato intermitente, o trabalhador ficará a disposição do empregador, aguardando ordens, podendo ser solicitado a qualquer momento. Insta destacar, ademais, o parágrafo 5º do artigo 452-A, que aduz que "o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes".

Resta ratificado que se trata de uma clara exceção à regra do artigo 4º da CLT, uma das principais regras que regem co contrato de trabalho, que determina que o tempo à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, será considerado como tempo de serviço.

Não obstante, o parágrafo 6º do artigo que trata do trabalho intermitente informa que ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento da remuneração, das férias proporcionais, décimo terceiro proporcional, repouso semanal e adicionais.

Todavia, assim como em outros assuntos da Reforma Trabalhista, a Medida Provisória 808/2017 alterou alguns artigos, buscando reduzir (em alguns pontos) os danos trazidos pela mudança na Lei. Em relação ao trabalho intermitente não foi diferente, o que será mostrado à seguinte:

> Art.452-A. O contrato de trabalho intermitente será celebrado **por escrito e registrado na CTPS**, ainda que previsto o acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterá:
> I – identificação, assinatura e domicilio ou sede das partes;
> II – **valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo**, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no §12; e
> III – o local e o prazo para pagamento da remuneração

A partir da mudança da MP 808/2017, o prazo para aceitação após a convocação mudou de um dia útil para vinte e quatro horas.

Outrossim, com a alteração, foram adicionados alguns parágrafos, dentre os quais cumpre mencionar o 6º, 11º e 12º:

> §6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no §11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas:
> I – remuneração;
> II – férias proporcionais com acréscimo de um terço;
> III – décimo terceiro salário proporcional;
> IV – repouso semanal remunerado; e
> V – adicionais legais.
> §11º. Na hipótese do período de convocação exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o §6º não poderá ser estipulado por período superior a um mês, contado a partir do primeiro dia do período de prestação de serviço.
> §12º. O valor previsto no inciso II do caput não será inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função.

Cumpre destacar, todavia, que a Medida Provisória perdeu sua eficácia, voltando, assim, a viger a redação original da Lei 13.467 de 2017.

De modo geral, o que se denota da novidade legislativa é que o contrato de trabalho intermitente é um tanto quanto prejudicial ao empregado, haja vista que o obreiro não terá horário de trabalho estabelecido, sequer conta com o salário fixo ao final do mês, ficando a disposição do empregador o dia inteiro, ora prestando serviços e ora com períodos de inatividade, a mercê da necessidade do patrão.

Há que se ressaltar que, inicialmente, o trabalho intermitente já era observado na Europa, Estados Unidos e nos demais continentes, fato que se tornou argumento para convencer o brasileiro acerca da necessidade da modalidade contratual.

Entretanto, diferentemente do que se vê fora do Brasil, o modelo de trabalho intermitente do brasileiro não lhe garante um mínimo remuneratório, ou uma quantidade mínima de horas que serão trabalhadas. Isto é, se o trabalhador não for convocado para atuar por um mês, nada receberá.

A falta de garantia de trabalho e a impossibilidade de previsão trazida pela modalidade do contrato intermitente mostram que, além de a legislação obstruir os princípios relativos ao direito do trabalho, trouxe ao empregado a divisão do risco da atividade econômica com o empregador.

Entendimento esse totalmente contrário ao artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que afirma o seguinte: “Considera-se **empregado**r a empresa,

individual ou coletiva, que **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”

Pois bem, relativizar o direito fundamental ao salário mínimo é manifesta afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, por outro lado, que a figura do trabalho intermitente é um ótimo meio de maquiar a questão da empregabilidade, argumentado por muitos como um dos pressupostos da reforma trabalhista, de modo que o contrato de trabalho estará em vigor, contudo, não é garantido ao trabalhador receber.

Sobre a questão, Correia (2018, p. 696) salienta:

> A instituição do trabalho intermitente foi realizada com o argumento de que traria um aumento de emprego formal, com maior número de trabalhadores registrados e diminuição da economia informal. Apesar da possibilidade de aumento do número de contratações, o trabalho intermitente mantém uma das maiores fragilidades da economia informal, a imprevisibilidade quanto à remuneração recebida ao final do mês, que pode ser agravada em momentos de crises econômicas.

Aidar, Renzetti e de Luca (2017, p.146) quando tratam sobre o tema:

> Assim, haverá **redução na estatística do desemprego**, o que era afinal o objetivo da lei, **mas não haverá empregados com condições de sobrevivência digna, na medida em que estarão submetidos ao trabalho intermitente, que afirmamos precarizar as relações laborais**, ou seja, comemora-se o alcance do objetivo, portanto, sem aumento de arrecadação de tributos, de consumo e de qualidade de vida, o que, na verdade, não deveria ser motivo de festejo algum por parte de quem deveria cuidar do povo.

No mesmo sentido, Lênio Streck (2017) afirma que o contrato de trabalho intermitente foi concebido para tornar precária a contratação dos trabalhadores, trazendo a falsa idéia de incremento de emprego no Brasil.

Ainda nesta senda, submeter o trabalhador a relações de trabalho precárias, para que se sobreviva em condições indignas, optando pela livre iniciativa antes mesmo de valorizar a condição social do trabalho, se revela uma tremenda violação ao artigo 1º, IV e artigo 170, III, da Constituição Federal.

> Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, 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.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> VII – redução das desigualdades regionais e sociais.

Quanto ao que foi comentado, novamente, Aidar Renzetti e de Luca (2017, p.147) aduzem:

> Temos que a prestação de trabalho intermitente não é em momento algum situação vantajosa ao empregado, ante a fragilidade com que se apresenta em suas próprias regras, buscando a facilitação de uma prestação de trabalho descompromissada por parte do empregador, sob o flagrante disfarce da informalidade e da redução de direitos trabalhistas, precarizando as relações laborais, em total afronta aos princípios fundamentais e os peculiares aplicáveis às relações de trabalho subordinado.

Outrossim, a questão do emprego trazida pela Constituição Federal não se limita a uma idéia de quantidade da geração de empregos. Pelo contrário, busca-se, também, a qualidade do emprego.

Portanto, o que se vê é que o legislador reformista não pensou em contribuir com o avanço da sociedade e nem pela erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, conforme determina o artigo 3º da Constituição Federal, mas, sim, outra vez, atendeu os pleitos empresariais, facilitando a contratação e reduzindo os custos trazidos por ela, corroborando, desta maneira, com a precarização do trabalho e da proteção ao trabalhador.

5 NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ACORDO E CONVENÇÃO COLETIVA

O acordo e convenção coletiva são instrumentos negociais decorrentes das negociações coletivas. O primeiro deles é o negócio jurídico extrajudicial efetuado entre sindicato dos empregados e uma ou mais empresas, no qual se estabelecem condições de trabalho entre as partes (CASSAR, 2017, p. 1268). Está regulamentado no parágrafo primeiro do artigo 611 da CLT, que permaneceu após a Reforma Trabalhista, conforme se vê abaixo:

> §1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

A Convenção Coletiva, por outro lado, é um negócio jurídico extrajudicial pactuado entre o sindicato dos empregados e o sindicato dos empregadores, onde se regula condições de trabalho para toda a categoria. (CASSAR, 2017, p.1268). Henrique Correia, (2017, p. 689) de igual modo, aduz que a convenção é um instrumento normativo decorrente da negociação entre sindicatos de empregados e da categoria econômica, que atinge todo o âmbito das respectivas representações.

Seu conceito está previsto no artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho:

> Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Nessa esteira, Cassar (2017, p. 1268) aduz que a convenção coletiva cria normas jurídicas autônomas que visam regulamentar situações futuras. De forma abstrata, entende-se que essas normas jurídicas são capazes de produzir lei entre as partes negociantes. Por outro lado, em sentido formal, as convenções são acordos entre os sindicatos, que criam normas jurídicas entre eles.

O que se conclui é que, enquanto no acordo coletivo figuram em seus pólos o sindicato dos empregados de determinada categoria e a respectiva empresa, na convenção, integram o sindicato dos empregados e no outro lado, o sindicato dos empregadores. Este fato acarreta em uma maior amplitude para a convenção coletiva, visto que abarcam todas as empresas e empregados representados por aqueles sindicatos.

Da leitura do relatório do anteprojeto da nova lei (2017, p. 25), pauta-se a necessidade de trazer segurança jurídica ao direito do trabalho, principalmente entre o que foi pactuado entre as partes – empregado e empregador. É o que se vê no trecho do relator do projeto:

> É a possibilidade de que a negociação coletiva realizada por entidades representativas de trabalhadores e empregadores possa prevalecer sobre normas legais, em respeito à autonomia coletiva da vontade. De fato, a justificação do projeto menciona que o seu objetivo com tal medida é a de “garantir o alcance da negociação coletiva e dar segurança ao resultado do que foi pactuado entre trabalhadores e empregadores.

De igual forma, é afirmado no relatório que não há mais como negar a liberdade às pessoas, que não se pode mais insistir em teses que defendem que o Estado é quem ordena o que a sociedade deve fazer.

Pois bem, essa inovação trazida pela Reforma Trabalhista passa a permitir que sindicatos de empregados e empresários possam estipular condições de trabalho, mesmo que piores do que o mínimo previsto em lei. Tal mudança é uma afronta à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana, além de corromper a CLT e o princípio da vedação ao retrocesso social.

E é isso o que se denota da redação do novo artigo 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho, instituído pós Lei 13.467: "Art. 611-A - *A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei..."*

Não obstante o que determina o artigo supramencionado, dispõe ainda o artigo 8º, § 3º da lei que promoveu a Reforma:

> §3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a **Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico**, respeitado o disposto no artigo 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Percebe-se que o legislador buscou dar maior credibilidade aos acordos entre sindicatos do que em relação à lei, vez que acaba limitando a avaliação do Poder Judiciário quanto ao conteúdo dessas convenções.

Portanto, segundo a lei novel, o Juiz do Trabalho ficará restrito a analisar a legitimidade da parte, o objeto e a forma adotada.

O artigo 611-A da CLT prevê que a convenção ou acordo coletivo **terão prevalência sobre a lei,** quando dispuserem sobre alguns tópicos, o que se faz necessário citar:

> I – pacto quanto à jornada de trabalho observados os limites constitucionais;
>
> II – banco de horas anual;
>
> III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
>
> IV – adesão ao Programa Seguro Emprego;

> V – plano de cargos, salários, funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
> VI – regulamento empresarial;
> VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;
> VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
> IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
> X – modalidade de registro de jornada de trabalho;
> XI – troca do dia de feriado;
> XII – enquadramento do grau de insalubridade;
> XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
> XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
> XV- participação nos lucros ou resultados da empresa;

Nitidamente, a inclusão do novo artigo afetará futuras negociações ou acordos coletivos. Da leitura do caput do referido artigo, percebe-se a contrariedade ao princípio da legalidade e da reserva legal. No entanto, da simples leitura dos incisos, é possível concluir que este vem a ferir os trabalhadores em alto nível, de modo a infringir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Correia (2018, p. 1651) segue o mesmo entendimento:

> Tendo em vista que a Reforma Trabalhista não trouxe nenhum tipo de salvaguarda do trabalhador no art. 611-A da CLT, haveria violação ao princípio da vedação ao retrocesso social diante de ampla negociação coletiva. Não houve, portanto, a garantia do mínimo essencial ao empregado, pois há mudanças que, inclusive, versam sobre segurança e saúde do trabalhador (insalubridade, por exemplo), o que não deve ser admitido, tendo em vista possibilitar uma alteração em prejuízo do trabalhador, reduzindo o núcleo estruturante do Direito do Trabalho.

Trata-se de uma nova legislação que atende aos interesses empresariais; que abdica toda a história de luta e opressão dos trabalhadores em busca de uma vida digna.

Delegar aos sindicatos, que muitas vezes são despreparados, a deliberação sobre graus de insalubridade sem qualquer respeito aos padrões do Ministério do Trabalho e quanto à prorrogação de jornada em ambientes insalubres,

sem qualquer autorização do órgão regulador trata-se uma verdadeira agressão aos preceitos constitucionais. É justamente neste juízo que Correia (p. 1649) aduz que, no Brasil, os sindicato dos trabalhadores, muita das vezes, estão submissos ao poder econômico dos empregadores.

Nesse sentido, o Ministério Público do Trabalho se manifestou em nota técnica, afirmando que o novo artigo 611-A da CLT, ofende o propósito da negociação coletiva prevista na Constituição Federal. Ou seja, o novo artigo é contrário ao que prevê a Constituição, pois nesta, o objetivo é que com acordos e convenções coletivas, a classe obreira possa conquistar outros direitos que melhorem sua condição social e do trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, também se manifestou acerca do artigo 611-A trazido pela Reforma Trabalhista. A manifestação ocorreu no Relatório do Comitê de Peritos da OIT. Acerca do assunto, foi lembrado a respeito de três Convenções específicas, sendo elas as de nº 98, 151 e 154, que trataram sobre a negociação coletiva.

Quanto a essas convenções, cumpre trazer à baila alguns artigos referentes ao tema.

Na Convenção nº 98 da OIT, o artigo 4º diz o seguinte:

> Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar o promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

De outro viés, o artigo 5º da Convenção 154 aduz que “deverão ser adotadas, por parte do Estado, medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva”.

Por este ângulo, ao criticar a introdução do artigo novel, o Comitê advertiu que o verdadeiro objetivo das convenções é o de promover a negociação coletiva com o propósito de trazer termos e condições laborais mais favoráveis aos estabelecidos pela lei.

Resta claro a desobediência do referido artigo 611-A às Convenções da Organização Internacional do Trabalho, aos Princípios do Direito do Trabalho e à própria Constituição Federal.

Quando o legislador brasileiro permite que os termos ajustados por Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho se sobreponham ao que dispõe a Lei, ele simplesmente abandona qualquer teoria sobre o princípio da proteção e da norma mais favorável.

O que se tem é o fato de que o legislador reformista incluiu o artigo 611-B que, diferentemente do artigo 611-A, traz um rol taxativo de matérias que não poderão ser objetos de convenção ou acordo coletivo.

Quanto ao exposto, se faz necessário citá-lo:

> Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

Algo que chama atenção neste artigo é o que diz o parágrafo único: “Regras sobre duração do trabalho e intervalos **não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho** para os fins do disposto neste artigo”.

CASSAR (2017, p. 601) ao fundamentar o capítulo que trata sobre duração do trabalho diz o seguinte:

> As regras de medicina e segurança do trabalho envolvem os períodos de trabalho, os de descanso e as condições de trabalho. São normas imperativas que estabelecem direitos de ordem pública, impedindo as partes de renunciar, transacionar ou dispor de qualquer benesse que a lei tenha concedido ao empregado.

As normas de saúde, higiene e segurança do trabalho buscam atender a necessidade física, psíquica e psicológica do homem. Há um interesse social em proteger a vida do trabalhador, preservando a sua dignidade como pessoa. É injustificável tentar convencer o cidadão, por meio de uma norma legal, de que a redução dos intervalos e o aumento de jornada em nada se relacionam com seu direito de proteção à saúde, higiene e segurança do trabalho.

6 DA INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO

A Reforma Trabalhista que entrou em vigor no dia 11 de Novembro de 2017, trouxe muitas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro. Dentre elas, algumas provocam limitações ou, pelo menos, embaraços ao acesso à justiça.

O livre acesso à justiça é um direito fundamental, que tem previsão expressa na Constituição Federal – artigo 5ª, XXXV; bem como nas declarações

internacionais de Direitos Humanos. O retromencionado artigo constitucional aduz que:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:
> XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

De igual forma, o Código de Processo Civil repete a redação do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição em seu artigo 3º, fomentando a importância do referido dispositivo.

Com relação a esta questão, os Tribunais pátrios vêm entendendo da seguinte forma:

> O princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) não se limita ao acesso à Justiça ou direito à ordem jurídica justa, compreende também a garantia da duração razoável para a satisfação da pretensão processual (CF, art. 5º, LXXVIII, CPC/15, art. 4º) e, para que se obtenha o resultado útil do processo, podem ser expedidas ao poder público ordens cominatórias com pena de multas para o seu cumprimento em prazo razoável. (TJMG - Remessa Necessária-Cv 10479160132847001, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/10/0017, publicação da súmula em 31/10/2017)

Já a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, aduz, em seu artigo 8º salienta:

> Art. 8º Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Dessa maneira, além de ser garantia constitucional, o livre acesso à justiça é uma prerrogativa dos direitos humanos.

Apesar disso, alguns artigos da nova CLT, ao serem interpretados juntamente com o texto constitucional, trazem interpretações incompatíveis com a garantia do livre acesso à justiça. O que se denota da interpretação da lei contemporânea é que houve inequívoco desprezo ao entendimento normativo já

existente, igualmente que não obedeceu ao entendimento jurisprudencial e doutrinário do Direito brasileiro.

Dentre as limitações ao acesso à justiça, ou simples embaraço a ele, será abordado às modificações acerca do Termo de Quitação Anual das Obrigações Trabalhistas, o novo entendimento sobre o Arquivamento das Reclamações e suas Renovações, adentrando ao mérito das custas processuais, o novo dispositivo trazido pela Reforma sobre os Honorários de Sucumbência Recíproca, os Honorários Periciais, a Cláusula Compromissória de Arbitragem e a Concessão de Gratuidade da Justiça.

Tais novidades ofendem a Constituição Federal e os Direitos Fundamentais, constituindo um retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, esse capítulo, corroborado com os demais delineados, faz permanecer a ideia que a Reforma Trabalhista é, prioritariamente, voltada ao atendimento dos interesses das grandes empresas e dos empregadores, justamente o oposto do que fora exposto quando da proposta da nova Lei.

6.1 TERMO DE QUITAÇÃO ANUAL DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Com as modificações trazidas pela Lei 13.467 de 2017, o legislador acrescentou o artigo 507-B na Consolidação das Leis do Trabalho, que diz o seguinte:

> Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicado dos empregados da categoria.

Da leitura do referido artigo, entende-se que as partes (empregado e empregador) poderão, anualmente, por meio do termo de quitação, dar fim às obrigações trabalhistas, com ciência e homologação do sindicato.

Outrossim, o parágrafo único do artigo 507-B estabelece que as partes darão eficácia liberatória às parcelas, uma vez firmado o termo. É o que se vê:

> Parágrafo único: O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

O artigo sugere a união entre empregador e patrão para, assim, realizarem esse termo junto ao sindicato. Entretanto, na prática, tal questão pode ser

bem diferente. Na prática, haverá grande possibilidade de os empregadores coagirem os empregados para que firmem o termo, enquanto, por outro lado, os sindicatos, despreparados, irão analisar a veracidade do que está ali previsto.

Na medida em que se confirme o que está previsto no termo de quitação, as verbas que faria jus o trabalhador já se davam por quitadas, não podendo ele discuti-las na justiça.

Portanto, é certo que a regulamentação do termo de quitação anual de obrigações trabalhistas foi uma maneira que o legislador encontrou de evitar a atuação da Justiça laboral.

Entretanto, o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo que os ditames da Constituição não podem ser revogados por lei ordinária.

Com a intenção de evitar débitos trabalhistas pelas empresas, criaram-se obstáculos aos trabalhadores que buscam a garantia de seus direitos, e este foi um deles.

6.2 CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Segundo a doutrina pátria, o benefício da justiça gratuita consiste na possibilidade da parte litigar em juízo sem que tenha que arcar com as despesas do processo. Tal benefício se justifica ante a sua insuficiência de recursos. (MIESSA, p. 356, 2018)

Por outro lado, Didier Junior e Oliveira (2008, p. 10-11) afirmam:

> Justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários do advogado. Assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público ou particular.

No mesmo sentido sustenta Miessa (2018, p. 356):

> O benefício da justiça gratuita consiste na possibilidade de a parte postular em juízo sem ter de arcar com as despesas do processo, ante sua insuficiência de recursos

> Referido benefício tem como objetivo possibilitar o acesso à justiça de pessoas que não possuam recursos financeiros, de modo que o custo do processo não seja obstáculo para se ter acesso à ordem jurídica.

O benefício tem o objetivo de permitir que qualquer pessoa, inclusive aquela que não tenha condições financeiras, possa postular em juízo qualquer direito que ache conivente, de modo que o custo do processo não lhe seja um óbice. Tal condição tem fundamento no princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, que já foi comentado no decorrer dessa pesquisa por diversas vezes.

De igual modo, o benefício da justiça gratuita e assistência judiciária gratuita estão previstas no artigo 5º, LXXIV da Constituição da República e se faz mister destacar:

> Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-lhe aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos seguintes termos:
> LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Na Justiça Laboral, a assistência judiciária gratuita é regulada pelo artigo 14 da Lei nº 5.584 de 1970, que diz: “Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.

De outro âmbito, o benefício da gratuidade da justiça vinha previsto originalmente no parágrafo terceiro do artigo 790 da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943:

> CLT 1943 - §3º - é facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a translados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (Redação dada pela lei nº 10.537, de 27.8.2002).

Pela sua redação, se entende que, antes da Reforma Trabalhista, o benefício da justiça gratuita seria concedido àqueles que percebessem salário igual

ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que declarassem não estar em condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo seu ou da família.

Ocorre, contudo, que o legislador reformista modificou esse entendimento por meio da alteração realizada no parágrafo 3º e no acréscimo do parágrafo 4º do artigo 790 da Lei nº 13.467 de 2017:

> §3º - é facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a translados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
> §4º O benefício da justiça gratuita será concedido **à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo**.

Antes de tudo, cumpre esclarecer que, no que concerne à alteração trazida nesse artigo, a doutrina diverge sobre a interpretação dos parágrafos mencionados, apresentando duas correntes. Miessa explica cada uma delas, entretanto, deixa claro que entende prevalecer a segunda corrente (2018, p. 367):

> **1ª Corrente**: os §§3º e 4º do art. 790 da CLT devem ser interpretados de forma cumulada, ou seja, permite-se a concessão do benefício da justiça gratuita apenas quando se tratar de salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social e desde que comprove tal condição. Portanto, a concessão somente deriva de critério objetivo.
> **2ª Corrente**: os §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT devem ser interpretados de forma separada (independente), viabilizando a concessão do benefício por dois critérios alternativos: **objetivo** (perceber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social) ou **subjetivo** (comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo).

Ora, independente da corrente que prevaleça, percebe-se que o intuito do legislador reformista em dificultar o acesso do trabalhador à justiça foi tamanho que lhe retirou a possibilidade de obter o benefício da gratuidade de justiça por meio da declaração de pobreza. Após a vigência da nova lei, o trabalhador deve comprovar a insuficiência de recursos para que lhe seja concedido tal benefício.

Embora na justiça do trabalho, normalmente, figurem no pólo ativo da demanda empregados hipossuficientes, que estão em busca de verbas alimentares não pagas no decorrer do contrato de trabalho, o legislador reformista foi na contramão dos movimentos que consolidam as garantias de amplo acesso à jurisdição.

No processo comum, por exemplo, atribui-se a gratuidade da justiça àquele que formular o pedido, não devendo comprovar nada, desde que se trate de pessoa física. É o que diz o artigo 99, §2º e §3º do Código de Processo Civil de 2015:

> Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.
> §2º **O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade**, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.
> §3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural

Sendo assim, resta comprovado o objetivo da Reforma Trabalhista em obstruir o acesso do trabalhador à justiça na busca por seus direitos. Embora fundamentado no princípio da proteção, o processo do trabalho, com a nova legislação que o rege, está bem distante de resguardar o trabalhador hipossuficiente.

Não fosse demais, adiante serão abordados alguns tópicos em que o benefício da justiça gratuita será novamente discutido.

6.3 ARQUIVAMENTO DAS RECLAMAÇÕES E SUA RENOVAÇÃO

No tocante ao comparecimento das partes em audiência, a doutrina diz que, no processo do trabalho, o processo é das partes. E isso se dá em decorrência do artigo 843 da Consolidação das Leis do Trabalho (MIESSA, 2018, p.577).

> Art. 843: Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo sindicato de sua categoria.
> §1º. É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.
> §2º. Se por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer pessoalmente, poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato.

Constata-se pelo dispositivo supra que tanto reclamantes quanto reclamados podem ser representadas nas audiências. O empregado pode ser representado pelo sindicato em ações plúrimas ou de cumprimento e, por outro empregado, que pertença à mesma profissão ou pelo próprio sindicado em razão de doença ou outro motivo poderoso. Enquanto o empregador pode ser representado pelo gerente ou pelo preposto, importante ressaltar que este último não precisa mais ser empregado da empresa, o que se deu com a mudança na legislação e acréscimo do parágrafo terceiro ao artigo 843 da CLT.

Porém, em caso de ausência das partes em audiência, serão produzidos efeitos, a depender da audiência que tenham faltado.

Caso a ausência ocorra na audiência inaugural, provocará o arquivamento da reclamação trabalhista, ou seja, a extinção do processo sem resolução do mérito. Caso a audiência seja adiada após a apresentação da contestação, o não comparecimento do reclamante dá origem à confissão ficta, desde que ele tenha sido devidamente intimado. Por fim, caso a ausência se dê na audiência de julgamento, não haverá qualquer punição para o reclamante.

Pois bem, o artigo 844 da CLT que permaneceu após a mudança trazida pela Lei 13.467 de 2017, é o responsável por tratar sobre o comparecimento das partes em audiência. E diz o seguinte:

> Art. 844. O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia além de confissão quando à matéria de fato.

Ocorre que, o caput do referido artigo permaneceu o mesmo após a mudança na lei. A verdadeira alteração sobre a matéria foi trazida pelos parágrafos que seguem este artigo, senão vejamos:

> §2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao **pagamento das custas** calculadas na forma do artigo 789 desta Consolidação, **ainda que beneficiário da justiça gratuita**, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.
> §3º O pagamento das custas a que se refere o §2º é condição para a propositura de nova demanda.

No que tange ao parágrafo terceiro, a doutrina estabeleceu que motivos legalmente justificáveis são os casos previstos no artigo 473 da CLT, que permitem ao empregado não comparecer ao trabalho sem que sejam prejudicados (MIESSA, 2018 p. 581).

Como demonstrado alhures, o artigo 844, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que foi acrescentado com a Reforma Trabalhista trouxe o verdadeiro abuso: determinou que a ausência do reclamante na audiência inaugural, além do arquivamento da ação, ensejará no pagamento de custas, ainda que ele seja beneficiário da justiça gratuita. O que é uma nítida afronta ao artigo 5º, LXXIV, que diz:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:
> LXXIV – O Estado **prestará assistência jurídica integral e gratuita** aos que comprovarem insuficiência de recursos

Como já comentado em outro momento, a grande maioria das pessoas que recorrem à Justiça Laboral estão desempregadas e, consequentemente, não possuem condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do próprio sustento e de sua família. E é exatamente isso que fundamenta o benefício da gratuidade de justiça.

Ora, se a parte incorrer em ausência na audiência e, em conseqüência, ocorrer o arquivamento do processo, de que serviria a gratuidade de justiça concedida ao obreiro? O dispositivo do parágrafo segundo do artigo 844 da CLT acaba por modificar a natureza das custas processuais para sanção

O que se percebe é que a inclusão do dispositivo na legislação trabalhista busca não só evitar ações temerárias, mas também dificultar o acesso do trabalhador à jurisdição. Todavia, tal mudança não deve ser aplicada, seja pela transformação inviável da matéria ou porque se trata de dispositivo inconstitucional (MIESSA, 2018, p. 583).

Ademais, há que se afirmar que a Consolidação das Leis do Trabalho já prevê punições para aqueles que litiguem de má-fé e para o reclamante que não comparece à audiência. Elas estão previstas nos artigos 732 e 793-A da referida legislação.

> Art. 732. Na mesma pena do artigo anterior (perda do direito de reclamar por 6 meses) incorrerá o reclamante que, por duas vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata no art. 844.
> Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

No mais, necessário fazer constar a ADI nº 5766 ajuizada pela Procuradoria Geral da República que busca a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Reforma Trabalhista, dentre os quais o que está sendo comentado no presente tópico. (NOTICIA SITE DO STF)

> "Na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantias de amplo e igualitário acesso à Justiça, as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família", afirma o procurador-geral.

Desta forma, a única conclusão que pode-se chegar é a de que resta violado o direito de acesso à justiça do cidadão brasileiro, garantido constitucionalmente.

6.4 HONORÁRIOS DE SUCUMBENCIA RECÍPROCA

A partir do surgimento da Constituição Federal, o advogado passou a ser considerado essencial à administração da justiça, pelo que determina o artigo 133. Anos mais tarde, em 1994, a Lei n. 8.906 estabeleceu como atividade privativa do advogado postular em qualquer órgão da justiça.

Entretanto, a Justiça do Trabalho não seguiu à risca tais determinações, haja vista que permite o *jus postulandi*, ou seja, possibilita que a parte ingresse no juízo sem a presença de advogado.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho sumulou a regulamentação acerca do cabimento e da condenação dos honorários, onde, se fazia necessário, além da sucumbência, a presença de outros requisitos, conforme se vê adiante:

> Súmula 219 TST: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015)
> I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14, §1º, da Lei 5.584/1970).
> II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.
> III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.
> IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90)
> V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.
> VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no CPC.

Porém, com a promulgação da nova legislação trabalhista, esta súmula perdeu sua eficácia, sendo cancelada. A doutrina, inclusive, anteriormente, já apoiava seu cancelamento (MIESSA, 2018, p. 334), pois criticava a aplicação de honorários sucumbênciais somente na ação rescisória e nas lides que não derivassem de relação de emprego, conforme item III e IV da súmula retro.

De qualquer sorte, vale esclarecer que honorários sucumbênciais são aqueles que são devidos pela derrota da parte, ou seja, o vencido ficará responsável pelo pagamento.

Outrossim, a reforma trabalhista introduziu o artigo 791-A na CLT que aduz:

> Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.
> §1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.
> [...]
> §3º Na hipótese de **procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca**, vedada a compensação entre honorários.

Importa aclarar que a sucumbência recíproca no processo do trabalho ocorre quando o reclamante obtém a procedência parcial dos seus pedidos. Ou seja, na hipótese de o reclamante realizar inúmeros pedidos e um deles não ser provido, tanto reclamante como reclamado sairão da lide como vencedores e vencidos em parte.

A questão da sucumbência recíproca também gerou bastante controvérsia. Deveras, este também foi um dos tópicos discutidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766 que trata sobre alguns aspectos da Reforma Trabalhista.

Não obstante, por conta disso é que também será, futuramente, objeto de discussão entre os tribunais superiores.

Insta esclarecer novamente que, embora exista previsão na justiça comum, o artigo novel trabalhista fez questão de trazer um ônus ao reclamante, inexistente em outras searas da justiça brasileira. O que é assustador, tendo em vista o caráter protecionista da justiça laboral.

Nesse viés, o artigo 86 do CPC e a Súmula 326 do STJ tratam sobre a sucumbência recíproca de maneira diversa da inserida no processo do trabalho:

> Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.
> Parágrafo Único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.
> Súmula nº 326: Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Sabendo que a grande maioria dos litigantes da justiça do trabalho que figuram no pólo ativo da demanda são pessoas pobres e que são beneficiárias da justiça gratuita, o legislador acrescentou o parágrafo quarto no artigo 791-A, que diz o seguinte:

> §4º **Vencido o beneficiário da justiça gratuita**, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, **as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão ode gratuidade**, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Ademais, faz mister consignar o artigo 98 do CPC, que afirma que os honorários do advogado e do perito compreendem a gratuidade da justiça.

Como dito alhures, embora no processo do trabalho vige o princípio tutelar, o legislador permitiu que o reclamante beneficiário da justiça gratuita, sucumbente, pagasse honorários. Tal norma desconsidera o que fundamentou a concessão da gratuidade da justiça e a subtrai do beneficiário para o pagamento de despesas processuais, o que sem dúvidas, será realizado com recursos econômicos indispensáveis à subsistência do trabalhador e de sua família.

Não fosse pouco, o parágrafo quarto citado ao norte prevê que o reclamante beneficiário da justiça gratuita sucumbente, arcará com os honorários do advogado da parte contrária se, obter em juízo, mesmo que em outro processo créditos capazes de suportar essa despesa.

Ora, como aduzido no princípio da presente pesquisa, os reclamantes das ações trabalhistas, normalmente, visam o recebimento de verbas salariais. Nesse sentido, o legislador pretende que as verbas salariais percebidas em ações trabalhistas sejam usadas para pagamento de honorários advocatícios?

É certo que a possibilidade do reclamante pagar honorários ao advogado da parte contrária, mesmo que seja beneficiário da justiça gratuita, traz certa insegurança ao postulante. É um claro óbice à sua pretensão jurídica.

A exemplo, necessário citar a decisão de Juíza do Trabalho de Rondonópolis/MT que sentenciou condenando o reclamante ao pagamento de honorários de sucumbência no importe de R$ 700.000,00 no processo nº 0001922-90.2016.5.23.0021:

> "A parte autora é sucumbente quanto aos pedidos de pagamento de diferenças de comissões de venda de veículos, de horas extras, dias de descanso remunerado em dobro, de multa do art. 477 da CLT, de indenização adicional do art. 9º da Lei 7238/84 e indenização por danos morais.
> O autor atribuiu aos pedidos, respectivamente os valores de R$ 1.143.120,50, R$ 555.066,22, R$ 94.178,14, e R$ 12.825.768,00. Sobre todos estes valores atualizados deve o autor pagar honorários de sucumbência no percentual de 5%.

Nesse sentido, resta claro que o legislador reformista trouxe entraves ao direito constitucional do livre acesso à jurisdição, previsto no artigo 5, XXXV, da

Constituição Federal, ferindo os princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social.

6.5 HONORÁRIOS PERICIAIS

É simples afirmar a notoriedade, principalmente após a leitura do primeiro capítulo desta pesquisa, do Direito do Trabalho ter como pressuposto a resolução de litígios decorrentes das relações laborais. Onde, normalmente, figuram nos pólos ativos e passivos o empregado e o empregador, respectivamente.

Pois bem, nesse sentido, via de regra o pólo ativo é ocupado por um trabalhador desempregado ou acidentado. Ou seja, quase sempre o reclamante é hipossuficiente e não tem condições de arcar com qualquer custa processual.

Nesta senda, ao tratar sobre o princípio da proteção em tópico acima, esclareceu-se que, por esse motivo – hipossuficiência do trabalhador – o legislador celetista de 1943, buscou igualar o desequilíbrio existente entre as partes, prestigiando a parte pobre em alguns dispositivos.

No que tange ao princípio do livre acesso à jurisdição, percebeu-se que é necessário que não haja entraves probatórios a dificultar a tutela jurisdicional.

Ao contrário do que determina esses princípios, inúmeros processos na Justiça do Trabalho restam esquecidos por conta do não pagamento dos honorários periciais, o que se dava por aplicação do artigo 19, §º e artigo 95 do Código de Processo Civil, que dizem:

> Art. 19. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o inicio até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.
> §2º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica.
> Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

Exigir do trabalhador o adiantamento é lhe negar o livre exercício do direito de ação; é lhe forçar a desistir do direito inalienável ou fazê-lo renunciar o direito de receber a completa prestação jurisdicional. Porém, há quem acredite que

não teria óbice alguma repassar ao economicamente mais forte o adiantamento dos honorários periciais. (PÁDUA e FROTA, 2014, p. 04)

Embora existam entendimentos contrários sobre o adiantamento dos honorários periciais, como o dos magistrados do TRT da 16ª Região, citados logo acima, o TST sedimentou jurisprudência sobre o assunto através da Orientação Jurisprudencial 98 da SBDI-2, conforme se vê:

> MANDADO DE SEGURANÇA. CABÍVEL PARA ATACAR EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. (NOVA REDAÇÃO DETERMINADA PELA RES. 137/2005 – DJU DE 22.08.2005)
> É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à reabilitação da pericia independentemente do depósito. Acordao: 2014-07-31;0010579-13.2014.5.03.0000

Ao seguir esse direcionamento, o colendo Tribunal Superior do Trabalho acaba por permitir o travamento do processo, eternizando demandas e impossibilitando o jurisdicionado de ter o seu direito garantido.

Sobre o assunto, Pádua e Frota (2014, p. 05) concordam no seguinte entendimento:

> A falta de adiantamento de honorários periciais nos feitos trabalhistas, além de contrariar os princípios antes referidos, tem servido para eternizar demandas, principalmente aquelas decorrentes de acidentes de trabalho. E esse fato acaba por beneficiar o economicamente mais forte, sendo que a morosidade na resolução dessas lides ainda influi, decisivamente para agravar as vergonhosas estatísticas de acidentes de trabalho e de outras violações à saúde do trabalhador. [...] lamentavelmente, os honorários periciais têm sido um verdadeiro obstáculo à entrega da prestação jurisdicional de forma completa e adequada ao menos afortunado.

Cumpre citar julgado em que o Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão adota o mesmo posicionamento dos magistrados supra:

> MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS PERICIAIS PROVISÓRIOS. ADIANTAMENTO. PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO À JUSTIÇA. HIPOSSUFICIÊNCIA. ART.790-B da CLT. Mostra-se prudente a determinação da autoridade coatora ante a imprescindibilidade da prova pericial a ser produzida, se contrapondo à hipossuficiência presumida do reclamante. Dessa forma, a **fim de garantir o livre acesso ao judiciário, correta foi a decisão do magistrado em determinar o adiantamento dos honorários periciais** pela parte ré. Segurança conhecida e denegada. 28/04/2014. ACORDÃO TRT 16ª / Tribunal Pleno /

> MS 0019400-14.2012.5.16.0000. Tribunal Regional do Trabalho. Tribunal Pleno. 16ª Região - Maranhão

Embora o Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão estivesse dando entendimento protecionista ao trabalhador no tocante aos honorários periciais, o legislador reformista resolveu positivar o entendimento do TST, através da modificação realizada no artigo 790-B e parágrafos:

> Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, **ainda que beneficiária da justiça gratuita.**
> §3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.
> §4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Antigamente, os honorários periciais eram devidos pela parte sucumbente, salvo se beneficiária da justiça gratuita. Isso mudou.

Com a Reforma Trabalhista, autorizou-se até o uso de créditos trabalhistas auferidos em qualquer processo pelo demandante beneficiário da justiça gratuita para pagamento de honorários periciais. Ou seja, pela nova regra da CLT, o beneficiário da justiça gratuita sucumbente arcará com o pagamento das custas da prova pericial se neste ou em qualquer outro processo tenha obtido créditos capazes de suportar essa despesa. A União só arcará se não houver ganho patrimonial algum.

Tal previsão se destoa por completo do que determina o artigo 95, §3º, II, do Código de Processo Civil, quando estabelece que a fonte de custeio da prova pericial em favor da parte beneficiária da justiça gratuita será feita pelos recursos alocados no orçamento do Estado.

Aqui, o legislador reformista, inclusive, desrespeitou o Código de Processo Civil, a exemplo do artigo 98, §1º, VI:

> §1º **A gratuidade da justiça** compreende:
> VI – os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira.

Surge o seguinte questionamento: como a parte hipossuficiente que, comprovadamente não tem condições de arcar com as custas decorrentes do processo, terá condições de arcar com honorários do perito?

Ademais, insta destacar que a Procuradoria Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766 onde busca a revogação de alguns dispositivos da Reforma Trabalhista, dentre os quais o artigo 790-B, tratado aqui neste tópico. (NOTICIA SITE STF, 2017)

> "A ADI requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 790-B da CLT (*caput* e parágrafo 4º), que responsabiliza a parte sucumbente (vencida) pelo pagamento de honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Na redação anterior da norma, os beneficiários da justiça gratuita estavam isentos; com a nova redação, a União custeará a perícia apenas quando o beneficiário não tiver auferido créditos capazes de suportar a despesa, "ainda que em outro processo". Assinala que o novo Código de Processo Civil (CPC) não deixa dúvida de que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios"

O que se depreende desse novo entendimento é que o processo ficará bem caro a quem necessite de provas periciais, tornando mais embaraçoso ao demandante. Como já mencionado alhures, boa parte dos interessados que ingressam na Justiça do Trabalho são trabalhadores hipossuficientes. O provável resultado da cobrança de honorários periciais ao reclamante, ainda que beneficiário da justiça gratuita, será a desistência do pedido que necessite dessa perícia, visando assegurar o recebimento das demais verbas pleiteadas.

Sendo assim, as imposições sobre o reclamante feitas pela Reforma Trabalhista ultrapassam aquelas previstas na Justiça Comum, o que desequilibra mais ainda a relação entre patrão/empregado, desobedecendo aos princípios da proteção do trabalhador e, principalmente, do livre acesso à justiça.

6.6 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM

A arbitragem é um método alternativo de solução de conflitos, onde as partes escolhem um terceiro para decidir. Segundo a doutrina de Carreira Alvim (2004, p.24), a arbitragem é um sistema:

> "(...) em que o Estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e

> observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial”

Pelo que se percebe, a arbitragem é um procedimento facultativo às partes contratantes, e a sentença proferida pelo árbitro (alheio à Justiça do Trabalho) terá a mesma força que uma decisão judicial.

Regulada pela Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996, a arbitragem surge para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme preconiza o artigo 1º da referida Lei. Sobre a questão suscitada e a aplicação da arbitragem no processo do trabalho, Cassar (2017, p. 1263) sustenta:

> “De acordo com o art. 1º da Lei 9.307/96 a arbitragem só pode ser utilizada para dirimir conflitos cujos direitos sejam de natureza patrimonial disponível, o que não ocorre com a maioria das lides individuais trabalhistas, pois tratam de direitos previstos na legislação, logo, de caráter imperativo, de ordem pública. Em função disso, a arbitragem tem maior aplicabilidade no âmbito do direito coletivo que trata de direitos patrimoniais disponíveis”

No mesmo sentido, Correia (2018, p. 1730) salienta que no processo do trabalho, a arbitragem era prevista somente para dirimir conflitos coletivos. É o que estabelece a Constituição Federal, especificamente em seu artigo 114, §1º, que diz: “Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”

Não obstante, o autor supramencionado (2018, p. 1731) também afirma que, doutrina e jurisprudência não permitem a utilização na arbitragem nos conflitos individuais trabalhistas pelo fato de os direitos trabalhistas serem irrenunciáveis, pelo estado de subordinação do trabalhador, o que faz presumir duvidosa a sua vontade de aderir à Cláusula Compromissória e em virtude da hipossuficiência do trabalhador. Segundo CASSAR, (2017, p. 1264) essa cláusula é o pacto que estabelece que, em caso de divergência contratual, as partes deverão solucioná-la por intermédio de um arbitro.

Ocorre que, dentre as mudanças da Lei 13.467 de 2017, houve a inclusão do artigo 507-A, que passou a permitir que, nos contratos individuais de trabalho, possa ser pactuada a Cláusula Compromissória de Arbitragem, desde que a remuneração do empregado seja, pelo menos, duas vezes superior ao limite máximo do Regime Geral da Previdência Social.

Se faz imprescindível mencionar:

> Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996

Como se vê, além do trabalhador receber salário duas vezes superior ao Regime Geral da Previdência Social – R$ 11.062,62 – a cláusula compromissória deve ocorrer por iniciativa do obreiro ou pela sua concordância expressa, passando a idéia que, embora subordinados, os empregados terão capacidade de manifestar livremente sua vontade, em decorrência do seu padrão salarial (Correia, p. 1731).

Ocorre que, diante da crise enfrentada no Brasil e da situação de baixa empregabilidade, dificilmente se verá um trabalhador se opor a uma proposta, ou mesmo imposição, do empregador. Assim, mesmo recebendo um alto salário, dificilmente o obreiro negará uma proposta da cláusula compromissória de arbitragem. Dessa maneira, concordando com a cláusula, em caso de descumprimento de contrato por parte do empregador, a resolução do conflito será buscada através da arbitragem, seguindo os procedimentos da Lei 9.307 de 1996.

Entretanto, há que se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em caso da justiça comum envolvendo duas empresas, proclamou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, por meio do Agravo Regimental nº 5206 (1997). Da mesma forma entendeu no sentido de que a cláusula compromissória não ofende o amplo acesso à Justiça.

Segue decisão:

> "O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º, do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996. Votou o presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário 12.12.2001."

Porém, cumpre destacar que, mesmo tendo decidido o STF dessa maneira, na seara justrabalhista a aplicabilidade da arbitragem aos contratos individuais pode ser visto de maneira divergente.

Ou seja, em tese o dispositivo pode não ser uma ofensa à inafastabilidade da jurisdição. Todavia, na prática, o empregado que recebe salário

acima dos R$ 11.000,00 deverá se submeter à Cláusula Compromissória de Arbitragem não por opção, mas por necessidade.

Presumidamente, caso o empregado se negue a concordar com a imposição da Cláusula Compromissória, o empregador não o contratará, preferindo alguém que atenda a submissão da cláusula. Assim, se não é de todo um impedimento ou mesmo um obstáculo ao acesso a justiça, é uma maneira de o patrão poder cercear o direito do empregador de discutir direitos na justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso objetivou analisar as principais alterações advindas com a Lei nº 13.467 de 13 de Julho de 2017 na disciplina das relações de trabalho, investigando se as mudanças representam obstáculo ao trabalhador quanto ao acesso à Justiça do Trabalho e, neste caso, se há violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Foi possível notar que parte da doutrina que estuda o Direito do Trabalho, considera que a Reforma Trabalhista trouxe inúmeros mecanismos em direção contrária e regressiva ao que determina o Estado Democrático de Direito. Sendo necessário, assim, visualizar o que desencadeou esse entendimento.

Pois bem, para que fosse feita a análise a respeito da mencionada Reforma, foi imprescindível realizar um levantamento histórico, de forma genérica, sobre o direito do trabalho, de modo a expor como se deu a luta dos trabalhadores para conquistar os direitos que possuem atualmente. Destarte, foi possível notar que a luta foi árdua, lenta, mas que, em 1943 os direitos laborais reconhecidos no Brasil foram reunidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Além disso, o Direito do Trabalho é regulado por princípios, dentre os quais importa citar o da inafastabilidade de jurisdição, que consiste na garantia processual do livre acesso à justiça. O da proteção, que visa proteger o obreiro na

relação com o empregador, vedando, inclusive, a alteração contratual lesiva. E o princípio da vedação ao retrocesso social, que impossibilita que trabalhadores laborem em condições degradantes. Vale ressaltar, ademais, a dignidade da pessoa humana e o patamar mínimo civilizatório, que são condições inerentes ao homem, resultantes da saúde física e psíquica.

A unificação das leis já existentes em uma consolidação atribuiu aos trabalhadores direitos mínimos e fundamentais para uma existência digna. De igual modo, proporcionou o conhecimento dos direitos trabalhistas a todos os interessados.

Entretanto, com a alteração Consolidação das Leis do Trabalho em 2017, alguns dos direitos antes previstos foram destituídos, alterando o cenário. Conforme analisado, o trabalho expõe as principais mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, onde foi possível perceber que o trabalhador teve inúmeros dos seus direitos retirados.

Neste sentido, importou citar o teletrabalho, que se caracteriza pela prestação do serviço fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação, onde se dispensa o controle de jornada. Significa dizer que, após a Reforma, os trabalhadores que exerçam o labor nessa modalidade estão privados do recebimento de horas extras, contrariando determinação da Constituição Federal.

Outrossim, ao estipular sobre contrato de trabalho intermitente, que consiste em um trabalho não contínuo, variando entre períodos de prestação de serviços e outros de inatividade, o legislador reformista não trouxe qualquer segurança ao obreiro da quantidade de tempo que trabalhará, e, consequentemente não estipulou um mínimo de quanto irá receber. Isso traz um risco seríssimo ao trabalhador que, embora contratado, esteja encostado, sem receber qualquer salário.

No que tange à proteção do trabalho da mulher, restou perceptível que, além de retirar o descanso antecedente à jornada extraordinária, a Reforma passou a permitir o trabalho de gestantes e lactantes em locais insalubres e perigosos. Por esta razão, acreditar que a nova legislação não retirou direitos é uma tarefa árdua.

Além disso, através das modificações reformistas, se permitiu a redução do intervalo intrajornada daquele que possui jornada de trabalho de 8 horas. Quanto

aqueles que exercem a jornada 12x36, a nova lei estabeleceu que o intervalo pode ser substituído por indenização. Não se atentou o legislador que a redução desse intervalo pode trazer sérios riscos à saúde do trabalhador.

A Lei nº 13.467 de 2017, trouxe a possibilidade das empresas demitirem coletivamente seus funcionários, sem que houvesse a necessidade de convenção coletiva. Anteriormente à vigência da Lei, a dispensa coletiva só era possível através de convenção, com base no princípio da continuidade do contrato de trabalho, que buscava proteger o obreiro. Portanto, significa dizer que a Reforma Trabalhista abdicou das garantias operárias em favor dos interesses empresariais.

Sobre a indenização por danos morais, foi possível perceber que a nova Lei trabalhista estipulou níveis aos danos, da mesma forma que estipulou as indenizações com base no salário da vítima. Constata-se, dessa maneira, que o novo diploma legal atribuiu valor à honra do trabalhador, baseado em seu salário.

Em meio aos estudos da pesquisa realizada, se observou ainda que, com a reforma trabalhista, o legislador buscou dar maior segurança jurídica àquilo que é pactuado entre as partes por meio de convenções coletivas. Não se atentou o legislador reformista, quão perigoso é entregar aos sindicatos poderes para regulamentar normas que prevalecerão sobre a lei. A segurança jurídica do obreiro restou rompida, haja vista que ele fica “nas mãos” de quem o representa.

A Reforma Trabalhista viola o princípio da inafastabilidade jurisdicional, pois, conforme analisado, caso assinado o termo de quitação das obrigações trabalhistas, pressupõe-se que, todo o débito que ali havia, estará quitado. Ou seja, o obreiro estará coagido a dar por satisfeitas as verbas decorrentes do contrato, para garantir seu emprego, impossibilitando qualquer pretensão futura na Justiça do Trabalho.

Vê-se afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição quando o obreiro hipossuficiente deve comprovar sua situação de pobreza para obter a Justiça Gratuita, diferentemente do que ocorre na justiça comum. E, caso dê causa a um arquivamento, deverá o reclamante arcar com as custas processuais. Ademais, caso consiga obter o acesso à justiça gratuita, o trabalhador ainda corre riscos de arcar com honorários de sucumbência recíproca e honorários periciais. Tais pagamentos representam um claro obstáculo ao acesso à justiça, pelo temor que pode causar no empregado que esteja com a pretensão jurisdicional.

Nesse sentido, foi importante destacar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766, ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo ex-Procurador Geral da República Rodrigo Janot, que busca a declaração de Inconstitucionalidade dos artigos que penalizam o jurisdicionado beneficiário da Justiça Gratuita.

Como limitações do presente estudo destacam-se as constantes mudanças nos normativos (vide Medida Provisória), o que requer uma constante atualização sobre a temática, além da magnitude em que a pesquisa analisa o texto frio da lei, antes de haver qualquer jurisprudência ou entendimento pacífico na doutrina sobre o tema abordado.

Diante do exposto, torna-se possível alegar que é imprescindível que haja uma proteção especial ao trabalhador, que lhe é garantida por meio tanto da Constituição Federal quanto de Princípios que regem a vida em sociedade. E que, apesar disso, a nova CLT consegue romper com os ditames destes dois últimos regimes e ferir de maneira preocupante os direitos já conquistados pela classe.

Dito isso, cumpre ser ressaltado que não se pretende esgotar o tema. Entende-se que ainda há muito o que ser discutido, todavia, o que se propicia é ter contribuído para o fomento do debate sobre a Reforma Trabalhista, discutindo construtivamente sobre a alteração legislativa e seus efeitos para o trabalhador brasileiro.

BIBLIOGRAFIAS

AIDAR, Leticia. RENZETTI, Rogério. DE LUCA, Guilherme. **Reforma Trabalhista e Reflexos no Direito e Processo do Trabalho**. LTr, 2017

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 3, n. 38, p. 56-71, 2007. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/80598>. Acesso em 03 de Abril 2018 (REVISTA)

ALVIN, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. 2. Ed. Atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004

ANDRADE, Amanda Martins Rosa. MUNIZ, Mirella Karen de C. Bifano. O controle da utilização de banheiro no ambiente de trabalho e a ocorrência de danos morais indenizáveis ao empregado. **Revista LTr**, São Paulo, v. 79, nº 04, abril 2015, p.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. Ed. 2. São Paulo, LTr, 2006.

BRASIL. **Lei da Arbitragem**. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm> – acesso em 17 de Maio de 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2011

BRASIL. **Estatuto da Advocacia**. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm> Acesso em 15 de Abril de 2018

BRASIL. **Lei da Reforma Trabalhista**. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> acesso em 19 de Março de 2018

BRASIL. **Medida Provisória nº 808**. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm> acesso em 19 de Março de 2018

BERTOLO, José Gilmar; RIBEIRO, Ana Maria. **Prática Processual Civil Anotada**. Campinas: Mizuno, 2015

BÔAS, Bruno Vilas. Brasil tem 12,7 milhões de desempregados, afirma IBGE. 2018. Disponível em: http://www.valor.com.br/brasil/5352207/brasil-tem-127-milhoes-de-desempregados-mostra-ibge Acesso em 26 de Maio de 2018

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. Disponível em: < https://www.passeidireto.com/arquivo/2207246/acesso-a-justica---mauro-cappelletti-pdf> acesso em 29 de Maio de 2018

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Método

CASTELO, Jorge Pinheiro. Panorama geral da reforma trabalhista : aspectos de direito processual/material. Revista Ltr : legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 81, n. 12, p. 1415-1454, dez. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/122552>. Acesso em 7 de Abril de 2018

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa **de Responsabilidade Civil**, 10 ed., Atlas, 2012

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. 2012. Ed. Malheiros, São Paulo.

CORRÊA. Antonio de Pádua Muniz. FROTA. Paulo Sérgio Mont'Alverne. Honorários Periciais: uma barreira significativa ao livre acesso à Justiça do Trabalho. 2014. Disponível em: <https://www.trt16.gov.br/artigos/HONORARIOS_PERICIAIS.pdf> Acesso em 03 de Maio 2018

CORREIA, Henrique. **Comentários à MP 808/2017**. Salvador, Ed.Jus Podivm, 2017

CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos. Os direitos sociais na Constituição. Vinte Anos depois. As promessas cumpridas ou não. In: Direitos Sociais na Constituição de 1988, São Paulo, LTr, 2008. (ARTIGO DENTRO DE LIVRO P. 7-12)

DELGADO. Mauricio Godinho. DELGADO. Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei 13.467/2017** São Paulo. LTr.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo. LTr: 2014

DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1060/50)**. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010

FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho** – 2ª. Ed. – São Paulo: LTr, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. Estácio de Sá demite 12 mil professores após reforma trabalhista. 2017. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/12/1940980-estacio-de-sa-demite-12-mil-professores-apos-reforma-trabalhista.shtml> acesso em 14 de Abril de 2018

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. 1ª ed. São Paulo, Saraiva, 2017

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

GIL. Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4º ed, São Paulo, Atlas, 2002

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

HIGA. Flávio. Reforma Trabalhista e o Contrato de Trabalho Intermitente. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WW/search/*/trabalho+intermitente/vid/690970317> Acesso em 18 de Abril de 2018

HRUSCHKA. Cristian Luis. Home Office e a Reforma Trabalhista. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61197/home-office-e-a-reforma-trabalhista> Acesso em 28 de Maio 2018

JUSTIFICANDO. Gerdau terá de indenizar família de funcionário que foi lançado em forno a 700 graus. 2017. Disponível em:<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/07/27/gerdau-tera-de-indenizar-familia-de-funcionario-que-foi-lancado-em-forno-a-700-graus/> acesso em 17 de Abril de 2018 (REPORTAGEM DE SITE)

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2017

LIMA, Francisco Meton Marques de, LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista entenda ponto por ponto**. São Paulo, LTr, 2017

MANUS. Pedro Paulo Teixeira. **Limites à Análise da Negociação Coletiva conforme a Reforma Trabalhista**. 2017. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/vid/694398889> acesso em 17 de Abril 2018

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33ª ed, Saraiva, São Paulo, 2017

MELO. Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o Direito do Trabalho. In: Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, nº 82, 2010, p. 65-74. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/geraldo_magela_melo.pdf> acesso em 28 de Março 2018

MELO. Raimundo Simão de. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre> acesso em 09/04/18

MELO. Raimundo Simão de. Dispensa Coletiva Antes e Depois da Reforma Trabalhista. 2017. Disponível em: < https://app.vlex.com/#BR/vid/69808522> acesso em: 13 de Abril 2018

MIESSA, Élisson, CORREIA, Henrique, MIZIARA, Raphael, LENZA, Breno. **CLT Comparada com a Reforma Trabalhista**. Jus Podivm, Salvador, 2017.

_____. **Processo do Trabalho**. 5ª ed.Salvador: JusPodivm, 2018

MIZIARA, Raphael. Organização Internacional do Trabalho – OIT se manifesta formalmente sobre pontos da Reforma Trabalhista. 2018. Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/organizacao-internacional-do-trabalho-oit-se-manifesta-formalmente-sobre-pontos-da-reforma-trabalhista/> acesso em 17 de Abril 2018

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28ª ed. São Paulo, LTr. 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2002.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. **A dispensa coletiva da Reforma Trabalhista analisada à luz do Direito Constitucional e da Teoria dos Precedentes**. São Paulo, LTr, 2017

ROMITA, ArionSayão. **O Princípio da Proteção em Xeque e Outros Ensaios**. São Paulo, LTr. 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano*****.** *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.* Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. **.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK. Lênio. **Reforma Trabalhista – Contrato Intermitente é Inconstitucional**. 2017. Disponível em: <https://app.vlex.com/#/vid/698281305> Acesso em 20 de Abril de 2018

TJMG. Remessa Necessária. CV: 10479160132847001. Relator: Renato Dresch. Data de Julgamento: 03/10/2017. **JusBrasil.** 2017. Disponível em: < https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/508486030/remessa-necessaria-cv-10479160132847001-mg> Acesso em 05 de Abril de 2018

TORRES, Ana Flávia Melo. **Acesso à justiça**, *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III n. 10, ago 2002. Disponível em:< http://www.ambito-jurídico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9059> acesso em 03 de Maio de 2018

TRINDADE, Priscila. TST aumenta para R$ 1 milhão indenização por morte. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-08/tst-aumenta-milhao-indenizacao-morte-atribuida-amianto> acesso em: 17 de Abril 2018

TRT 3ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO: RO 0000807-86.2013. DJ: 26/02/2014. **LexML.** 2014. Disponível em:<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;turma.3:acordao:2014-02-26;0000807-86.2013.5.03.0153> acesso em 26 de Março de 2018

TRT 3ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO: RO 0001274-44.2012. DJ: 03/06/2014. **LexML**. 2014. Disponível em: http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;turma.5:acordao:2014-06-03;0001274-44.2012.5.03.0042 acesso em 27 de Março de 2018.

TRT 3ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO: RO 0010579-13.2014. DJ:31/07/2014. **LexML**. 2014. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;secao.dissidios.individuais.1:acordao:2014-07-31;0010579-13.2014.5.03.0000 Acesso em 19 de Abril 2018.

TRT 16ª REGIÃO. MANDADO DE SEGURANÇA: 0019400-14.2012.5.16.0000. DJ 28/04/2014. **LexML.** 2014. Disponível em: < http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.16:tribunal.regional.trabalho;tribunal.pleno:acordao:2014-04-28;0019400-14.2012.5.16.0000> Acesso em 26 de Abril de 2018

VARGAS, Luiz Alberto de et al. **Setenta anos da CLT**: a atualidade do direito social no século XXI. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 232-239, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/39827>.<acesso em 27.03.2018.

http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_098.html

http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html

http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_151.html

http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhista.pdf

AGRAVO REGIMENTAL 5206 DISPONIVEL EM
http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889

http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI275538,11049-Reclamante+e+condenado+a+pagar+mais+de+R+700+mil+de+sucumbencia

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

www.conteudojuridico.com.br

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFBV | Wyden

CURSO DE DIREITO

THIAGO HÉLIO MARTINS DA CUNHA

O SISTEMA ACUSATÓRIO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

RECIFE

2018

www.conteudojuridico.com.br

THIAGO HÉLIO MARTINS DA CUNHA

O SISTEMA ACUSATÓRIO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário UNIFBV – Wyden, como requisito parcial à obtenção do título Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wagner Solano de Arandas.

RECIFE

2018

www.conteudojuridico.com.br

THIAGO HÉLIO MARTINS DA CUNHA

O SISTEMA ACUSATÓRIO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário UNIFBV – Wyden, como requisito parcial à obtenção do título Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wagner Solano de Arandas.

Aprovada em: ___/___/___

_____
Orientador (a)

_____
Avaliador (a)

_____
Avaliador (a)

RECIFE

2018

RESUMO

A pesquisa objetiva analisar a iniciativa probatória de ofício por parte do juiz em relação ao modelo acusatório constitucional de processo penal, afirmando a imparcialidade como um fator de legitimidade da função jurisdicional. A Constituição Federal de 1988 trouxe em sua estrutura uma gama de princípios e garantias fundamentais que pautam todo o ordenamento jurídico. Dentre os princípios, destacam-se alguns que dão base para apontar o sistema processual acusatório, onde existe uma essencial e indispensável separação das funções de acusar, julgar e defender no processo. Para que haja um verdadeiro sistema acusatório, é necessário avaliar se as provas são produzidas pelas partes, sem a participação do seu destinatário (juiz). Para o trabalho, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Com a pesquisa, chegou-se à conclusão de que no processo penal atual subsiste uma forte influência inquisitória, na medida em que, o magistrado conserva poderes instrutórios, determinando a produção de provas de ofício sem a iniciativa das partes, antes mesmo de iniciada a ação penal. O juiz nesse cenário, deve agir como um terceiro imparcial e manter-se afastado da iniciativa probatória, a qual no processo penal, via de regra, cabe ao órgão de acusação. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal sem a iniciativa das partes, compromete a sua imparcialidade. Tal prática, mostra-se incompatível com o atual modelo constitucional de processo, violando a garantia do juiz imparcial.

Palavras-Chave: Sistemas Processuais Penais. Gestão da Prova. Cultura Inquisitória. Constitucionalização do Processo Penal. Imparcialidade do Juiz.

ABSTRACT

The research aims to evaluate the production of exculpatory evidence by the judge in relation to the constitutional accusatory model of criminal procedure, affirming impartiality as a factor of legitimacy of the jurisdictional function. The Federal Constitution of 1988 brought in its structure a range of principles and fundamental guarantees that guide the whole legal order. Among the principles, some stand out that point to the accusatory procedural system, where there is an essential and indispensable separation of the functions of accusing, judging and defending in the process. In order to have a true accusatory system, it is necessary to assess whether the evidence is produced by the parties, without the participation of its addressee (judge). For the work, we use bibliographical, doctrinal and jurisprudential research on the subject. With the research, it was concluded that in the current criminal process there is a strong inquisitorial influence, inasmuch as the magistrate retains instructive powers, determining the production of exculpatory evidence without the initiative of the parties, even before the initiation of criminal action. The judge in this scenario must act as an impartial third party and stay away from the probative initiative, which in criminal proceedings, as a rule, is the responsibility of the prosecution. The judicial powers of the judge in criminal proceedings without the initiative of the parties compromise their impartiality. Such a practice is incompatible with the current constitutional model of procedure, violating the guarantee of the impartial judge.

Keywords: Criminal Procedural Systems. Test Management. Inquisitorial Culture. Constitutionalisation of Criminal Procedure. Impartiality of the Judge.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 9
2. DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O SISTEMA ACUSATÓRIO 12
2.1 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS 12
2.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL 13
2.3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO 14
2.4 O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA 15
2.5 PRINCÍPIO DA PÚBLICIDADE 16
3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS 18
3.1 SISTEMA INQUISITIVO vs SISTEMA ACUSATÓRIO 18
3.2 O SISTEMA MISTO E SUA INCONSISTÊNCIA 21
4. A MATRIZ INQUISITORIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 24
4.1 A PERSISTENCIA DA CULTURA INQUISITÓRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 26
5. DA NECESSÁRIA CONFORMIDADE DO PROCESSO PENAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS 30
5.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL 30
6. O DIREITO DE SER JULGADO POR UM JUIZ IMPARCIAL 35
7. CONCLUSÃO 41
REFERÊNCIAS 43

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como tema os poderes instrutórios do juiz no processo penal frente ao sistema acusatório. A pesquisa visa responder a seguinte pergunta: Os poderes instrutórios do juiz no processo penal comprometem a sua imparcialidade?

O trabalho tem por objetivo analisar os poderes instrutórios do juiz no processo penal fazendo um contraponto com o sistema acusatório e com a imparcialidade do juiz. Demonstra-se que mesmo após o advento da Constituição Cidadã de 1988, o processo penal permanece imerso em uma cultura inquisitória e antidemocrática, na medida em que atribui ao órgão julgador poderes para produzir provas de ofício.

O trabalho mostra-se relevante porque procura demonstrar que a participação de ofício do juiz na produção de provas, ou seja, a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado, causa um desequilíbrio na relação jurídica processual entre a acusação e a defesa do acusado, mitigando a dialeticidade do processo penal, na medida em que, o juiz quando vai em busca da prova, seja por falha das partes ou por não estar satisfeito com as provas produzidas pela acusação, passa a ser um juiz instrutor, confundindo-se por vezes, as partes na produção de provas, o que não pode ser admitido em um processo penal acusatório.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foram utilizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. A pesquisa bibliográfica baseou-se em publicações de obras doutrinárias e artigos científicos relacionados a área do processo penal, bem como pesquisas de julgados do STF e STJ, relacionados ao tema.

Primeiro faz-se uma análise de alguns dos princípios constitucionais que apontam para adoção do sistema processual acusatório, tais como, ampla defesa, contraditório, publicidade dos atos processuais, devido processo legal, salientando que é necessário irmos além de tais princípios para verificar a essência e o núcleo fundante de cada sistema processual, para só então afirmarmos se o sistema processual é acusatório ou inquisitório.

Em um segundo plano, faz-se uma análise comparativa dos sistemas processuais penais, acusatório, inquisitório e misto afirmando com base em uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, a adoção do sistema acusatório, concluindo que, o processo penal estará em harmonia com os preceitos democráticos insculpidos na Lei Maior, quando o núcleo do sistema acusatório for regido pelo princípio dispositivo, o qual afasta o juiz da atividade probatória conservando-se, assim, a sua imparcialidade.

No terceiro ponto, fala-se do contexto histórico em que o Código de Processo Penal foi concebido, destacando-se a grande influência fascista e o momento de instabilidade política em que o país vivia naquela época, sob a égide de um regime político autoritário e uma constituição outorgada. Afirma-se que o Código de Processo Penal vigente não superou a influência inquisitória oriunda do momento conturbado e antidemocrático da década de 1940, período em que o CPP foi criado. Passados 30 anos da promulgação da vigente Constituição, o juiz, em certa medida, permanece sob a aspiração inquisitiva, na medida em que conserva poderes instrutórios, agindo de ofício na colheita de elementos probatórios tanto no processo como na fase de investigação policial.

Posteriormente, fala-se sobre a necessidade de se adequar o Código de Processo Penal aos ditames constitucionais e convencionais, destacando-se que as normas da Constituição Federal legitimam e condicionam a interpretação de todos os ramos do direito. Dessa forma, a legislação processual vigente, necessita passar por uma reforma para se adequar aos ditames constitucionais além de se harmonizar com os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. Com efeito, toda a legislação infraconstitucional submete-se ao controle de constitucionalidade e de convencionalidade das normas, para legitimar o direito, garantindo a efetividade dos direitos humanos e fundamentais do ser humano (acusado).

Por fim, aborda-se o tema do direito de ser julgado por um juiz imparcial como um preceito fundamental garantido na Constituição e nos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Destaca-se que o atual Código de Processo Penal atribui poderes instrutórios ao juiz para atuar de ofício na produção de provas. Tal

prática mostra-se incompatível com um modelo constitucional de processo penal, onde o indivíduo é tido como sujeito de direitos que devem ser garantidos e observados pelo Estado juiz. Assim, para se preservar a imparcialidade do órgão julgador, torna-se imprescindível afasta-lo da atividade probatória, a fim de se garantir o direito do acusado de ser julgado por um juiz imparcial.

Com a pesquisa pretende-se demonstrar o seguinte: Para que subsista um processo penal acusatório conforme os preceitos constitucionais e convencionais, deve existir um equilíbrio na relação jurídica processual entre acusação e defesa. Para tanto, faz-se necessário afastar o juiz da atividade probatória, atribuindo as partes o *ônus probandi,* permanecendo o julgador como espectador e destinatário das provas, a fim de que forme a sua convicção de acordo com os elementos que lhes são apresentados pelas partes no processo, e para que se garanta ao indivíduo o direito de ser julgado por um juiz independente e efetivamente imparcial.

2. DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O SISTEMA ACUSATÓRIO

2.1 A Importância dos princípios

Preliminarmente, antes de adentrar nos princípios norteadores do sistema acusatório, cabe uma breve explanação sobre a importância e a finalidade dos princípios para o ordenamento jurídico.

Os princípios são considerados normas de caráter genérico que tem fundamental importância em todo e qualquer ordenamento jurídico, nesse sentido os princípios servem tanto para embasar as normas jurídicas quanto para complementá-las, (BOSCHI, 2013).

Os princípios também têm por finalidade servir como conteúdo axiológico na interpretação da norma, sob tal perspectiva, os princípios atuam como importante ferramenta a serviço da interpretação (BOSCHI, 2013, p. 28), a qual, nas palavras de Carlos Maximiliano (1980, p. 355 apud BOSCHI, 2013, p. 28) "corresponderia à aplicação prática da hermenêutica".

Ainda sobre a importância dos princípios assevera José Antônio Paganella Boschi:

> Por exercerem funções diretivas os princípios iluminam o operador do direito, quando da leitura dos textos, na aferição dos sentidos, em seu trabalho de apuração da efetividade do sistema, no interior do

> processo de interpretação sistemático das normas processuais nos vários escalões, sobrepujando-as em importância hierárquica e força cogente, numa hermenêutica autoconsciente de suas funções, (BOSCHI, 2013, p. 28).

Portanto, não há dúvidas quanto a importância que os princípios exercem no ordenamento jurídico devendo ser observados para completude, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

Dito isto, cabe destacar que a Constituição Federal de 1988 denominada Constituição cidadã, não trouxe de forma expressa em seu corpo normativo a adoção do sistema processual acusatório. Assim, De acordo com Prado (1999, p. 114 *apud* FARIA, 2011, p. 27), “O sistema acusatório deve ser entendido a partir de normas e princípios fundamentais, devidamente organizados em torno do princípio acusatório [...]”.

Dessa forma, ao se avaliar e interpretar a Constituição Federal de forma sistemática compreende-se que os princípios que o novo texto Constitucional trouxe relativo a matéria processual não deixa dúvidas quanto ao sistema processual penal adotado em seu corpo. Outrossim tanto a doutrina quanto a jurisprudência são pacíficos em afirmar que o novo texto constitucional traz preceitos que apontam de forma clara e inequívoca para o sistema processual acusatório, mormente pelo fato de a ação penal pública ser privativa do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, (LIMA, 2014).

Nesse sentido, passemos então a tratar de alguns dos princípios norteadores do sistema processual penal acusatório.

2.2 O Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal inicialmente chamado de *law of de lan)* teve origem na *Magna Carta Libertatum* de 1215 do rei João Sem Terra. Nessa época o devido processo penal teve por objetivo trazer limites aos poderes do rei que estava obrigado a se submeter a normas pré-estabelecidas, sendo que, nesse período, o

principio em destaque visava tão somente proteger os nobres do arbítrio do Rei, (MINAGÉ, 2012).

Posteriormente com o processo de independência das colônias que deram origem aos Estados Unidos da América EUA, que o *due process of low* começou a ganhar importância universal e as feições que, hodiernamente possui, uma vez que foi aquele país que procurou dogmaticamente, iniciar os estudos relativos ao alcance jurídico do termo, (MACHADO, 2010).

A Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez de forma expressa em seu corpo o princípio do devido processo legal *due process of low* previsto no art. 5º, LIV que assim informa: ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal.

Nessa linha cabe citar os comentários de João Batista Tovo e Paulo Claudio Tovo segundo os quais, o devido processo legal seria, assim, a síntese de todos os princípios que se referem ao direito natural de defesa em juízo, síntese de princípios e não propriamente um princípio isolado [...], (TOVO, 2008, p. 107).

Trata-se de um dos pilares do Estado democrático de direito, sendo uma das principais garantias do cidadão previstas na constituição da república. O devido processo legal, no processo penal nas palavras de Rubens Casara e Antônio Pedro Melchior,

> Assegura-se ao acusado, parte fragilizada ao acesso à justiça e também a paridade de armas, ampla defesa, o contraditório, o juiz imparcial e independente, a acusação pública e racional, assistência judiciaria, a vedação de provas ilícitas, a presunção de inocência, tudo de modo a tornar “his day in caust”, [...] (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 319).

Tal princípio, portanto, proporciona o devido processo penal trazendo o conjunto de garantias que condiciona a validade da relação processual penal. Dentro desse panorama, o devido processo legal está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, (CASARA; MELCHIOR, 2013).

2.3 O Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório está previsto no art. 5º inciso LV da Constituição Federal que assim prevê, LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Dessa maneira o princípio do contraditório está elevado, nos termos da Carta da República de 1988 a uma garantia fundamental que deve pautar o processo penal acusatório, nessa linha afirma Norberto Avena, o princípio do contraditório apresenta-se como um dos mais importantes postulados do sistema acusatório, (AVENA, 2015, p. 36).

Trata-se do direito assegurado as partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo se manifestar e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.

Tal princípio visa introduzir a dialeticidade no processo penal proporcionando equilíbrio e paridade de armas (*par conditio*) nas manifestações das partes, sendo de fundamental importância para um Estado democrático de direito que preza pela liberdade e pelo devido processo penal, onde o acusado deve ser tratado como sujeito de direitos e garantias fundamentais, (TOURINHO FILHO, 2013).

Nas palavras de Antônio Alberto Machado (2010, p. 167), [...] esse princípio aproveita também à acusação, seja porque as partes devem receber tratamento isonômico no processo seja porque a própria ideia de processo depende dessa dialética da contrariedade. Como se percebe, o contraditório visa estabelecer um equilíbrio na relação jurídica processual. Assim, o princípio do contraditório é também uma derivação do sistema acusatório, (MINAGÉ, 2012).

2.4 Do Princípio Da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa ao lado do contraditório formam um verdadeiro escudo contra práticas arbitrarias e antidemocráticas, na medida em que permiti ao acusado contrapor os argumentos da acusação que lhe é imputada produzindo todos os meios de prova que possam demonstrar a sua tese defensiva, (MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Detalhe importante do princípio da ampla defesa é que apesar de estar interligado com o princípio do contraditório não se confunde com o mesmo, nessa linha cabe citar Renato Brasileiro segundo o qual,

> O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação, (LIMA, 2011, p. 24).

Trata-se, assim como o contraditório, de um direito fundamental do acusado que como já mencionado pode se valer do amplo direito de defesa para contestar produzir todas as provas e argumentos que julgue necessário para sua defesa.

Importante salientar que no processo penal brasileiro vigora a presunção de inocência, nesse sentido o ônus da prova cabe a acusação, ou seja, cabe ao Ministério Público ou ao querelante provar a culpa do acusado ou querelado. Não seria razoável exigir do réu em um sistema acusatório que se pauta pelo respeito as garantias individuais a prova da sua inocência que é presumida por força da Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVII.

Contudo, tal situação não obsta a faculdade que o acusado tem para praticar atos que possam demonstrar e confirmar a sua inocência, nesse sentido cabe citar os ensinamentos do ilustre professor Nereu José Giacomolli que ao falar do referido princípio leciona,

> Da garantia da defesa ampla e plena emanam uma série de outros direitos e garantias, tais como o direito de ser informado da acusação, o direito à prova, o direito de ser ouvido, o direito de não colaborar com a acusação, o *nemo tenetur,* o direito ao silêncio e a igualdade de armas, por exemplo, (GIACOMOLLI, 2015, p. 125).

O princípio da ampla defesa, também conhecido pelo nome de "princípio da bilateralidade da audiência" possibilita as partes, em igualdade de condições, praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz. Dessa forma, mostra-se como corolário do sistema acusatório e do Estado democrático e constitucional de direito.

2.5 Do Princípio da Publicidade

A publicidade é um princípio fundamental típico dos estados democráticos, nesse sentido o princípio ora em comento surge como a pedra de toque onde a transparência

prepondera sobre o sigilo, aliás, a publicidade no estado democrático de direito é a regra, diga-se de passagem, sendo mitigada apenas quando o interesse da intimidade, o interesse público ou a segurança nacional assim o exigir, (TOURINHO FILHO, 2013).

Nesse contexto afirma-se que a publicidade é o substrato de toda atividade do poder público, sendo a regra a publicidade imediata, isto é, os atos processuais são acessíveis a todos, salvo as exceções legais, de modo que a sessão de julgamento e a decisão aí tomada sem a devida publicidade acarretam a sua invalidade.

Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco:

> O princípio da publicidade do processo constitui uma precisa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade dos exames dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores e advogados, em última análise o povo é o juiz dos juízes [...], (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2013, p. 78).

Ao contrário do que ocorre nos estados antidemocráticos, onde o próprio nome sugere, a democracia é sufocada, onde o arbítrio e o despotismo vigora, e o processo inquisitório prepondera o sigilo dos julgamentos, sendo o acusado julgado de forma secreta surge a publicidade para aclarar os julgamentos tendo a sociedade um papel importante no controle dos atos jurisdicionais.

Com efeito, a publicidade possibilita o controle da atividade jurisdicional, desenvolve a confiança na justiça no momento em que são conhecidas as razões da decisão judicial, evitando-se, assim, a prática de abusos. É uma forma de controle, servindo como uma garantia contra a tirania judicial, além de potencializar o direito à informação, (GOMES, 2011).

Como se percebe a publicidade exerce fundamental importância em um Estado democrático de direito que é pautado pelo sistema acusatório estando, portanto, em plena consonância com o processo penal constitucional.

Existem diversos outros princípios que poderiam ser citados como princípios norteadores do sistema acusatório como por exemplo o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade previsto no art. 5º inciso LVII; a necessidade de fundamentação das decisões judiciais art. 93 inciso IX; o direito ao silencio e de não produzir provas contra si *nemo tenetur se detegere* previsto no artigo 5º inciso LXIII; a legitimidade do Ministério Público como titular da ação penal pública art.129 inciso I, todos da Constituição da República de 1988.

Importa salientar que não basta separar a função de acusar, julgar, e defender, atribuindo tais funções a pessoas distintas, conforme se demonstrará ao tratarmos dos sistemas processuais penais. Torna-se necessário, portanto, irmos além de tais princípios para verificar a essência e o núcleo fundante de cada sistema processual, para só então afirmarmos se o sistema processual é acusatório ou inquisitório, (LOPES Jr, 2016).

3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

3.1 Sistema Inquisitivo vs Sistema Acusatório

Dentro dos sistemas processuais penais existentes o sistema inquisitório possui como principal característica a função de investigar, acusar e julgar concentrados nas mãos de uma única pessoa, qual seja, o juiz.

O sistema inquisitório deita raízes no período da decadência romana, vindo posteriormente a ser difundido por toda Europa através da igreja católica como uma resposta punitiva daqueles que eram denominados “hereges”. Nesse período o modelo de processo inquisitório foi absorvido pelo direito canônico sendo aplicado, inicialmente, não para os delitos de criminalidade comum como roubo furto e outros, mas como punição severa para aqueles que se rebelavam contra a fé e a ideologia da igreja, (LIMA, 2014).

Nessa época o acusado era tratado não como um sujeito de direitos, mas tão somente como um inimigo que, sem direitos, era considerado apenas um objeto para que se buscasse a verdade real dos fatos.

Nesse sentido, como dito anteriormente, o indivíduo era tratado como um instrumento para que se chegasse a realidade dos fatos que ocorria sempre por meio da tortura e dos suplícios que tinham por finalidade fazer o acusado confessar o crime.

Nas palavras de Vanna de Angelis (2003, p. 237 apud PINTO, 2012, p. 20), com a tortura a confissão brotava quase espontaneamente dos lábios dos imputados, cujas carnes vinham dilaceradas por rodas dentadas, torquesas e outros instrumentos do suplício.

Tal prática levava na maioria das vezes a uma confissão que não tinha respaldo algum em nenhum outro tipo de prova, fazendo com que o indivíduo fosse condenado com escopo única e exclusivamente na confissão, que era considerada a prova por excelência chamada de “rainha das provas”, (LIMA, 2014).

Mittermayer (1870, p. 35 apud FARIA, 2011, p. 18), afirma que a confissão, prova privilegiada era taxada como a prova de maior valia e, por seu intermédio, era possível revelar a verdade dos fatos. Para tanto, os fins justificam os meios, sendo plenamente admissível a tortura.

Nessa linha, Renato Brasileiro de Lima expõe que no sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca pela verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida, (LIMA, 2011, p. 4).

O sistema inquisitorial também se caracterizou por possuir um sistema de provas tarifadas, também chamado de certeza moral do legislador, pelo qual, as provas eram valoradas

em critérios previamente estabelecidos, aptos a reconhecer um determinado fato como suficiente para formar a convicção do juiz, (ZILLI, 2003, P. 40).

Para Afrânio Silva Jardim (2000, p. 42 apud FARIA, 2011, p. 21), embora o referido sistema tenha significado avanço frente ao antigo regime das ordálias não foi suficiente para corrigir os abusos, pois o juiz já sabia o valor legal de cada prova e então objetivando encontrá-las, recorria a tortura e a expedientes místicos.

O juiz inquisidor detinha poderes para investigar de forma sigilosa e secreta, dessa forma o juiz primeiramente formava sua opinião e depois buscava comprovar suas deduções para, só então, julgar e condenar os criminosos considerados inimigos. Nesse sentido, a gestão da matéria probatória desde a investigação, admissão e valoração, confiada ao magistrado é a principal característica do modelo inquisitório.

Cumpre salientar que no sistema inquisitivo não existia contraditório e ampla defesa, pois, o que prevalecia era a busca incansável e paranoica pela *verdade real* e, em nome da mesma foram praticadas barbáries e injustiças que só contribuíram para degradação de um processo penal justo, se não, a degradação do próprio acusado, (CASARA; MELCHIOR, 2013).

Por outro lado, o sistema denominado acusatório tem por objetivo trazer ao processo penal a dialeticidade que o sistema inquisitivo não possui. Dessa forma as partes ganham um papel relevante tendo em vista a formação de uma relação triangular em que se distingue a figura do acusador, do defensor e do órgão julgador, atuando o juiz como um magistrado espectador do processo em que as partes alegam e demonstram as suas teses para que o julgador forme a sua convicção de forma imparcial, (LOPES Jr, 2016).

Tal sistema difere radicalmente do primeiro na medida em que o acusado era visto como um objeto que deveria colaborar no processo para a busca da verdade. Como bem assevera GOMES FILHO, (1997, p. 25 apud FARIA, 2011, p. 25):

> Na realidade, vários fatores levaram ao fomento do novo modelo acusatório, destacando-se: a brutalidade do aparelho repressivo das monarquias; a desumanidade das penas; a alta incidência da pena de morte; o uso constante da tortura e o aumento da criminalidade [...].

No sistema acusatório o acusado faz parte do processo como um sujeito detentor de direitos e garantias que devem ser observados pelo magistrado. Nesse sentido, Carlos Henrique Haddad (2005, p. 218 apud FARIA 2011, p. 26), aponta como um dos destaques do

sistema acusatório o tratamento dispensado ao acusado que antes não passava de um mero objeto de prova e agora passa a ocupar a posição de sujeito processual.

Ao comparar o sistema inquisitivo com o acusatório pode-se afirmar que no sistema acusatório enquanto o fato não for provado, há presunção de inocência, enquanto no inquisitório existe presunção de culpa que deve ser confirmada através da busca da verdade real, nesse sentido Mittermayer (1857, p. 334 apud PINTO, 2012, p. 26), chega a afirmar que dentre os elementos que poderiam contribuir para o juiz obter a verdade absoluta “a presunção mais forte se extrai da vida antecedente e da conduta do imputado”.

Destarte, o sistema inquisitório se fundamenta nas informações secretas onde o indivíduo não tem vez, como já mencionado, serve apenas como um mero objeto da investigação que deve colaborar para a busca da verdade, (LIMA, 2011).

No sistema acusatório diferente do inquisitório, tem por presunção à inocência do acusado, presunção esta que, caso não se venha demonstrar o contrário, ou seja, caso o órgão de acusação o qual detém o ônus da prova não comprove a culpa do acusado durante a instrução processual o mesmo permanece presumidamente inocente hipótese em que o *favor rei* se impõe como medida absolutória, (LOPES Jr, 2016).

Com efeito, no sistema acusatório o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória de modo que a sua intervenção na busca pela prova compromete a sua imparcialidade sendo tal prática incompatível com o modelo essencialmente acusatório causando flagrante desequilíbrio e desigualdade na relação jurídica processual.

Destarte, em razão do equilíbrio entre as partes e da separação de funções, no modelo acusatório não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e julgador, de modo que a gestão da prova deve, necessariamente, estar afastada deste, (ZILLI, 2003, p, 38).

Portanto não há dúvidas que o sistema acusatório em sua essência é um sistema típico dos países democráticos onde as liberdades individuais são tratadas como garantias fundamentais da pessoa humana devendo ser observado e aplicado em sua essência, ou seja, sem contaminação com o sistema anteriormente analisado, denominado inquisitivo, (COUTINHO, 2008).

3.2 O Sistema denominado Misto e sua inconsistência

O sistema denominado misto surge no século XIII após a revolução francesa houve forte influência de Napoleão no sistema processual vigente, o inquisitório, formando-se uma espécie de sistema híbrido que comportavam elementos tanto do sistema acusatório quanto inquisitivo, (ANDRADE, 2015).

O sistema misto é inaugurado com o *Code d' Instruncion Criminelle* o Código de Processo Penal Francês, em 1808, constitui-se pela junção dos dois modelos anteriores tornando-se assim eminentemente bifásico compõe-se de uma primeira fase inquisitivo, de instrução ou investigação preliminar, sigiloso, escrito e não contraditório e uma segunda fase, acusatório informado pelos princípios do devido processo legal do contraditório e da ampla defesa, (LIMA, 2014).

Acontece que um sistema processual penal que possui parte de um sistema e parte de outro é inconcebível do ponto de vista da essência ou do núcleo fundante de cada um dos sistemas processuais. Dessa forma o sistema misto não pode ser considerado como um terceiro sistema, pois, ainda que se considere a existência de um sistema híbrido, que comporta elementos do sistema acusatório e inquisitório, a sua definição entre um modelo e outro consiste na identificação de seu princípio informador que, no caso do sistema misto, não há como definir, (LOPES Jr, 2016).

Dessa forma, Auri Lopes Júnior pontua que, o ponto nevrálgico é a identificação do seu núcleo fundante, ou seja, do princípio informador, pois é ele que vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório e não os elementos acessórios como a oralidade, publicidade e a separação de atividades, (LOPES JR, 2016, p. 166).

O que caracteriza um sistema é o seu princípio unificador que segundo Nélson Jacinto de Miranda Coutinho, pode ser regido pelo princípio unificador inquisitivo ou dispositivo, sendo este último o princípio unificador que caracteriza o sistema processual penal acusatório e aquele o princípio que rege o sistema inquisitório, (COUTINHO, 2008).

Dessa forma, constata-se que a existência de um sistema misto não possui um princípio unificador para caracterizá-lo, nas palavras de Lopes Jr, uma mistura de tal natureza inquisitória e acusatória é irracional e a prática desaconselha tal mescla. (LOPES Jr, 2016, p. 163) Como bem salienta Jacinto Coutinho, “se tal sistema servil a Napoleão, um tirano, serve a

qualquer senhor, só não serve a democracia". Tal mescla serve a governos autoritários e antidemocráticos e não a democracia, (COUTINHO, 2008).

Outrossim, não há como dissociar do sistema misto o seu caráter inquisitivo e autoritário, o que por si só já o torna incompatível para um estado democrático de direito.

Portanto, no sistema misto o que prevalece é a inquisitoriedade e o fato de ser bifásico, ou seja, com uma fase em que se pauta pelo sigilo, pelo não contraditório e pela gestão da prova na mão do órgão julgador e outra pautada pelo contraditório pela publicidade, já demonstra, por si só que o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal que é o acusatório não comporta em sua essência tal hibridismo típicos de Estados não democráticos e ditatoriais. Nesse sentido, cabe citar as palavras de Aury Lopes Jr:

> [...] trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema, contudo, não basta termos uma separação inicial com o Ministério Público formulando a acusação e depois ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos típicos da parte acusadora, (LOPES Jr, 2016, p. 164).

Dessa forma, não pode haver um princípio misto, na medida em que não possui um princípio unificador o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Portanto, não se pode admitir um sistema misto que pelo princípio unificador só pode ser inquisitório ou acusatório, (LOPES Jr, 2013).

4. A MATRIZ INQUISITORIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal brasileiro datado de 1941, surge em meio a um clima de instabilidade política, momento em que o movimento político ideológico fascista ganha força na Itália, sob o comando do ditador Benito Mussolini. “A relevância de tal compreensão está na influência do CPP italiano, ou Código Rocco, da década de 30, na estruturação do nosso CPP, (GIACOMOLLI, 2015, p. 77).

Nessa época o país era governado por Getúlio Vargas que chegou ao poder através de um golpe militar, implantando-se o Estado Novo, que se caracterizou pelo autoritarismo perdurando até 1945. O Estado Novo foi implantado sob a alegação de perigo para as instituições, o que exigia reforço do poder central, diga-se Poder Executivo, (CUNHA Jr, 2012).

Nesse período, o país passava por um momento de apreensão devido a acontecimentos como a substituição do Senado Federal pelo Conselho Nacional, composto por um representante de cada Unidade da Federação eleitos pelas assembleias estaduais e designados pelo presidente da República com mandatos de seis anos, (REZENDE; DIDIER, 1996).

O governo de Getúlio Vargas transformou-se, na verdade, em uma ditadura com respaldo em uma Constituição outorgada. O Poder Legislativo ficou diminuído em suas prerrogativas, ao contrário do Poder Executivo que ficava cada vez mais forte em meio à crise política ocasionada pelo golpe de Estado, (REZENDE; DIDIER, 1996).

O autoritarismo consagrou-se na Constituição de 1937, inspirada no modelo fascista italiano deu ao poder executivo poderes quase que absolutos. (REZENDE; DIDIER, 1996, p. 322) Como bem acentuado por Antônio Paulo Rezende e Maria Thereza Didier,

> A atuação da polícia secreta, chefiada por Filinto Muller, foi outra garantia para manter a oposição em silencio. A violência era acobertada pelo próprio poder Executivo. O governo tinha, portanto, um forte controle sobre a sociedade, utilizando desde a propaganda sistemática, a persuasão, até a repressão violenta da polícia secreta, (REZENDE; DIDIER, 1996, p. 324).

Foi nesse contexto que o Código de Processo Penal vigente foi concebido. Um período bastante conturbado, onde o que predominava era o poder autoritário do Estado brasileiro e nessa linha Dirley da Cunha Jr afirma,

> A Constituição de 1937 foi a mais autoritária de todas. Outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, teve a preocupação de fortalecer o Poder Executivo, consubstanciando-se num documento de inegável caráter fascista, em razão especialmente do fechamento do Congresso Nacional, da extinção dos partidos políticos e da concentração dos poderes Executivo e Legislativo nas mãos do Presidente da República, que legislava por meio de decretos-leis, (CUNHA Jr, 2012, p. 526).

Destarte, o atual diploma Processual Penal foi idealizado com uma cultura fascista e autoritária cujo objetivo primordial era a repressão onde os direitos e garantias fundamentais foram mitigadas com a justificativa de conter um suposto avanço da criminalidade, chegando-se ao cúmulo de tratar os direitos e garantias do cidadão como “favores” que inviabilizavam a repressão ao crime, conforme se depreende de um trecho do item II da Exposição de motivos do Código de Processo Penal,

> As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que **colhidos** em flagrante ou confundidos pelas as evidencias das provas, um tão extenso catálogo de garantias e **favores**, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade, (BRASIL, 1941).

A visão autoritária daquela época, visava restringir os direitos e liberdades individuais em prol da coletividade. Tal linha de pensamento trouxe para o processo penal uma desvalorização do indivíduo em face da coletividade, conforme se observa da Exposição de Motivos do CPP, Decreto-Lei 3.689 de 1941,

> Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem se mostrar rebelde a disciplina jurídico-penal da vida em sociedade não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o asseguram contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social, (BRASIL, 1941).

Conforme se percebe, a visão do legislador ordinário daquele período era a de mitigação dos direitos e garantias fundamentais onde as liberdades sediam

lugar para o autoritarismo e as prisões arbitrárias, estabelecendo-se um Estado onde a prisão era a regra e a liberdade a exceção, (GIACOMOLLI, 2015).

De outra forma, sob uma perspectiva Constitucional e democrática de processo penal, o indivíduo deve ser compreendido como uma célula que faz parte do todo, nessa linha não se pode considerar um todo sem levar em conta cada um dos que compõe essa totalidade. Nesse sentido, cabe citar as palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Melo segundo o qual,

> Acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando a errônea suposição de que se trata de um interesse *a stante,* autônomo*,* desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõe o todo, (MELLO, 2001, p. 69-71).

Dessa forma, não se pode sacrificar um direito ou garantia fundamental do processo penal sob o argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre o direito individual. Nesse sentido, como bem assevera Aury Lopes Jr, as regras do devido processo penal são verdadeiras garantias democráticas e, obviamente, constitucionais, muito além dessa dimensão reducionista de público/privado, (LOPES Jr., 2016, p. 41).

Entretanto, como se percebe, essa estrutura ideológica fascista ainda permanece na legislação processual penal atual, bem como no ensino jurídico, e na jurisprudência.

4.1. A persistência da cultura inquisitória do processo penal brasileiro

O atual Código de Processo Penal brasileiro, conforme já mencionado no tópico anterior, deita suas raízes em um período extremamente autoritário e antidemocrático onde a repressão e a arbitrariedade prevaleciam sobre as liberdades e garantias individuais.

Ocorre que o atual CPP, concebido em 1941 ainda se encontra em plena vigência com mais de 74 anos, possuindo poucas reformas até então, sendo a sua última grande reforma datada de 2008, onde foram alterados diversos dispositivos e procedimentos, porém, sem maiores mudanças no que se refere à adequação do

processo penal aos preceitos maiores da Constituição Federal de 1988, (LOPES Jr, 2013).

A estrutura político-ideológica da década de 1940 traçou profundos sulcos no processo penal, produzindo um modelo de processo penal de estilo inquisitorial, cujas marcas perduram até hoje tanto na mentalidade do legislador como dos operadores do direito, (GIACOMOLLI, 2015).

Nesse sentido cabe citar as palavras de Nereu José Giacomolli segundo o qual,

> A absorção dessa ideologia ocorreu, na doutrina, na jurisprudência, na política criminal, contaminando as condutas dos sujeitos oficiais. Observa-se uma doutrina vinculada a estrutura ideológica da década de 40, sem aderência a CF e aos diplomas internacionais, indicada em várias faculdades e referenciada em várias decisões dos Tribunais. O ensino jurídico, compartimentado, reproduz o sentido, não o constrói de forma crítica. As decisões de primeiro grau buscam suporte na trajetória do pai (Tribunal) e as de segundo grau afastam-se da normatividade constitucional e convencional (...), (GIACOMOLLI, 2015, p. 81).

Existe na verdade uma grande influência inquisitória no Processo Penal que perpassa décadas e mesmo após o advento da Constituição denominada “cidadã”, que trouxe em seu corpo um importante arcabouço de direitos e garantias fundamentais, pautando todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, não foi suficiente para a mudança desta cultura autoritária e fascista que insiste em permanecer na contemporaneidade do Processo Penal brasileiro, (LOPES Jr, 2016).

A cultura judiciaria brasileira estagnou em um modelo autoritário e antidemocrático onde o indivíduo é tratado como um objeto do processo, tudo em nome da busca pela verdade real.

Ao contrário do que estabelece a nossa Constituição Federal onde o devido processo legal, a presunção de inocência e a imparcialidade do órgão julgador são garantias do cidadão frente ao Estado acusador, o legislador infraconstitucional conforme se percebe das últimas reformas do CPP, em especial a de 2008, permanece com uma mentalidade retrograda e antidemocrática, incompatível com o atual Estado Democrático de Direito e com o sistema acusatório adotado pelo Constituição Democrática de 1988, (GIACOMOLLI, 2015).

A título de exemplo podemos citar o art. 156, inciso I, do CPP que trouxe maiores poderes ao juiz, segundo o dispositivo o juiz pode determinar a produção de provas ainda na fase de investigação. Percebe-se, portanto, que a nova redação do art.156 modificado pela lei n° 11.690/2008, ao invés de adaptar o referido artigo as diretrizes constitucionais, reforçou ainda mais a postura inquisitorial da legislação brasileira, (FARIA, 2011).

Nesse sentido Guilherme Madeira Dezem salienta:

> A atuação do magistrado, de ofício, no inquérito policial dá margem não só a que se reconheça a violação do sistema acusatório, mas transforma este magistrado em um verdadeiro inquisidor, de forma que sua parcialidade pode ser questionada pela via de exceção de suspeição, (DEZEM, 2008, p. 26, *apud*, FARIA, 2011, p. 123).

Na mesma linha, podemos citar a decretação de prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, ainda que desfavorável ao réu (art. 383 do CPP), dentre outros.

Destarte, a consequência lógica a que podemos chegar, é que, a legislação processual penal que estiver em confronto com o sistema acusatório estabelecido pela Constituição da República, apresentará sempre o vício material de inconstitucionalidade, restando invalidas, (MACHADO, 2010).

Importa salientar, com a atual cultura inquisitiva que persiste em existir, mesmo sob a égide de uma Constituição democrática, denominada de Constituição cidadã de 1988, não há como haver mudança enquanto a mentalidade do jurista e do operador do direito estiver presa ao passado ou a uma ideologia que pelo menos em tese, já deveria ter sido superada após o advento da atual Constituição democrática, uma vez que o objetivo do constituinte originário foi justamente o de romper com a Carta anterior, (GIACOMOLLI, 2015).

Nesse sentido, pode-se constatar que existe uma flagrante discrepância entre o legislador ordinário “Código de Processo Penal” de 1941, idealizado sob a égide da Constituição autoritária e outorgada de 1937 que sofreu

grande influência da ideologia fascista de Benito Mussolini, com a atual Constituição Garantista de 1988, (CASARA; MELCHIOR, 2013).

Infelizmente essa estrutura ideológica fascista ainda permanece na legislação processual penal atual, bem como no ensino jurídico e, principalmente, na praxe forense. Assim, continuamos imersos na cultura inquisitória e tolerantes em aceitar como normal o irregular funcionamento do processo penal na Justiça Criminal, (LOPES Jr, 2018).

Dessa forma, as novas perspectivas constitucionais e convencionais exigem rompimento com entulho autoritário e repressivo, historicamente herdado, exigindo tanto do legislador como da doutrina, da jurisprudência e das academias jurídicas uma leitura do processo penal a partir da Constituição Federal de 1988. Só assim, é possível superar a atual cultura inquisitória em que se encontra o processo penal brasileiro, (GIACOMOLLI, 2015).

5. DA NECESSÁRIA CONFORMIDADE DO PROCESSO PENAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS

5.1 A Constitucionalização do Processo Penal

O fenômeno da constitucionalização do direito surge com o neoconstitucionalismo ou segundo alguns pós-positivismo ou constitucionalismo moderno. O pós-positivismo constitucional trouxe uma nova realidade para o direito, não mais apenas atrelada a ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, por assegurar a eficácia da Constituição. Dessa forma o texto constitucional deixa de ter um caráter meramente retórico e passa a ser mais efetivo, especialmente no que se refere a concretização dos direitos fundamentais, (LENZA, 2017).

Nas palavras de Luiz Roberto Barroso,

> A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, (BARROSO, 2013, p. 379).

Assim, verifica-se que todo o ordenamento jurídico pátrio está atrelado e deve obediência aos preceitos da norma fundamental que é a Constituição da República Federativa do Brasil. As normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito.

No que tange ao direito processual, a Constituição enuncia, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, regras comuns ao processo penal e civil, como devido processo legal, publicidade e motivação das decisões, assistência

judiciaria, duração razoável dos processos, com destaque para o processo penal o princípio do juiz natural, presunção de inocência, individualização da pena, direito ao silêncio dentre outros, (GOMES, 2011)

Atualmente a Constituição é considerada como um parâmetro normativo e axiológico, de modo que os demais ramos do direito devem ser interpretados de acordo com os seus preceitos maiores. Tal fenômeno é classificado como filtragem constitucional.

Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso afirma,

> a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para o ordenamento infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação e todas as normas do sistema, (BARROSO, 2013 p. 390).

Com efeito, a nova ordem constitucional exige que o processo não mais seja conduzido como mera forma de aplicação da lei penal, mas, além disso, que se transforme em um instrumento de garantia do indivíduo em face do poder punitivo do Estado. Em outras palavras, como bem assevera Aury Lopes Jr, [...] o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida em que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição, (LOPES Jr, 2016 p. 32).

É inquestionável a necessidade de que o Código de Processo Penal se identifique com os ideais democráticos da vigente Constituição Federal. Todavia, pelo visto, conquanto sejam realizados avanços nesse sentido, também se registram retrocessos inadmissíveis, porquanto [...] ao invés de se adaptar a legislação processual aos ditames constitucionais, tem-se um procedimento inverso, no qual se adequa a Constituição às leis infraconstitucionais (STRECK, 2001, p. 252 apud FARIA, 2011, p.124). Assim, continua o CPP em descompasso com os preceitos democráticos da Constituição Cidadã.

Conforme observa Aury Lopes Júnior:

> [...] o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941, (LOPES Jr, 2013, p. 73).

Em sentido contrário, o direito processual civil mostra-se mais afinado com a Carta da República de 1988, na medida em que o Novo Código de Processo Civil de 2015, se orienta precipuamente por estabelecer uma verdadeira sintonia com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, conforme se verifica do seu capítulo I, que trata das normas fundamentais do processo civil, artigos (1º ao 11º), com destaque para o art. 1º, cujo teor estabelece que, o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, [...]. Nesse sentido, nas palavras do ilustre professor Humberto Theodoro Júnior,

> As normas que o novo Código de Processo Civil adota como fundamentais, não são na maioria, novidades no direito brasileiro, já que decorrem diretamente das garantias explicitadas na própria Constituição, ou que nelas se compreendem, implicitamente. Sua inserção no texto do Código de Processo Civil tem o duplo propósito de (i) fazer a amarração pedagógica entre a lei processual e sua matriz constitucional, levando o intérprete e aplicador a se afeiçoar a uma leitura das normas procedimentais segundo os princípios maiores que as dominam e as explicam; e de (ii) ressaltar que, ao Estado Democrático de Direito, "não basta apenas assegurar a liberdade das pessoas"; pois que dele se exige, também, a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Daí a necessidade de uma interpretação jurídica a ser praticada à luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais [...], (THEODORO Jr. 2016, p. 67-68).

Além da necessária constitucionalização do processo penal, existe a essencial adequação do processo aos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos ratificadas pelo Brasil. A esse respeito, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STF e do STJ, admitem a possibilidade do que se denominou controle de convencionalidade.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, conforme se verifica do precedente abaixo.

> HABEAS CORPUS. [...] DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). [...]
>
> 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.

> 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. [...]
>
> 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material [...], (STJ, 2017, online).

Com efeito, o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais afinada aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941, (LOPES Jr, 2016.)

Como se percebe, além da imprescindível adequação das normas infraconstitucionais que regulam o processo penal a Constituição Federal, é necessário fazer também um controle de convencionalidade das leis penais e processuais penais, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) possui caráter supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária. Dessa forma, torna-se necessário uma dupla conformidade, (LOPES Jr. 2016).

Na mesma linha, Giacomolli ao tratar do controle jurisdicional de convencionalidade das normas leciona:

> Ademais do filtro constitucional das leis ordinárias, [...] também exige a filtragem convencional de toda produção e aplicação legislativa interna (controle de convencionalidade). Além das providencias legislativas, a CADH, em seu art. 2º, preconiza o dever de o Estado-parte adotar outras medidas para tornar efetivos os direitos e as liberdades, daí inferindo-se o suporte jurídico ao controle interno da convencionalidade, (GIACOMOLLI, 2015, p. 26),

Nesse sentido, não basta hoje o operador jurídico conhecer apenas o direito interno, o ordenamento jurídico estatal, o seu direito constitucional e as normas infraconstitucionais, (FIGUEIREDO, 2016, p. 77).

As relações jurídicas estão globalizadas e, assim, o direito constitucional bem como as demais disciplinas do direito doméstico sofrem influência do direito internacional.(FIGUEIREDO, 2016, p. 77) Com efeito, diante do caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, o controle de convencionalidade torna-se um meio eficaz para aferição da validade da norma processual penal, (FIGUEIREDO, 2016).

Na mesma linha do entendimento firmado pelas cortes superiores, sobre a adequação da legislação doméstica aos tratados internacionais, o Projeto do Novo Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional traz em seu artigo primeiro a seguinte redação:

> Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil, (BRASIL, 2009).

Assim, o processo penal na atualidade deve passar não apenas pelo filtro constitucional, mas, também, pelo filtro convencional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil

6. O DIREITO DE SER JULGADO POR UM JUIZ IMPARCIAL

O juiz no processo penal brasileiro possui poderes para determinar a produção de algumas provas. O corre que, como destinatário das provas, não pode se substituir as partes no processo e produzir provas para si, sob pena de grave violação ao sistema acusatório, (LOPES Jr, 2016).

O Código de Processo Penal em descompasso com o sistema acusatório e com o ordenamento constitucional, atribui poderes instrutórios ao julgador. Diversos são os dispositivos do Código de Processo Penal que permite a atuação ex-ofício do juiz na produção da prova. Nessa linha, o art. 156, do CPP vigente estabelece:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
>
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

> II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, (BRASIL, 1941).

A redação do artigo 156 do CPP é alvo de severas críticas. A maioria da doutrina defende que o art. 156, I, do CPP, é uma reafirmação do princípio inquisitório, no qual o juiz passa a ter um atuação investigativa, sendo clara a afronta ao sistema acusatório.

Nesse sentido, o art. 156 sempre foi um grande problema, especialmente para aqueles comprometidos com o sistema acusatório-constitucional. Da análise do dispositivo, verifica-se que o legislador continua em descompasso com o espírito democrático da Constituição de 1988. Como se percebe não basta apenas separar as funções de julgar, acusar e defender no processo penal. Para guardar coerência com o sistema acusatório, torna-se necessário afastar o julgador da atividade probatória. Em outras palavras, permitir que o juiz atue de forma proativa na busca da prova, viola o sistema acusatório de índole constitucional, (LOPES Jr, 2013).

A iniciativa Probatória de ofício do juiz no processo penal macula todo um sistema processual de índole acusatória pautado pelos preceitos constitucionais do atual estado democrático de direito, cujo papel fundamental está diretamente ligado às garantias fundamentais do indivíduo, (LOPES Jr, 2016.)

Nas palavras do professor Nelson Jacinto de Miranda Coutinho,

> [...] para o processo penal ser devido as partes devem ocupar o lugar que a CR destinou para elas e, assim, não faz qualquer sentido o juiz ter a iniciativa da prova (como se fosse ônus processual seu), mormente em favor da acusação e contra o réu ou mesmo vice-versa, (COUTINHO, 2011, p. 21).

O papel do juiz frente a um sistema processual acusatório deve limitar-se a avaliação das provas produzidas pelas partes, nada impedindo que o juiz para formar sua convicção determine diligências para sanar dúvida sobre a prova produzida pelas mesmas.

Nesse sentido, ao contrário do atual CPP, o Projeto de Lei 156/2009, originário do Senado que dispõe sobre o Novo Código de Processo Penal (NCPP), e PL 8.045/2010 na Câmara dos Deputados, assim estabelece:

> Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.
>
> Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes, (BRASIL, 2009).

Da análise do artigo em comento, constata-se que o projeto do Novo Código de Processo Penal afasta o julgador da produção de provas, a qual deve estar nas mãos das partes, cabendo ao mesmo, tão somente, avaliar as provas produzidas pela acusação e defesa para formar a sua convicção. O juiz como terceiro imparcial, deve manter-se afastado das partes para que possa decidir com isenção nos casos que lhes são apresentados, (COUTINHO, 2011).

A reforma do processo penal tem por finalidade consagrar o sistema acusatório, conforme estabelece o art. 4º, do projeto do NCPP: O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A atividade jurisdicional pressupõe dever de imparcialidade. Para tanto o juiz não pode se inclinar para uma das partes antes da regular instrução processual. Deverá julgar o caso de acordo com as provas constantes dos autos. Essa imparcialidade é inerente a função de julgar, (LOPES Jr, 2016).

Cabe destacar que apesar de não haver previsão expressa na CF/1988, a garantia de imparcialidade do juiz encontra respaldo no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mais especificamente no inciso I do artigo 14, segundo o qual:

> 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, (BRASIL, 1992).

Na mesma linha, o Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 8º, 1, - Das Garantias Judiciais, dispõe:

> 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, (BRASIL, 1992).

O direito ao juiz imparcial no processo penal difere do que ocorre em alguns outros ramos do processo como o processo civil e o processo do trabalho, por exemplo, que atribuem poderes instrutórios ao julgador dando ao mesmo, plenos poderes sobre a gestão da prova. Tal entendimento se mostra incompatível com uma visão atual do processo penal frente aos preceitos garantistas insculpidos na Constituição Federal de 1988, (LOPES Jr, 2013).

A imparcialidade do juiz no processo penal, constitui sem sombra de dúvidas uma das mais importantes garantias do devido processo criminal. Ao tratar da imparcialidade do órgão julgador o professor Nereu José Giacomolli leciona que, em face da ratificação da CADH pelo Brasil, a imparcialidade integra o nosso ordenamento jurídico, tendo status superior a normatividade ordinária, (GIACOMOLLI, 2015, p. 247).

A imparcialidade, portanto, constitui-se como um componente essencial para a atividade jurisdicional. Trata-se de um verdadeiro princípio-garantia que nas palavras de André Maya:

> Mais adequado conceituar imparcialidade como um princípio supremo do processo [...], pois dela decorre uma vinculação da conduta dos magistrados, que devem comportar-se na condução do processo como terceiros alheios aos interesses das partes. [...] Esse o padrão a ser observado, o comportamento a ser adotado, o mandamento de otimização que se depreende da compreensão do processo como uma estrutura heterônoma de reparto, como condição de legitimidade da atividade jurisdicional, (MAYA, 2014, p. 102-103).

Sobre o princípio da imparcialidade do juiz no processo penal o STJ já se manifestou, conforme se verifica do julgado abaixo:

> HABEAS CORPUS. [...] VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO, AOS PRINCÍPIOS DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E DA

> IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.
>
> [...] **Como se sabe, constitui alicerce do processo penal brasileiro o sistema acusatório, no qual, em oposição à modalidade inquisitorial, impõe-se uma clara divisão de atribuições entre os sujeitos processuais responsáveis por acusação, defesa e julgamento na persecução criminal. Tal sistema traz como corolários os princípios da inércia e da imparcialidade do órgão jurisdicional - inclusive, e especialmente, no tocante à impossibilidade de que o julgador substitua iniciativa que seja de atribuição exclusiva da parte**. Doutrina [...], (STJ, 2016, online, grifo nosso).

Para evitar que o julgador da futura ação penal se contamine formando um juízo prévio sobre o mérito ainda na fase policial ou inquisitorial e, a fim de consolidar a imparcialidade do juiz como um princípio reitor de todo o processo penal o PL 156 do Senado Federal (NCPP), estabelece a figura do juiz das garantias, o qual atuará apenas na fase pre-processual cabendo zelar pela observância dos direitos do preso e decidir questões sobre: a) pedidos de prisão provisória ou outra medida cautelar; b) interceptação telefônica; c) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; d) busca e apreensão domiciliar; e) acesso a informações sigilosas, dentre outros, (MAYA, 2014).

Nesse sentido, o referido projeto de lei prescreve:

> Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.
>
> § 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.
>
> § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, (BRASIL, 2009).

Dessa forma, o que se pretende é afastar o juiz de opiniões preconcebidas acerca da culpabilidade do indivíduo na fase inquisitorial, ou seja, antes mesmo de iniciada a ação penal e a instrução processual, sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Em outros termos, busca-se impedir não apenas que o julgador vista a *persona* do acusador de maneira aberta, mas restringir (na medida da do possível)

uma espécie de acordo psicológico com a acusação, (CASARA e MELCHIOR, 2013, p.71).

Para assegurar a sua imparcialidade, o juiz não pode antecipar opiniões sobre o processo. Nesse sentido, Antônio Pedro Melchior aduz que,

> [...] foi observado que a garantia da imparcialidade exige mais do que a separação expressa de funções entre o magistrado e o acusador. A exigência é evitar um acordo psicológico silencioso entre o ato de julgar e acusar, (MELCHIOR, 2013, p. 166).

A imparcialidade do juiz é um princípio estruturante da atividade jurisdicional e inerente a função julgar. Com efeito, não se trata apenas de se ter um juiz alheio as partes, mas de um verdadeiro direito subjetivo de ser julgado por um juiz imparcial.

Nessa linha, nas palavras de André Machado Maya:

> [...] a imparcialidade apresenta-se como um valor capital da função jurisdicional a ser observado e realizado pelos magistrados como condição de legitimidade tanto da atividade jurisdicional quanto da decisão judicial, (MAYA, 2014, p.101).

Assim, sob a perspectiva de um sistema processual penal constitucional, deve-se assegurar ao jurisdicionado o direito de ser julgado por um juiz independente e efetivamente imparcial, o qual deve manter-se afastado das partes para formar um convencimento livre de contaminações psicológicas pré-concebidas sobre o juízo de culpa do acusado. Só assim podemos falar em um devido processo penal constitucional.

7. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise comparativa sobre os sistemas processuais penais apontando para a consolidação do sistema acusatório. Entretanto, a adoção desse sistema com a atribuição de um órgão oficial de acusação, via de regra, a fim de separar as funções de defender, acusar e julgar, por si só, não é suficiente para assegurar a imparcialidade do julgador. Para tanto, torna-se necessário o afastamento do juiz da atividade probatória.

Com a pesquisa doutrinária realizada demonstrou-se que existe uma forte tendência em afastar o juiz da produção de provas para que se conserve imparcial no julgamento do processo, guardando coerência com o sistema constitucional acusatório. No mesmo sentido, inclina-se a jurisprudência dos tribunais. Visando

consolidar um Processo Penal acusatório conforme os preceitos constitucionais, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 156/2009, de origem do Senado Federal que estabelece o Novo Código de Processo Penal.

O estudo propiciou ainda uma análise sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal, permitindo a constatação de que o juiz no processo penal deve manter-se afastado da produção probatória, deixando esta tarefa a cargo das partes e, principalmente da acusação, a quem cabe provar o alegado. Verificou-se que o juiz que atua de forma proativa em busca da verdade determinando a produção de provas que deveriam ter sido produzidas ou requeridas pelas partes, passa a atuar de forma parcial confundindo-se com a atividade exercida pela acusação.

Com efeito não basta afirmar que o sistema processual penal é acusatório, faz-se necessário avaliar o núcleo do sistema também chamado de princípio informador ou unificador, que no caso do sistema acusatório é o dispositivo onde a gestão da prova encontra-se sob o ônus tão somente das partes, ficando o juiz afastado dessa tarefa.

Com a participação do juiz na colheita da prova, persiste uma cultura inquisitória e antidemocrática na medida em que o órgão julgador é provido poderes instrutórios atuando, inclusive, de ofício na busca de provas para formar sua própria convicção, que, muitas vezes, já está formada desde a fase de investigação policial, quando o juiz decide sobre pedidos formulados pela autoridade policial e pelo membro do Ministério Público, tais como quebra de sigilo bancário e fiscal, sequestro de bens, interceptação telefônica, prisão provisória dentre outros.

Dessa forma, o processo penal precisa superar esta cultura inquisitória e adequar-se aos preceitos constitucionais e convencionais a fim de legitimar o devido processo penal, ou seja, aquele capaz de assegurar a proteção das garantias e dos direitos humanos, possibilitando a aplicabilidade efetiva dos direitos fundamentais, vistos como ferramentas para a humanização do processo penal.

Assim, o devido processo é o constitucional quando observa os preceitos constitucionais e convencionais dos tratados internacionais de direitos humanos, e afasta o juiz da atividade probatória para que não haja contaminação psicológica com

a formação de um pré-juízo sobre a culpabilidade do acusado ainda na fase de investigação policial, bem como substituir-se, por vezes, ao órgão de acusação na fase processual quando determina a produção de provas de ofício. Em outras palavras, para que haja um processo penal acusatório legítimo deve o magistrado afastar-se da atividade probatória, para que se garanta ao acusado o direito de ser julgado por um juiz efetivamente imparcial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2015.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689 nº. de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso: 06 mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 nov. 2017.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade mecum penal. *5ª ed. São Paulo: Método, 2017, p. 381-382.*

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Decreto nº. 592 de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em:<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 03 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 347.748/AP.** Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudenci/toc.jsp?tipo_visualizacao=livre=VIOLA%C7%C3O+AO+SISTEMA+ACUSAT%D3RIO&bACOR&p=true&t=JURIDICOl=10&i=21> Acesso em: 07 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 379.269/MS**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=habeas+corpus+direitos+humanos+pacto+de+s%E3o+jos%E9+da+costa+rica+desacato&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 03 jun. 2018.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BONATO, Gilson., org. **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; **As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim IBCCRIM, Ano 16, n.188, jul. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho., org. **O novo processo penal à luz da constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Temas de direito penal e processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA Jr, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Art. 156 "Produção de prova pelo magistrado."** 2008, p. 26, *apud*, FARIA, André. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FARIA, André. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal.** Belo Horizonte: Arraes, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil.** São Paulo: Malheiros, 2016.

GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8> Acesso em: 09 jan. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís., coord. **Prisão e medidas cautelares.** 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JOBIM, Marco Félix., org. **Inquietações jurídicas contemporâneas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal** vol. I. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR, Auri. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Auri. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Auri. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Auri. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitório> Acesso em: 12 jn. 2018.

LOPES JR, Aury. **Bom para Quê(m)?**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim _artigos/224-188-Julho-2008> Acesso em: 25 abr. 2018.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLYS, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELCHIOR, Antônio Pedro. **O juiz e a prova – O *sinthoma* político do processo penal.** Curitiba: Juruá, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MINAGÉ, Thiago. **Processo penal constitucional.** vol. 1. Rio de Janeiro: Quileditora, 2012.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Sistemas processuais penais**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2924/2116.html>. Acesso em: 16 mai. 2017.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal anotada e comentada doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência.** 7º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

REZENDE, Antônio Paulo; DIDIER, Maria Thereza. **Rumos da História Nossos Tempos.** São Paulo: Atual Editora, 1996.

ROSA, Gabriela Porto. **A construção da verdade no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARLET, I.W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCARPA, Antônio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Foppel., org. **Temas de direito penal e processual penal**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SIEYÈS, Abade. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2013.

THEODORO Jr. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** vol. 1. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

www.conteudojuridico.com.br